

**Gaetano Petrelli**

**LA CONDIZIONE**  
«elemento essenziale»  
del  
**NEGOZIO GIURIDICO**

Teoria generale e profili applicativi

**Giuffrè Editore**  
**2000**

© Copyright - Giuffrè Editore

Gaetano Petrelli

LA CONDIZIONE  
«elemento essenziale»  
del  
NEGOZIO GIURIDICO

Teoria generale e profili applicativi



Giuffrè Editore  
2000

ISBN 88-14-08109-3

*TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.*

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2000  
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

*Ai miei genitori  
ed a Rossella*



## INDICE SOMMARIO

### NOTE INTRODUTTIVE

- |  |    |
|--|----|
| 1. Premessa e ipotesi di lavoro. . . . .   | 1  |
| 2. L'istituto della condizione come argomento centrale nella teoria del negozio giuridico. . . . . | 10 |

### CAPITOLO I

#### EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO

- |  |    |
|--|----|
| 3. L'elaborazione del concetto di condizione nel diritto romano ed intermedio. La partizione di derivazione scolastica degli elementi negoziali in <i>essentialia</i> ed <i>accidentalialia</i> . L'elaborazione pandettistica della categoria del negozio giuridico come dichiarazione di volontà. Il problema dogmatico della volontà condizionata . . . . .   | 19 |
| 4. L'elaborazione della teoria della fattispecie nel diritto privato, e lo studio della figura condizionale nell'ambito delle fattispecie a formazione successiva. . . . .   | 27 |
| 5. La trasposizione dell'indagine dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi nell'opera di Falzea: la teoria dei due piani di interesse. L'elaborazione della teoria della condizione sospensiva, intesa come evento condizionante, quale coelemento di efficacia, e concausa degli effetti giuridici negoziali. La distinzione tra coelementi necessari ed accidentali. La figura della condizione risolutiva. . . . . | 32 |
| 6. Le critiche alla teoria della fattispecie. Le teorie del negozio come autoregolamento e come valore, e l'enfatizzazione del principio di autonomia privata. Critica a tali teorie . . . . .   | 39 |

### CAPITOLO II

#### IL PROBLEMA CRITICO

- |   |    |
|---|----|
| 7. Coerenza logica della ricostruzione di Falzea nell'ambito dello studio tipologico ed astratto degli elementi del negozio giuridico. L'approfondimento dottrinale dei profili contenutistici del contratto. Importanza della valutazione in concreto del programma negoziale, e necessità di integrare lo studio della condizione, quale elemento della fattispecie a formazione successiva, con una più penetrante analisi della posizione della clausola condizionale nell'ambito del programma negoziale concreto. Specifiche conseguenze di disciplina. . . . . | 45 |
|---|----|

8.	La categoria della causa del negozio giuridico e l'evoluzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali: dalla causa in senso oggettivo alla causa in senso soggettivo. Teorie della funzione economico-sociale, della funzione economico-individuale e della causa concreta. La causa come interesse fondamentale programmato dalle parti. . . .	51
9.	La causa quale elemento essenziale del negozio giuridico, intesa come rappresentazione programmatica di un interesse: parallelismo con la teoria dell'oggetto negoziale. La teoria dei negozi con causa determinabile e la categoria delle fonti di qualificazione causale dell'interesse negoziale. Necessità di una verifica circa la possibile ricomprensione in tale categoria dell'evento condizionante. . . . .	62
10.	La dottrina dei motivi del negozio giuridico: superamento dell'ottica volontaristica e riferimento agli interessi perseguiti dalle parti. La partizione del contenuto del negozio tra elementi primari ed elementi secondari. Rapporto tra interesse fondamentale ed interessi secondari realizzati mediante il programma negoziale. Necessità di inquadramento della clausola condizionale nel contenuto del negozio secondo le partizioni sopra individuate. . . . .	67

### CAPITOLO III

#### GLI INTERESSI TUTELATI DAL MECCANISMO CONDIZIONALE

11.	La teoria dei due piani di interesse: necessità di una verifica fenomenologica delle situazioni di interesse effettivamente tutelate con il congegno condizionale . . . . .	71
12.	Ipotesi in cui è sottoposta a condizione solo una clausola del negozio, scindibile dal complessivo regolamento e posta a tutela di interessi secondari delle parti. . . . .	75
13.	Ipotesi in cui la condizione sospensiva serve per rinviare la produzione degli effetti a fronte di un interesse programmato non ancora attuale e definitivo. Parallelismo con le ipotesi in cui la condizione risolutiva serve per realizzare in via provvisoria un interesse programmato con connotati di precarietà e non definitività . . . . .	76
14.	Ipotesi in cui l'evento condizionante realizza o concorre a realizzare l'interesse fondamentale programmato dalle parti . . . . .	84
15.	Ipotesi in cui la condizione tutela un interesse esterno ed ulteriore, ma compatibile con l'interesse fondamentale programmato dalle parti . .	88
16.	Ipotesi in cui l'interesse ulteriore tutelato tramite la condizione reagisce sull'interesse tipico negoziale, sì da dar luogo, in concreto, ad un interesse nuovo e diverso e ad un nuovo tipo negoziale . . . . .	95
17.	Ipotesi di promesse condizionate ad una prestazione, in cui la prestazione dedotta in condizione è determinante ai fini della qualificazione causale del negozio . . . . .	97
18.	La <i>condicio iuris</i> : tutela di interessi esterni al programma negoziale (di carattere generale, o facenti capo a terzi estranei al negozio), incompatibili con l'immediata e piena efficacia del negozio . . . . .	107

19. Rilevanza causale degli interessi tutelati in alcune fattispecie di condizione legalmente tipizzate . . . . .	116
20. ( <i>Segue</i> ): la vendita con riserva di proprietà. . . . .	143
21. ( <i>Segue</i> ): la vendita con patto di riscatto. . . . .	153
22. Conclusioni: inesistenza di un paradigma unico e generale di interessi tutelati tramite la condizione. Rilevanza delle specifiche situazioni di interesse per la valutazione di essenzialità o meno della clausola condizionale nell'ambito del programma negoziale. Applicabilità del giudizio di meritevolezza <i>ex art.</i> 1322, 2° co., c.c., con riferimento agli interessi realizzati tramite il meccanismo condizionale . . . . .	158

## CAPITOLO IV

SCINDIBILITÀ O INSCINDIBILITÀ  
DELLA CONDIZIONE: LA DISCIPLINA POSITIVA

23. Disciplina delle condizioni illecite ed impossibili nel testamento: presunzione di scindibilità ed interessi tipicamente realizzati con la condizione testamentaria. Il rinvio alla disciplina del motivo illecito unico e determinante: significato del richiamo e trasposizione al profilo degli interessi realizzati tramite il programma testamentario. Il problema dell'impossibilità sopravvenuta della condizione testamentaria. La particolare disciplina della condizione captatoria . . . . .	165
24. Disciplina delle condizioni illecite ed impossibili negli atti tra vivi: la regola dell'invalidità dell'intero atto, e la necessità del suo adattamento nelle ipotesi di condizione scindibile; la tecnica della nullità parziale e quella della conversione del negozio nullo . . . . .	175
25. La condizione e gli <i>actus legitimi</i> : nullità dell'intero atto, ovvero <i>vitiatur et non vitiat</i> . Ragioni della diversa disciplina. . . . .	188
26. La disciplina della finzione di avveramento della condizione: origine storica dell'istituto e suoi limiti; la finzione di avveramento come sanzione e come reintegrazione in forma specifica; necessità di applicazione dell'istituto con specifica considerazione degli interessi tutelati, e problema dell'operatività automatica della finzione . . . . .	192
27. Le conseguenze della nullità della condizione meramente potestativa: nullità dell'intera disposizione condizionata e valutazione del profilo della scindibilità. Condizioni meramente potestative valide . . . . .	203
28. Il problema della revoca, unilaterale o bilaterale, della clausola condizionale: importanza del profilo della scindibilità ai fini della soluzione del problema della revocabilità; profilo effettuale dell'atto di revoca parziale . . . . .	220
29. Il problema della condizione unilaterale; la c.d. rinuncia alla condizione come peculiare meccanismo di revoca unilaterale; effetti della revoca precedente o successiva all'avveramento della condizione . . . . .	226
30. Il problema dell'apposizione della clausola condizionale in data successiva alla formazione del regolamento negoziale . . . . .	240
31. La forma della clausola condizionale . . . . .	242



## CAPITOLO V

RICOSTRUZIONE DEL CONCETTO DI CONDIZIONE  
E CONFINI DEL FENOMENO CONDIZIONALE

32. Conclusioni in tema di interessi tutelati, estrinsecità assiologica e scindibilità della condizione . . . . .	247
33. L'estrinsecità strutturale della condizione: sospensione dell'efficacia negoziale e sospensione dei singoli effetti . . . . .	255
34. L'estrinsecità strutturale: esclusione dell'incidenza della condizione sul contenuto degli effetti; negozio condizionale e negozio « <i>per relationem</i> ». . . . .	263
35. Conclusioni in tema di accidentalità della condizione: assenza di rilievo normativo della nozione. Distinzione tra accidentalità ed accessorietà, e riaffermazione dell'essenzialità di quest'ultima al concetto di condizione . . . . .	271
36. Rapporti tra la condizione ed il tipo negoziale . . . . .	279
37. Significato del brocardo « <i>condicio non est in obligatione</i> » . . . . .	285
38. L'automatica incidenza dell'avveramento della condizione sull'efficacia del negozio . . . . .	292
39. Limiti del fenomeno condizionale. A) I negozi aleatori . . . . .	297
40. B) Condizione e regolamentazioni tipiche dell'efficacia negoziale in relazione al verificarsi di eventi futuri ed incerti. . . . .	307
41. C) Condizioni improprie . . . . .	319
42. D) Condizione esecutiva . . . . .	325
43. E) Condizione e presupposizione. . . . .	330
44. F) Condizione volontaria e condizione legale . . . . .	333
45. G) Condizione e fonti di qualificazione oggettiva o soggettiva dell'effetto giuridico . . . . .	357
46. H) Condizione ed elementi centrali della fattispecie negoziale. . . . .	383
47. I) Condizione sospensiva e contratto preliminare . . . . .	399
48. L) Condizione risolutiva e recesso . . . . .	406
49. Condizione sospensiva e risolutiva . . . . .	411
50. Natura giuridica dell'evento condizionante. Negozio condizionato ad un altro negozio . . . . .	417
51. Definizione unitaria del concetto di condizione . . . . .	425

## CAPITOLO VI

PROFILI APPLICATIVI:  
PARTICOLARI FIGURE DI NEGOZI CONDIZIONATI

52. Premessa . . . . .	429
53. La c.d. condizione di adempimento . . . . .	431
54. La compravendita condizionata alla trascrizione nei registri immobiliari ed all'inesistenza di formalità pregiudizievoli. . . . .	461
55. La condizione sospensiva consistente nell'accertamento formale del pagamento del prezzo nella vendita con riserva di proprietà . . . . .	469

56. Il negozio condizionato alla sopravvenuta possibilità, determinazione o esistenza dell'oggetto . . . . .	472
57. Negozi condizionati alla sopravvenuta individuazione o imputazione al soggetto . . . . .	486
58. Il negozio condizionato alla sopravvenienza di un presupposto o requisito di validità o di efficacia del negozio. La regolamentazione convenzionale della <i>condicio iuris</i> . . . . .	489
59. La cessione dei beni ai creditori condizionata all'inadempimento . . .	503
60. Il negozio fiduciario. . . . .	507
61. La donazione con condizione <i>si praemoriar</i> in rapporto alla <i>donatio mortis causa</i> ed al divieto dei patti successori. Altri negozi o clausole negoziali subordinati alla morte di una delle parti . . . . .	513
62. Il patto di prelazione ed il contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato. . . . .	521
<i>Indice degli autori</i> . . . . .	537
<i>Indice analitico</i> . . . . .	543



## NOTE INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Premessa e ipotesi di lavoro. — 2. L'istituto della condizione come argomento centrale nella teoria del negozio giuridico.

### 1. *Premessa e ipotesi di lavoro.*

La figura della condizione, nel suo duplice atteggiarsi come condizione sospensiva e risolutiva, ha costituito, anche di recente, il punto di attrazione di una notevole produzione dottrinale <sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> I contributi classici della nostra dottrina in tema di condizione rimangono, a tutt'oggi, quelli di BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, libro IV, *Delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 419 ss.; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », in *Novissimo Dig. It.*, Torino 1959, p. 1097 ss.; RESCIGNO, voce « *Condizione (dir. vig.)* », in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 762 ss.

In tempi più recenti, la letteratura si è arricchita di altri notevoli e specifici contributi, dedicati in generale al fenomeno della condizione: cfr. in particolare SCOGNAMIGLIO R., *Sulla mancanza definitiva della condizione e la conseguente inefficacia del negozio*, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 253 ss.; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 85 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976; DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, in *Revue trim. droit civ.*, 1978, p. 1 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur.*, 1986, p. 289 ss.; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988; MAIORCA, voce « *Condizione* », in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 273 ss.; COSTANZA, *Gli elementi accidentali del contratto*, in *Vita not.*, 1988, p. LI ss.; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 53 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997; GANDOLFI, *La « condizione » nel progetto pavese di un « codice europeo dei contratti »*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 287 ss.; COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali, in I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 811 ss.

Numerosa è altresì la produzione dottrinale relativa a singoli aspetti dell'isti-

ad essa specificamente dedicata, sintomo della notevole vitali-

---

tuto condizionale. Senza pretesa di completezza, ma per una prima ricognizione dei principali contributi sugli specifici argomenti si evidenziano:

a) sulla pendenza negoziale: GIOFFREDI, « *Pendere* »: *per la storia di un dogma*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Torino, 1960, p. 825 ss.; BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 181 ss.; ID., *Pendenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 873 ss.; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975.

b) Sull'aspettativa condizionale: SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226 ss.; CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 945 ss.; NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988; PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1988, p. 465 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995.

c) Sulla retroattività della condizione: PELOSI, *La pretesa retroattività della condizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 825 ss.; ID., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975; TATARANO, *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 83 ss.

d) Sulle condizioni illecite ed impossibili: COSENTINI, *Conditio impossibilis*, Milano, 1952; MESSINEO, *Brevi note sulla condizione illecita o impossibile nella donazione*, in *Giur. it.*, 1953, IV, c. 33 ss.; TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 844; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 70 ss.; RADICE, *Impossibilità originaria della condizione*, in *Contratti*, 1993, p. 148 ss.; BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2143 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995.

e) Sulle condizioni testamentarie: CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 199 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, p. 177 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 517 ss.; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, p. 1059 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997.

f) Sulla *conditio iuris*: SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 3 ss.; CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e conditio iuris*, in *Foro it.*, 1952, I, c. 408 ss.; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (conditio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1960, I, p. 5 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I. La compravendita di « cosa futura »*, Napoli, 1962.

g) Sulla pubblicità dei negozi sottoposti a condizione, oltre alle opere dedicate alla trascrizione in generale: NASTI, *La pubblicità immobiliare degli elementi accidentali del negozio*, in *Giust. civ.*, 1966, IV, p. 221 ss.; TRIOLA, *La trascrizione del negozio condizionato*, in *Vita not.*, 1975, p. 665 ss.; GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 21 ss.

Rassegne di giurisprudenza in tema di condizione: *Rassegna di giurisprudenza*

tà dell'istituto <sup>(2)</sup>. Gli studi recenti hanno soprattutto affrontato temi « di frontiera », come quelli relativi alla c.d. condizione di adempimento <sup>(3)</sup> ed alla condizione unilatera-

---

*sul codice civile diretta da Nicolò e Stella Richter*, a cura di De Martini e Ruoppolo, libro IV, 2, Milano, 1971, p. 408 ss. (e relative appendici di aggiornamento); MAIORCA, *Condizione (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 211 ss.; ID., *Condizione (sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 171; PECCENINI, *La condizione nei contratti*, Padova, 1995.

Il tema della condizione risulta trattato anche approfonditamente in molte trattazioni dedicate al negozio giuridico o al contratto in genere. Cfr. in particolare WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino, 1930, I, p. 283 ss.; e IV (note dei traduttori), p. 465 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1949), p. 645 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 329 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 514 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 582 ss.; ID., *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 167 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966 (rist. 1997), p. 195 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, libro IV, *Delle obbligazioni*, II, Torino, 1980, p. 223 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, Milano, 1984, p. 509 ss.; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, Torino, 1987, p. 757 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987, p. 601 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1988, p. 134 ss.; PECCENINI, *Gli elementi accidentali del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 765 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 138 ss.; COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 811 ss.

<sup>(2)</sup> È stato affermato che la produzione e distribuzione di massa hanno oggi « pienamente esplicitato la tendenza all'omologazione degli scambi intorno a schemi sempre più semplificati; il perdurante interesse del tema (della condizione: n.d.r.) resta così soprattutto legato a quei livelli « periferici » del traffico giuridico (vertici del potere economico; alcune specie di contrattazione episodica tra contraenti non professionali) in cui l'*Inhaltsfreiheit* svolge ancora una tendenziale pienezza » (CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 56). La limitata diffusione, nella prassi operativa, dell'istituto della condizione appare piuttosto la conseguenza della ricorrente interpretazione restrittiva delle relative norme, che ne delimita l'ambito di applicazione ai soli casi in cui la clausola condizionale presenti i tradizionali requisiti di accidentalità ed estrinsecità, in realtà — come si vedrà — non essenziali né indefettibili per la configurabilità dell'istituto in esame.

<sup>(3)</sup> Sulla condizione di adempimento il contributo principale della nostra dottrina è certamente quello di AMADIO, *La condizione di inadempimento (con-*

le <sup>(4)</sup>, nonché temi classici, quali la finzione di avveramento <sup>(5)</sup>, e la

---

*tributo alla teoria del negozio condizionato*), Padova, 1996, alla cui analisi va riconosciuto il merito dell'efficace confutazione di tutte le obiezioni opposte sia in dottrina che in giurisprudenza all'ammissibilità di questa figura, oltre ad un ripensamento su rigorose basi dogmatiche di numerosi profili della teoria generale della condizione.

Sull'argomento v. inoltre MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, in *Riv. not.*, 1983, p. 482 ss.; FUSCO, *L'adempimento come condizione del contratto*, in *Vita not.*, 1983, p. 304 ss.; ID., *Ancora in tema di adempimento come condizione*, in *Vita not.*, 1984, p. 291 ss.; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. not.*, 1986, p. 87 ss.; CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 901 ss.; IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 329 ss.; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996; DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1103 ss.; AMADIO, *Atto dovuto ed evento condizionale*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1048 ss.; ID., *Modello condizionale e tutela risolutoria*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1188 ss.

<sup>(4)</sup> Sulla condizione unilaterale cfr. i contributi di: VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 577 ss.; SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, c. 552; COSTANZA, *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, *Diritto privato (A-L)*, Milano, 1991, p. 247 ss.; GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, in *Riv. not.*, 1994, I, p. 1195 ss.; BOZZA, *In tema di condizione unilaterale*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 508 ss.; MUSY, *Condizione unilaterale di vendita immobiliare collegata al rilascio di licenza edilizia e sua rinuncia, una giurisprudenza sempre più consolidata?*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 907 ss.; CATALANO, *La (pretesa) unilaterale della condizione fra allocazione dei rischi e regole del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 654 ss.; CARBONE, *La condizione unilaterale: una creazione della giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 181 ss.; DOGLIOTTI, *Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte*, in *Riv. not.*, 1993, p. 1233 ss.; GUGLIELMO, *Considerazioni in tema di condizione unilaterale*, in *Riv. not.*, 1993, p. 835 ss.; LAMBERTI-FERRARA, *La condizione unilaterale*, in *Riv. not.*, 1995, p. 201 ss.; BACIN, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 339 ss.; PERRONE FILARDI NAPPI, *Note critiche sulla nozione di condizione unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 99 ss.; MAGGI, *Condizione unilaterale*, Napoli, 1998.

<sup>(5)</sup> Sulla finzione di avveramento della condizione cfr. in particolare: GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, Modena, 1930; ID., *Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, p. 52 ss.; TRIMARCHI P., *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 809 ss.; FAVARÒ, *L'art. 1359 cod. civ. e la cosiddetta finzione di avveramento della condizione*, in *Foro pad.*, 1980, I, c. 154 ss.; COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione*

condizione meramente potestativa <sup>(6)</sup>, e sono stati spesso occasione per rivisitare profili di teoria generale della condizione. Tuttavia, a parte qualche pregevole eccezione <sup>(7)</sup>, gli studi più recenti non sono riusciti finora a determinare un'effettiva evoluzione della scienza giuridica nella conoscenza dell'effettiva consistenza del fenomeno condizionale; per cui il punto di riferimento obbligato per ogni ricostruzione teorica generale dell'istituto della condizione è rappresentato, ancor oggi, dalla fondamentale monografia di Falzea del 1941 <sup>(8)</sup>, che, oltre a conservare sicura attualità nella configurazione dogmatica di numerosi profili dell'istituto in esame, ha il pregio di inquadrare sistematicamente la condizione nell'ambito della teoria del negozio giuridico. A quasi sessanta anni da questa elaborazione, si prospetta peraltro l'esigenza di una rivisitazione complessiva della teoria generale della condizione, che sola può consentire di inquadrare correttamente i problemi posti all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza negli ultimi anni, tra i quali quelli accennati della condizione di adempimento e della condizione unilaterale. Per altro verso, stante l'evoluzione dei traffici giuridici e l'invecchiamento di una serie di istituti e di categorie dogmatiche, non più idonei alla tutela delle esigenze della moderna realtà giuridica, occorre verifi-

---

*potestativa*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1528 ss.; SOMARÉ, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1826; BELFIORE, *Condizioni potestative. Finzione di avveramento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 613 ss.; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 328 ss.; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994; VITUCCI, *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 9 ss.; AVONDOLA, *Condizione legale e applicabilità dell'art. 1359 c.c.*, in *Contratti*, 1998, p. 557 ss.

Sul fenomeno della *fictio iuris* in genere, cfr. soprattutto PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 658 ss.; TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979.

<sup>(6)</sup> STANZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 732 ss.; ID., *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1984; BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 125 ss.

<sup>(7)</sup> Ci si riferisce soprattutto al contributo di AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit.

<sup>(8)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941. Rispetto all'elaborazione teorica successiva alla citata monografia, e nonostante il tempo trascorso, si può ancora osservare, riprendendo l'osservazione di Falzea (a p. 61), che la teoria della condizione « presenta degli sviluppi ipertrofici su singole parti, e delle gravi atrofie rispetto ad altre parti, forse più vitali ».



care se il congegno condizionale possa rispondere in maniera idonea al soddisfacimento di tali esigenze.

Possono prospettarsi, solo in via esemplificativa e come fattispecie paradigmatiche, una serie di situazioni particolarmente significative:

a) un'ipotesi importante è quella della condizione utilizzata per subordinare, nei contratti con prestazioni corrispettive, una o entrambe le attribuzioni patrimoniali all'esecuzione della prestazione di una delle parti, in modo da garantire, in caso di inadempimento, il ripristino della sfera giuridica del contraente adempiente con efficacia reale;

b) ci si può chiedere, poi, se la condizione possa costituire meccanismo idoneo alla costruzione di un patto di prelazione con efficacia reale e quindi opponibile *erga omnes*, mediante la conclusione di un contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato alla messa in vendita del bene, e debitamente trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c.;

c) la condizione può atteggiarsi come strumento di garanzia dell'alienante nei trasferimenti con corrispettivo dilazionato, mediante la stipula di una *cessio bonorum* a favore dello stesso alienante, avente ad oggetto il bene oggetto del contratto, sospensivamente condizionata all'inadempimento dell'acquirente entro un dato termine e debitamente trascritta, come tale opponibile *erga omnes*;

d) altro ipotetico utilizzo della condizione può essere il controllo della sopravvenienza di determinati presupposti intrinseci dell'atto: in particolare, l'assunzione immediata di un vincolo contrattuale, in attesa che intervenga un elemento che la legge contempla come requisito di efficacia del contratto. Può ipotizzarsi, tra gli altri, il condizionamento alla sopravvenuta commerciabilità dell'oggetto, o alla sopravvenuta legittimazione al negozio: particolarmente significativo può essere il caso del contratto di vendita, stipulato dal fallito in costanza di fallimento, e sospensivamente condizionato alla permanenza del bene alienato nel suo patrimonio dopo la chiusura del fallimento;

e) può anche ipotizzarsi l'utilizzo della condizione per sospendere espressamente ed integralmente l'efficacia contrattuale in ipotesi in cui il difetto di un elemento tipico, e in particolare del termine di riferimento oggettivo o soggettivo del negozio, impedisce il prodursi di un dato effetto giuridico. A titolo esemplificativo,

può indicarsi un contratto di vendita di fabbricato futuro, che le parti condizionano sospensivamente, anche per quanto concerne l'obbligazione del prezzo, al collaudo da eseguirsi con atto formale, così predisponendo un titolo idoneo per l'annotamento nei registri immobiliari e certo nei suoi riferimenti temporali, usufruendo di un regime fiscale favorevole in pendenza della condizione, e superando, mediante il ricorso alla collaudata disciplina condizionale, le problematiche e le incertezze sugli effetti della trascrizione nel caso *de quo*;

f) analogamente, è ipotizzabile una vendita immobiliare con patto di riservato dominio, in cui le parti condizionino sospensivamente il trasferimento della proprietà all'accertamento, negoziale o giudiziale, dell'avvenuto pagamento del prezzo, da annotarsi nei registri immobiliari come avveramento della condizione, con ciò assicurando la certezza del rapporto giuridico sia tra le stesse parti che nei confronti dei terzi;

g) particolare rilevanza assume il congegno della condizione nell'ottica dei trasferimenti fiduciari di ricchezza, poiché proprio tale congegno, in quanto ritenuto ammissibile, consente di reagire con strumenti efficaci ed opponibili ai terzi al c.d. abuso del fiduciario, colmando così una parte della distanza tra il nostro ordinamento, e gli altri che conoscono la c.d. fiducia germanistica;

h) la deduzione in condizione risolutiva dell'eventuale alienazione del bene, se intervenuta entro un dato termine, ove ritenuta ammissibile, consentirebbe — tramite il congegno dell'art. 1357 c.c. — di ottenere l'efficacia reale del divieto di alienazione;

i) nelle c.d. prestazioni traslative isolate, configurabili a tutti gli effetti come negozi con *causa solvendi*, la deduzione in condizione dell'esistenza, validità ed efficacia del negozio principale — al cui adempimento si tende — consentirebbe di sottoporre a controllo l'esistenza della causa del trasferimento, rendendo, nel contempo, opponibili ai terzi senza alcun limite — sempre tramite il meccanismo dell'art. 1357 c.c. — eventuali patologie del rapporto;

l) il condizionamento, nei contratti con prestazioni corrispettive, di una sola delle prestazioni ad un evento esterno consentirebbe di rendere aleatoria la causa del contratto, subordinando così una delle prestazioni al conseguimento di risultati eccedenti l'adempimento dell'obbligazione della controparte;

m) deve essere valutata anche l'ammissibilità della sottoposizione del contratto preliminare di compravendita — stipulato in

nome e per conto di un incapace — alla condizione sospensiva del rilascio dell'autorizzazione giudiziale.

Gli esempi potrebbero continuare. Già i casi prospettati, peraltro, inducono nell'operatore giuridico ragionevoli dubbi sulla loro realizzabilità, dovendo misurarsi con l'attuale ricostruzione teorica dell'istituto condizionale, che — pur in presenza di un dato normativo che non sembra prevedere particolari limitazioni al riguardo — pone al centro i tradizionali requisiti della *accidentalità* e della *estrinsecità* della condizione, ritenendoli qualità « logicamente e giuridicamente indeclinabili »<sup>(9)</sup>, e dei quali, invece, buona parte delle ipotesi affacciate sembrano prive.

L'obiettivo della presente indagine è, quindi, quello prioritario di verificare l'effettiva vigenza, nell'attuale ordinamento giuridico italiano, dei limiti della accidentalità ed estrinsecità, o viceversa la loro natura di meri dogmi dottrinali, non trovanti rispondenza nel diritto positivo. In quest'ultima eventualità, si aprirebbe all'istituto condizionale un enorme spazio di operatività, e la condizione verrebbe a costituire un utilissimo strumento a disposizione dell'autonomia privata per la regolamentazione del rischio contrattuale.<sup>(10)</sup> ed in genere per la realizzazione di esigenze cui, oggi, mal sopperiscono altri istituti tipici<sup>(11)</sup>. Ciò anche tenuto conto del

<sup>(9)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

<sup>(10)</sup> Evidenziano l'importanza del ruolo della condizione al fine di evitare « il rischio di danni connesso al succedersi di eventi prevedibili ma sottratti ad ogni possibilità di controllo », BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 4; RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, p. 57 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 260 ss.; GIAMPIERI, *Rischio contrattuale*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 27 (« L'utilizzazione di condizioni sospensive assolve appunto alla funzione di prevenire il rischio che il mancato verificarsi di un evento... vanifichi ogni interesse per la conclusione del rapporto. L'esecuzione differita del contratto, ovvero la subordinazione della sua efficacia ad una o più condizioni sospensive consentono, in altre parole, di accollare ad entrambe le parti il rischio che il contratto non produca effetti a causa del verificarsi (o del mancato verificarsi) di una determinata circostanza »).

<sup>(11)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 139-140: « Ad esempio, la legge pone le sue inderogabili esigenze per la validità degli atti: ma i privati possono garantirsi vicendevolmente contro il rischio che l'atto sia nullo; ed è lecito garantire la possibilità della prestazione, o, meglio, garantire il risultato anche in caso di prestazione impossibile originariamente o per fatto successivo. Non si può contrattare intorno alla capacità del terzo, né caricare d'obblighi il terzo; ma si può

fatto che, da un lato, si prestano ad essere dedotti in condizione comportamenti di una delle parti del negozio che — per la loro incoercibilità o non patrimonialità <sup>(12)</sup> — non potrebbero costituire oggetto di obbligazione; dall'altro, la condizione consente di « amministrare le ragioni del contratto previste dalle parti contrattuali e dalle stesse valutate, ma delle quali le stesse, bilateralmente o unilateralmente, non vogliono assumere il rischio » <sup>(13)</sup>.

Assunta quale ipotesi di lavoro l'inessenzialità dei requisiti della accidentalità e della estrinsecità, occorrerà peraltro — affinché la costruzione dogmatica sia scientificamente e positivamente utilizzabile — delimitare con particolare attenzione il fenomeno condizionale rispetto a istituti diversi, anch'essi caratterizzati dall'incidenza di un evento futuro ed incerto sugli effetti del negozio, ma non riconducibili alla nozione tecnica di condizione, quale delineata negli artt. 1353 ss., e nelle altre norme del codice civile

---

garantire, se non la propria capacità, la capacità o la prestazione del terzo; il che si ottiene promettendo l'*id quod interest* per l'ipotesi di incapacità o mancata prestazione del terzo. Se la legge vuole che i poteri e la rappresentanza del condominio, in talune materie, spetti all'amministratore, l'amministratore e il terzo contraente possono però subordinare l'efficacia dell'accordo al benessere di un certo numero di condomini. Se la proprietà del mobile passa con il consenso, e non occorre la consegna, le parti possono però pattuire una condizione sospensiva « se l'alienante avrà consegnato », o una condizione risolutiva capace di produrre gli stessi effetti pratici. In Germania, dove il trasferimento della proprietà mobiliare dipende da una consegna astratta, avviene di frequente che le parti sottopongano gli effetti della consegna alla condizione della sussistenza e validità del rapporto fondamentale ».

<sup>(12)</sup> CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 266; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 279; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150: « Anche comportamenti che non possono essere dedotti in obbligazione perché mancanti del carattere della « patrimonialità » rigorosa dell'art. 1321, o perché incoercibili, possono essere dedotti in condizione, e così premiati (se nei prossimi anni avrai figli ti darò cento al mese; ti darò cento se comporrà una buona poesia per il mio compleanno) ». *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 139, ove si rileva che « In pratica, è possibile ai privati regolare l'effetto delle fattispecie previste dall'ordinamento ricorrendo al gioco delle condizioni. Così è possibile ai privati disseminare, con il gioco delle condizioni, incentivi e deterrenti ai comportamenti altrui (promesse di ricompense, clausole penali). L'importanza che le condizioni potrebbero assumere da questo punto di vista non è ancora stata chiarita interamente. Tramite il gioco delle condizioni, i privati riescono a moltiplicare le dimensioni della loro autonomia. Così come il legislatore fa scattare gli effetti delle fattispecie legali, il privato ricollega questo o quell'altro effetto alle condizioni che liberamente ha prescelto ».

<sup>(13)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 12.

che di essa si occupano. L'opera di delimitazione, già effettuata dalla migliore dottrina negli anni immediatamente precedenti l'emanazione del vigente codice civile <sup>(14)</sup>, deve essere criticamente rivisitata ed ulteriormente perfezionata, alla luce della prospettata, innovativa ricostruzione teorica.

## 2. *L'istituto della condizione come argomento centrale nella teoria del negozio giuridico.*

La categoria dogmatica della condizione presenta uno stretto collegamento con numerose problematiche centrali nell'ambito della teoria del negozio giuridico, che a loro volta hanno conosciuto, nell'ultimo cinquantennio, una notevole evoluzione: si tratta, in particolare, delle tematiche della causa <sup>(15)</sup>, del tipo ne-

---

(14) Il riferimento obbligato è all'opera di FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 3 ss., 217 ss., che denunciava uno « sviluppo ipertrofico » del fenomeno condizionale — sia riguardo alla *condicio facti* che alla *condicio iuris* — nell'elaborazione dottrinale precedente, elaborando quindi, come sarà meglio illustrato nel testo, un'originale ed accurata ricostruzione dell'istituto, che rimane, a tutt'oggi, immune da critiche decisive sotto il profilo dell'analisi strutturale.

(15) Sul tema della causa, oltre alle trattazioni generali sul negozio giuridico e sul contratto, cfr. in particolare: PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Studi in memoria di Giacomo Venezian*, Messina, 1934 (ora in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 75 ss.); ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1947-1948, I, p. 13 ss. (ora in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, cit., p. 105 ss.); MIRABELLI, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.*, 1950, p. 91 ss.; ID., *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 322 ss.; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 894 ss.; GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 546 ss.; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; LENER, « Expressio causae » e astrazione processuale (*Note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione*), in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 3 ss.; SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1978, p. 52 ss. (ora in *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 199 ss.); PELLICANO, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981; FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. e Impresa*, 1985, p. 115 ss.; FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127 ss.; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss.; SACCO, *Negozio astratto*, in

goziale <sup>(16)</sup>, dell'oggetto <sup>(17)</sup> e del contenuto contrattuale <sup>(18)</sup>, con la connessa problematica della presupposizione <sup>(19)</sup> e, più in generale,

---

*Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 48 ss.; MARINELLI, *La causa e l'oggetto del contratto nella dottrina civilistica italiana*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 327 ss.; SICCHIERO, *Appunti sulla causa del contratto*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 733 ss.; FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 46 ss. ALPA, *Causa e tipo*, in *Vita not.*, 1997, p. 3 ss.

Sul controllo di meritevolezza dell'interesse *ex art.* 1322, comma 2, cfr. FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impresa*, 1987, p. 422 ss.; DI FRANCA, *La causa dei contratti atipici tra giudizio di meritevolezza e autonomia negoziale: spunti per una riflessione*, in *Giur. merito*, 1990, I, p. 301 ss.; BATTAGLIA, *Contratti innominati e causa atipica*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2761 ss.; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 798 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 324 ss.

Sui motivi del negozio giuridico, e sul loro rapporto con la causa, cfr. in particolare: DEIANA, *Motivi nel diritto privato*, Torino, 1939; BESSONE, « *Motivi* » *del contratto, dogma della loro irrilevanza e obiter dicta giurisprudenziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 92 ss.; RICCA, *Motivi*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 269 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 466 ss.

<sup>(16)</sup> Sul tipo negoziale, oltre alla monografia di FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., ed alla fondamentale opera di DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, cfr. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981; MASTROPAOLO, *Accidentalità del « modus » e tipi negoziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 881 ss.; BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 351 ss.; MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 487 ss.; CLARIZIA, *Contratti innominati*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; GIAMMARIA, *Il contratto atipico*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 443 ss.

<sup>(17)</sup> Sull'oggetto del negozio giuridico, cfr. NICOLÒ, *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 283-284; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 799 ss.; ID., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 124 ss.; CHECCHINI, *Prestazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991; ALPA-MARTINI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 34 ss.; ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997, p. 611 ss.

<sup>(18)</sup> In relazione alla problematica del contenuto negoziale, cfr. soprattutto CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; nonché la rassegna di ZENO ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 152 ss.

<sup>(19)</sup> Sulla presupposizione la letteratura è vastissima. Si vedano, di recente, BESSONE-D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; PIETROBON, *Presupposizione*, in *Enc. giur. Treccani*, XLI, Roma, 1991; SERIO, *Presupposizione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIV, Milano, 1996, p.

del rischio contrattuale <sup>(20)</sup>. D'altra parte, la compenetrazione della tematica della pendenza condizionale con la controversa figura dell'aspettativa <sup>(21)</sup> (a sua volta collegata alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive <sup>(22)</sup>), nonché con le teorie della rilevanza <sup>(23)</sup> e dell'efficacia <sup>(24)</sup>, rendono ragione della centralità dell'istituto in esame rispetto all'intera teoria del negozio giuridico.

Ciò spiega l'angolo visuale adottato quale prospettiva dell'indagine, che è quello del negozio giuridico e non del contratto, nonostante la conclamata e ribadita crisi della categoria negoziale <sup>(25)</sup>. È stato efficacemente detto che, del negozio giuridico, è

---

294 ss.; SEGRETO, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 57 ss.; CALDERONI, « *Presupposizione* » e *disciplina del contratto*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3160 ss.; COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 3 ss.

<sup>(20)</sup> Sul rischio contrattuale, fondamentale resta la monografia di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975. Cfr. anche GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997, spec. p. 115 ss.; GIAMPIERI, *Rischio contrattuale*, cit., p. 17 ss.

<sup>(21)</sup> Sull'aspettativa cfr. gli Autori cit. *supra*, alla nota 1, lettera b).

<sup>(22)</sup> Sulle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito della teoria dell'efficacia giuridica, cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, p. 294 ss. (già in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.). Sull'argomento, cfr. di recente BIANCA, *Diritto civile, VI - La proprietà*, Milano, 1999, p. 1 ss., ed ivi riferimenti di dottrina.

<sup>(23)</sup> Sulla rilevanza giuridica, con particolare riferimento alla teoria della condizione, fondamentale rimane il contributo di FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 7 ss., 24 ss.; ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., in part. p. 21 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 259 ss., e p. 304 ss.

Cfr. inoltre SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Novissimo Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 112 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.; IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Novissimo Dig. It.*, XV, Torino 1968, p. 1094 ss.

<sup>(24)</sup> Sulla teoria dell'efficacia giuridica, cfr. i contributi di FALZEA, cit. *supra*, alla nota 23, ed inoltre FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 377 (già in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 941 ss.); ID., *Teoria dell'efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 45 ss. (già *Teoria dell'efficacia giuridica*, ed. provv., Milano, 1951).

<sup>(25)</sup> Sulla crisi del negozio giuridico, cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 8 ss.; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano,

in crisi non tanto la categoria in se stessa, quanto il particolare concetto, di derivazione pandettistica, imperniato sulla volontà <sup>(26)</sup>: la crisi della concezione volontaristica del diritto oggettivo in generale, e del negozio giuridico in particolare, non è stata accompagnata da una soddisfacente risistemazione delle categorie dogmatiche elaborate dalla stessa pandettistica, almeno nell'applicazione che degli istituti negoziali hanno fatto dottrina e giurisprudenza prevalenti. La proposta, che qui si accoglie, è quella che pone al centro della dinamica giuridica la categoria dell'*interesse* <sup>(27)</sup>, definendo il diritto oggettivo in generale quale sistema di interessi <sup>(28)</sup>, ed il negozio giuridico in particolare quale atto programmatico <sup>(29)</sup>, diretto alla realizzazione di un interesse qualitativa-

1970, p. 299 ss.; GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 451 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 15 ss.; SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 39 ss.

<sup>(26)</sup> SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., p. 39 ss.

<sup>(27)</sup> Si tratta dell'indirizzo metodologico di cui il più tenace assertore è sicuramente il FALZEA, e che costituisce il filo rosso che accomuna l'intera produzione scientifica di questo Autore: già rinvenibile nella monografia sulla condizione, sopra citata, il tema si trova sviluppato in FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I - Il concetto del diritto*, Milano, 1979; ID., *Voci di teoria generale del diritto*, cit.; ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit. Per quanto specificamente attiene la tematica del negozio giuridico, cfr. soprattutto FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 34 ss.

Nel solco dell'indirizzo metodologico tracciato da FALZEA, con riferimento alla teoria del negozio giuridico, cfr. anche CAMPAGNA, *I « negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, p. 49 ss.; TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 875 ss.; SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., p. 43 ss.

<sup>(28)</sup> FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, cit., p. 213 ss. (già in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 1 ss.).

<sup>(29)</sup> Sulla programmaticità dell'atto negoziale, cfr. tra gli altri FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 34 ss.; CAMPAGNA, *I « negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., p. 54 ss.; RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 305 ss.; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 111 ss., 132 ss.; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, p. 141 ss.; PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 35 ss.; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 10 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 227; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 330 ss.; ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., p. 50 ss.



mente nuovo <sup>(30)</sup> dei soggetti privati e come tale produttivo di efficacia innovativa <sup>(31)</sup>, classificabile nell'ambito di quei comportamenti umani significanti, idonei non già a realizzare immediatamente l'interesse, bensì a manifestare l'esigenza di realizzazione futura dell'interesse medesimo (c.d. comportamenti immateriali *inattuosi*) <sup>(32)</sup>; esigenza cui l'ordinamento giuridico risponde con la previsione degli effetti giuridici negoziali, catalogabili essenzialmente secondo le modalità assiologiche del potere e del dovere <sup>(33)</sup>, nelle loro varie specificazioni.

Lo studio della condizione costituisce un angolo visuale privilegiato dal quale ricavare una conferma della superiore ricostruzione, con particolar riguardo all'importanza determinante della categoria dell'interesse, che è stata posta al centro dell'analisi del fenomeno condizionale, per la prima volta, nella monografia di Falzea del 1941 <sup>(34)</sup>, rivelandosi, anche negli studi più recenti, feconda prospettiva di indagine nell'ottica di una ricostruzione dell'istituto in esame quale « meccanismo di selezione di interessi giuridicamente rilevanti » <sup>(35)</sup>.

Del resto, proprio riguardo al tema della condizione è possibile rinvenire significative comunanze tra le diverse tipologie di negozi giuridici (*inter vivos* e *mortis causa*, patrimoniali e non patrimoniali). È stato infatti di recente sottolineato che, a prescindere dai

<sup>(30)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 54.

<sup>(31)</sup> Sull'efficacia innovativa quale tipo di efficacia propria del negozio giuridico, in contrapposizione all'efficacia dichiarativa propria delle dichiarazioni di scienza e delle dichiarazioni non negoziali di volontà, v. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 45 ss., e p. 119 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 325 ss.; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 319 ss.

<sup>(32)</sup> Sulla classificazione dei comportamenti giuridici, mediante la contrapposizione tra comportamenti attuosi ed inattuosi, che si incrocia con l'ulteriore distinzione tra comportamenti materiali ed immateriali, cfr. FALZEA, *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 707 ss. (già in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 442 ss., sotto la voce « Manifestazione »); ID., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 19 ss.

<sup>(33)</sup> Su dovere e potere quali tipologie fondamentali di effetti giuridici, v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 296 ss.

<sup>(34)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 10 ss.

<sup>(35)</sup> TATARANO, « Incertezza », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 125 ss.

comuni profili di disciplina che pure esistono <sup>(36)</sup>, l'importanza decisiva della categoria unitaria del negozio giuridico si coglie prioritariamente con riferimento al processo di qualificazione ed ai giudizi normativi di valutazione, e quindi alle connesse problematiche dell'efficacia e della rilevanza giuridica <sup>(37)</sup>, che anche con riferimento all'istituto condizionale trovano identica configurazione dogmatica e comune regolamentazione, salve, ovviamente, particolari differenze di disciplina <sup>(38)</sup>.

Si è rilevato che l'ambito di applicazione dell'istituto della condizione volontaria è più ampio di quello del negozio giuridico, riguardando, per un verso, l'insieme degli atti giuridici di diritto privato caratterizzati dalla presenza di una dichiarazione di volontà <sup>(39)</sup>, anche non negoziale, e dal contenuto programmatico <sup>(40)</sup>,

<sup>(36)</sup> Nella Relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942 (n. 147) si afferma espressamente la riconducibilità del concetto e della disciplina delle condizioni testamentarie « alla regolamentazione generale del negozio giuridico »; circostanza confermata dalla mancanza di qualsiasi nozione o definizione della condizione negli artt. 633 ss. c.c. (sul punto, cfr. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 9 ss.).

<sup>(37)</sup> SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., p. 63 ss., spec. p. 65.

<sup>(38)</sup> Sulla disciplina delle condizioni testamentarie, cfr. CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 199 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 184 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1964, p. 177 ss.; TAMBURRINO, *Delle successioni*, 2, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1978, p. 199 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 517 ss.; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, in *Riv. not.*, 1983, p. 326; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, in *Successioni e donazioni*, I, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 1059 ss.; BONILINI, *Il testamento - lineamenti*, Padova, 1995, p. 48 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit.; TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 1998, p. 227 ss.

<sup>(39)</sup> Si è esattamente affermato che non ha senso l'apposizione di condizioni alle *dichiarazioni di scienza*, i cui « effetti si ricollegano esclusivamente al risultato di conoscenza, che non può subire variazioni »: MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 443.

<sup>(40)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1, secondo il quale « l'estensione della condizionalità agli atti giuridici incontra una limitazione in ciò, che deve trattarsi di atti nei quali la volontà ha spazio giuridico per provocare la subordinazione della efficacia o della risoluzione a un evento futuro e incerto: di atti, dunque, rispetto ai quali la volontà sia in grado di determinare il contenuto, atteggiandosi non come semplice volontà dell'atto ma anche come volontà del contenuto dell'atto ».

In giurisprudenza si è ritenuto che la condizione sia senz'altro apponibile agli

dall'altro essendo suscettibile di estensione all'ambito del diritto pubblico <sup>(41)</sup>, e trovando applicazione sia con riferimento agli atti amministrativi <sup>(42)</sup> che ai provvedimenti giurisdizionali <sup>(43)</sup>. Peraltro, la peculiarità che la disciplina della condizione presenta in questi ultimi settori <sup>(44)</sup>, richiede evidentemente una trattazione

---

*atti prenegoziali*, ed in particolare alla proposta contrattuale, poiché « la proposta determina in primo luogo un mutamento nella situazione giuridica del proponente — la soggezione al potere del destinatario di vincolarlo con la propria accettazione — ed in tale mutamento ben può individuarsi un effetto giuridico suscettibile di sospensione »: Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148 ss. *Contra*, Cass. 20 giugno 1990 n. 6210, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2523.

<sup>(41)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 1.

<sup>(42)</sup> Sul condizionamento degli atti amministrativi, cfr. tra gli altri ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, p. 251-252; NAPOLITANO, *L'autorizzazione « condizionata » agli acquisti delle persone giuridiche tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 511 ss. (ed ivi citazioni di dottrina).

<sup>(43)</sup> Sulla sentenza condizionale, cfr. *infra*, paragrafo 53.

Sugli atti processuali in genere, si è sostenuto (SEGNİ-COSTA, *Procedimento civile*, in *Novissimo Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1054) che essi non tollerano, in generale, l'apposizione di condizioni, salvo che l'evento dedotto in condizione si produca nel corso del processo (es., domanda proposta subordinatamente al rigetto o all'accoglimento di un'altra; ricorso per cassazione condizionato, ecc.).

Nel senso che la rigorosa concatenazione degli atti processuali, l'esigenza che la loro efficacia possa emergere da dati obiettivi e facilmente controllabili, e l'efficacia mediata degli atti processuali impediscono l'inserimento di elementi accidentali, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1998, p. 383.

<sup>(44)</sup> Le particolarità di disciplina e l'autonomia concettuale riguardano non solo le condizioni apposte ad atti amministrativi e provvedimenti giurisdizionali, inquadrabili nell'ambito dei principi propri del diritto amministrativo e del diritto processuale, ma anche le dichiarazioni non negoziali di volontà di diritto privato: per una descrizione del regime delle condizioni apposte a questi ultimi atti, cfr. soprattutto MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., p. 443 (secondo il quale la condizione, in questa tipologia di atti, non influenza l'efficacia dell'atto, ma ne specifica unicamente il contenuto); PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 155 ss., 197, 200 ss., 262 ss. Quest'ultimo Autore, in particolare — premesso che le dichiarazioni non negoziali di volontà si distinguono da quelle negoziali non perché il loro contenuto sia determinato dalla legge, ma piuttosto per la loro efficacia dichiarativa e per l'inesistenza di un interesse qualitativamente nuovo, o causa — evidenzia che alcune dichiarazioni non negoziali di volontà (in particolare l'offerta della prestazione da parte del debitore) non sopportano, per la rigidità del proprio contenuto, l'apposizione di condizioni; con riferimento ad altre (tra cui, ad esempio, le intimazioni e le opposizioni), ugualmente rigide nel contenuto, l'apposizione di condizioni snatura l'atto, facendo sì che esso assuma carattere negoziale; altre ancora (come i rifiuti, i permessi, le

autonoma, e rende ragione della scelta di trattare, nella presente indagine, esclusivamente della condizione negoziale, con riferimento alla quale soltanto si pongono le problematiche dell'inefficacia in senso tecnico e della pendenza <sup>(45)</sup>, ed in genere l'applicazione della disciplina codicistica sulla condizione.

---

istruzioni, gli ordini, le dichiarazioni determinative minori) tollerano senz'altro l'apposizione di condizioni, con il duplice limite del non aggravamento della situazione del destinatario e di quella del dichiarante: il superamento di quest'ultimo limite, in particolare comporterà il venire ad esistenza di un vero e proprio negozio, che coesisterà, eventualmente, con la partecipazione di volontà.

Alle condizioni apposte alle dichiarazioni non negoziali di volontà non può ritenersi applicabile, secondo la dottrina unanime, la disciplina della condizione negoziale, e quindi non sono configurabili né situazioni di pendenza e di aspettativa, né retroattività, né misure cautelari, né obblighi di buona fede o finzioni di avveramento: MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., p. 443; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 262, e p. 268, nota 96.

<sup>(45)</sup> Per l'osservazione che « di inefficacia non ha sicuramente senso parlare se non con riferimento esclusivo agli atti negoziali », e che « l'inefficacia dei meri fatti e atti non si distingue perciò dalla loro irrilevanza », SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 330 ss.; ciò deriva, secondo l'Autore, dal fatto che l'inefficacia in senso tecnico, in quanto « mancata attribuzione di un indice di valore a un fatto », non concerne la struttura dell'atto, bensì la sua funzione, e come tale « essa non può ricorrere non solo nei casi in cui i soggetti non hanno la disponibilità degli effetti, perché sottratti alla loro determinazione, ma altresì in quelli in cui l'interesse al quale è legato l'atto è stato già valutato in precedenza dal diritto »; pertanto, non è corretto parlare di inefficacia in senso tecnico neanche per gli atti programmatici non negoziali, « i quali rappresentano meri svolgimenti interni del processo di realizzazione di un preesistente interesse negoziale ». Per l'inapplicabilità della categoria dell'inefficacia ai fatti giuridici in senso stretto ed agli atti non negoziali, cfr. anche SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 1 (« In tali casi, invero, non vi è spazio per una qualificazione negativa della efficacia giuridica, al di là della rigida, totalizzante alternativa tra la ricorrenza o no della fattispecie ipotizzata dalla legge e degli effetti da essa stabiliti »).



CAPITOLO I  
EVOLUZIONE STORICA DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 3. L'elaborazione del concetto di condizione nel diritto romano ed intermedio. La partizione di derivazione scolastica degli elementi negoziali in *essentialia* ed *accidentalìa*. L'elaborazione pandettistica della categoria del negozio giuridico come dichiarazione di volontà. Il problema dogmatico della volontà condizionata. — 4. L'elaborazione della teoria della fattispecie nel diritto privato, e lo studio della figura condizionale nell'ambito delle fattispecie a formazione successiva. — 5. La trasposizione dell'indagine dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi nell'opera di Falzea: la teoria dei due piani di interesse. L'elaborazione della teoria della condizione sospensiva, intesa come evento condizionante, quale coelemento di efficacia, e concausa degli effetti giuridici negoziali. La distinzione tra coelementi necessari ed accidentali. La figura della condizione risolutiva. — 6. Le critiche alla teoria della fattispecie. Le teorie del negozio come autoregolamento e come valore, e l'enfatizzazione del principio di autonomia privata. Critica a tali teorie.

3. *L'elaborazione del concetto di condizione nel diritto romano ed intermedio. La partizione di derivazione scolastica degli elementi negoziali in essentialia ed accidentalìa. L'elaborazione pandettistica della categoria del negozio giuridico come dichiarazione di volontà. Il problema dogmatico della volontà condizionata.*

L'istituto della *condicio*, come è noto, nasce nel diritto romano, e si sviluppa fino a conoscere, nel diritto giustiniano, le principali caratteristiche e connotazioni di disciplina che oggi gli appartengono: i requisiti dell'incertezza e della collocazione nel futuro, la figura della pendenza, la retroattività, la finzione di adempimento, la regola sabiniana per le disposizioni di ultima volontà e per le donazioni, la condizione meramente potestativa <sup>(1)</sup>.

In diritto romano la condizione è essenzialmente condizione

---

<sup>(1)</sup> Sull'istituto della condizione nel diritto romano, cfr. ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 743 ss.

sospensiva: la condizione risolutiva non è altro che una particolare condizione sospensiva, apposta ad un patto accessorio (*pactum adiectum*) diretto a risolvere il contratto (2). L'evoluzione della giurisprudenza romana porta a riconoscere che il negozio condizionato è un negozio perfetto, anche durante la fase di pendenza: ciò comporta, ad esempio, che il testamento sospensivamente condizionato determina già immediatamente l'effetto di revoca del precedente testamento (3). Parimenti, si sviluppano nel corso del tempo rimedi a tutela dell'aspettativa: dalla finzione di avveramento della condizione, al riconoscimento di una limitata efficacia agli atti di disposizione del diritto da parte dell'alienante *pendente condicione*, alla negazione dell'efficacia degli atti irrimediabilmente pregiudizievoli all'aspettativa dell'acquirente, al riconoscimento della possibilità di estinguere il rapporto obbligatorio condizionato mediante *acceptilatio* e *novatio* già durante la fase di pendenza, o di rafforzarlo mediante costituzione di pegno, all'ammissibilità della successione nel rapporto condizionato (4). Si tratta di soluzioni raggiunte faticosamente, spesso discusse e non pacifiche per tutta l'età classica, che tuttavia testimoniano della consapevolezza, da parte dei giuristi romani, dell'estraneità della condizione al processo di formazione del negozio strettamente inteso. Non è dato, tuttavia, rinvenire nell'elaborazione dei giuristi romani alcun riferimento a quelli che saranno, successivamente, i dogmi della accidentalità e della estrinsecità assiologica della condizione.

Nel diritto intermedio, la condizione viene per la prima volta classificata, nell'ambito di una partizione degli elementi negoziali di matrice scolastica ed aristotelica, tra gli *accidentalialia* del negozio, in contrapposizione agli *essentialia* (5). La condizione quindi, al pari del *dies* e del *modus*, costituisce, in questa elaborazione, un ele-

---

(2) ARCHI, *op. ult. cit.*, p. 743. In WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 287, la condizione risolutiva viene definita come « una dichiarazione di volontà accessoria, condizionata sospensivamente, che tende alla revoca degli effetti della dichiarazione principale di volontà ».

(3) ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, cit., p. 749.

(4) ARCHI, *op. ult. cit.*, p. 749 ss.

(5) Sull'elaborazione in tema di condizione in diritto intermedio, cfr. MAFFEI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 759 ss. Sulla tripartizione nel diritto comune degli elementi negoziali in *essentialia*, *naturalia* ed *accidentalialia*, cfr. MOZZIO, *Tractatus de contractibus*, Venetiis, 1595; MANTICA, *Vaticanae lucubrationes seu de tacitis et ambiguis*

mento accessorio ed accidentale, che le parti possono aggiungere al contenuto del negozio, ma la cui assenza non determina né l'invalidità, né il venir meno del *nomen iuris*. Significativa, sotto questo profilo, è l'opera giovanile di Goffried Wilhelm Leibniz, lo *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum*, del 1665 <sup>(6)</sup>: in essa viene data una prima sistemazione teorica unitaria all'istituto in veste logico-formale, sulla base dell'affermazione, contenuta nei *Praeliminaria* dell'opera, che « *doctrina de conditionibus pars quaedam est logicae iuridicae, agens de propositionibus hypotheticis in jure* ». Sotto il profilo che interessa, Leibniz afferma che « *Conditionem esse accessorium, Conditionatum principale* », rilevando che « *Nam si vera conditio, verum est conditionatum, quare si verum non est conditionatum, vera non est conditio* », ed inoltre che « *conditio conditionis est conditio conditionati* »; pertanto, « *si conditio infert et suspendit conditionatum, etiam vicissim conditionatum ipsam suspendet et inferet* ». La condizionalità volontaria viene quindi definita come estrinseca: « *intrinsicam vocant, cujus connexio est a natura rei, extrinsecam, cujus a voluntate* ». Peraltro è espressamente precisato che « *In extrinseca conditionalitate, a parte rei, vel conditio est necessaria conditionato, seu id suspendit, tum dispositio in effectu est pura, vel conditionatum est necessarium conditioni, seu ab ea inferitur aut eam suspendit, quo casu dispositio in effectu juris est nulla* »: infatti « *Quicquid ipsa natura et necessario inest, id est pro non adjecto in proposizione morali* ».

Su questi presupposti logici viene ricostruito l'istituto condizionale dalla dottrina successiva, nell'ambito della più generale teoria del negozio giuridico. La categoria concettuale del *Rechtsgeschäft*, come è noto, viene elaborata dalla pandettistica tedesca del secolo scorso, nell'ambito della corrente di pensiero, di matrice individualistica ed idealistica, ma prima ancora giusnaturalistica, che attribuisce un ruolo decisivo alla volontà creatrice dello spirito umano. In tal guisa, la norma giuridica è definita quale comando, il diritto

---

*conventionibus*, Romae, 1609, I, titt. XII e XIII. Cfr. sul punto DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 67, nota 30.

<sup>(6)</sup> L'opera di Leibniz, citata nel testo, è ora pubblicata nei « *Testi per la storia del pensiero giuridico* », raccolti da T. Ascarelli e M. Giannotta, Milano, 1960, p. 305 ss. Non si addentra, invece, in profili di teoria generale l'opera di Alberico Gentili, *Condicionum Liber I*, Londini 1587.



soggettivo quale potere della volontà, ed il negozio giuridico quale dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) (7). La volontà si pone, quindi, come creatrice e fonte diretta degli effetti giuridici, sia pure attraverso la mediazione dell'ordinamento che, attraverso il suo comando, assiste il privato con l'imposizione della sanzione per l'inosservanza della regola negoziale (8). L'onnipotenza della volontà è coerentemente raffigurata nel c.d. principio di simultaneità (*Simultanitätprinzip*), formulato inizialmente da Jhering (9), che

---

(7) Sulle concezioni volontaristiche del diritto, cfr. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I. *Il concetto del diritto*, cit., p. 77 ss. Sulla triade diritto oggettivo, diritto soggettivo e negozio giuridico nell'elaborazione pandettistica, cfr. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 45 ss.

(8) Sulle teorie — elaborate soprattutto nell'ambito della dottrina tedesca — degli effetti negoziali come effetti riconducibili alla volontà privata, in contrapposizione agli effetti scaturenti dagli atti giuridici in senso stretto, cfr. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 8 ss.; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., p. 10 ss.; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 15 ss., nota 19.

Secondo una prima teoria, risalente al Savigny ed annoverante tra i suoi principali sostenitori Manigk, Klein, Eltzbacher, Biermann, Enneccerus (ed in Italia Messina, Stolfi, Messineo, Cariota Ferrara), il negozio giuridico deriverebbe il proprio effetto *ex voluntate*, l'atto non negoziale *ex lege*: l'effetto negoziale sarebbe quindi essenzialmente un effetto volontario.

In base ad una seconda teoria, elaborata in Germania soprattutto dal Von Tuhr (e seguita in Italia da Coviello N., Romano Salv., Sotgia, Andreoli, Mengoni, Oppo, Betti), la distinzione tra l'atto negoziale e quello non negoziale sarebbe data dalla congruenza o meno degli effetti pratici con gli effetti giuridici, tra la volontà delle parti e la volontà della legge.

Un terzo criterio distintivo, sempre nell'ambito del filone suindicato, fa leva su una differenza di ordine quantitativo, e precisamente su una maggiore rilevanza della volontà nei negozi giuridici, e minore negli atti non negoziali.

Per indicazioni bibliografiche sul punto, e per una confutazione di queste teorie, cfr. PANUCCIO, *op. ult. cit.*, p. 10 ss.

(9) JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, Leipzig, 1926, p. 143 ss. Sul principio di simultaneità, cfr., nella dottrina italiana, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 169 e nota 2; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 26, nota 39; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 193 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 291 ss. (ove anche una ricostruzione storica delle teorizzazioni della dottrina tedesca sul punto, da Jhering a Koeppen, da Karlowa ad Enneccerus e Zitelmann); PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su « edificio da costruire »*, Napoli, 1966, p. 58, nota 82, e p. 87; RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, Milano, 1973, p. 21 ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 314 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 323 ss. È stato correttamente rilevato che « essenziale al

postula l'immediata produzione degli effetti a seguito della manifestazione di volontà.

In quest'ottica, la dottrina pandettistica si affannò a trovare una giustificazione al dilemma della volontà condizionata: dilemma rappresentato dal fatto che, avendosi riguardo al momento psicologico del volere, questo non può che essere, per definizione, attuale ed incondizionato, trasformandosi diversamente in un non volere. Da qui un fiorire di elaborazioni dogmatiche <sup>(10)</sup> che cercavano, in vario modo, di giustificare l'antinomia:

— la teoria della duplice volontà, la prima diretta agli effetti del negozio, la seconda tendente a limitare questi effetti, da cui è derivata la formula (elaborata dal Savigny), che ha avuto successivamente fortuna, della condizione come « autolimitazione » (*Selbstbeschränkung*) di volontà <sup>(11)</sup>;

---

concetto di negozio giuridico è non tanto la immediatezza del rapporto consequenziale, quanto la sua forza vincolante indipendentemente dall'intervento dell'effetto (arg. ex art. 1372 c.c.), forza vincolante che si sostanzia appunto nella soggezione delle parti agli effetti che deriveranno dal negozio, in qualunque momento essi abbiano a seguire » (NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 426-427). Per spiegare questa vincolatività, o impegnatività, taluno ha fatto ricorso al concetto di « effetto negoziale », distinto dagli « effetti finali » del negozio: SCOGNAMIGLIO R., *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(10)</sup> Le varie teorie sull'atteggiarsi della volontà condizionata si trovano riportate in WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 283 ss., spec. p. 284, nota 3a). Cfr. anche BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 6 ss.

<sup>(11)</sup> Sul concetto di « autolimitazione » della volontà, cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1891, trad. it. di V. Scialoja, III, par. 116, p. 120, e par. 114, p. 99; FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 465 ss. La formula si trova spesso ripetuta nella nostra manualistica, nella trattatistica sul negozio e sul contratto in genere, e nelle opere sulla condizione: v. ad esempio COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 422; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 583; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 169; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 646-647; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 765 (con riferimento al negozio tipico, mentre rispetto al negozio concreto si riconosce « un esercizio più vasto dell'autonomia privata »). Cfr. anche la Relazione al codice civile, n. 618.

In SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 140 e 142, la formula viene criticata, in quanto sostenere che le parti « autolimitano la propria volontà » e « riducono gli effetti del negozio » viene ritenuto in contrasto con la realtà, nella quale la possibilità di ricorrere alla condizione esalta invece l'autonomia delle parti. In questo senso, peraltro, già SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193: « La volontà non si limita, né limita i suoi effetti quando è modale, ché,

- la teoria dell'unica volontà, per la quale condizionata non è la volontà come tale, bensì il voluto, l'oggetto cioè della volontà;
- la teoria secondo cui la condizione pone in forse l'esistenza della stessa volontà, che quindi non sarebbe attuale fino all'avveramento della condizione stessa;
- la teoria secondo cui nel negozio condizionato vi è una volontà attuale ed immediata, la quale verrebbe meno nel caso di mancato avveramento della condizione;
- la teoria per cui sarebbe attuale la volontà della dichiarazione, mentre la volontà degli effetti sarebbe una volontà futura;
- la teoria secondo cui la volontà condizionata sarebbe diretta a rendere dipendente la produzione degli effetti giuridici dal verificarsi dell'evento condizionante;
- la teoria dell'unica volontà affievolita nella sua intensità, che avrebbe la forza di produrre l'effetto solo in concorso con una circostanza esterna, per l'appunto l'evento condizionante.

Tra queste variegata posizioni, viene a prevalere quella che afferma l'idea dell'unicità della volontà condizionata, cui viene ben presto ad affiancarsi l'affermazione dell'*inscindibilità* della medesima volontà, come formante un tutto indistinto <sup>(12)</sup>. L'affermazione si accompagna peraltro costantemente all'altra, che continua ad individuare nella condizione un elemento accidentale ed accessorio <sup>(13)</sup> della dichiarazione di volontà, senza che però sia colta,

---

al contrario, nel negozio modale è da ravvisare un più vasto esercizio dell'autonomia privata e, come si vedrà, anche si verifica una più complessa serie di effetti. È vero soltanto che si ha una limitazione, in guisa diversa secondo la modalità, degli effetti tipici del negozio; e perciò si può anche parlare di una limitazione del contenuto, soltanto con riguardo al contenuto tipico del negozio ».

<sup>(12)</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 284: « se qui si parla di un'aggiunta fatta alla dichiarazione di volontà, ciò non si deve pensare come se questa aggiunta avesse una esistenza per sé stante di fronte alla dichiarazione di volontà; l'una costituisce piuttosto assieme all'altra un tutto indistinto. La dichiarazione di volontà condizionata è una sola, essa non è la dichiarazione di una prima e poi di una seconda volontà, ma la dichiarazione di una volontà avente queste o quelle peculiarità, di una volontà condizionata ».

L'inscindibilità della volontà condizionata, con il conseguente principio *vitiatur et vitiat*, è ritenuta rispondente ad un principio esclusivamente logico, corrispondente alla natura delle cose (*Natur der Sache*) dal NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, II, Tübingen, 1955, p. 1208.

<sup>(13)</sup> Sui concetti di accessorietà ed accidentalità della condizione, cfr. FADDA

tranne che in qualche rapido spunto <sup>(14)</sup>, l'incompatibilità tra le due asserzioni: se, infatti, l'accidentalità non manifesta altro che la scindibilità dell'elemento accidentale dal più ampio contesto della dichiarazione di volontà, senza che questa venga pregiudicata nella sua essenza, la contraria affermazione della inscindibilità viene a porsi in (inconsapevole ed) insanabile contrasto con tale prospettiva.

La contraddizione continua a perpetuarsi nella dottrina italiana che, recependo la costruzione pandettistica, continua a coltivare la concezione volontaristica del negozio e ad affannarsi sul problema psicologico della volontà condizionata <sup>(15)</sup>, ribadendo sia l'accessorietà e l'accidentalità <sup>(16)</sup>, sia l'inscindibilità della condi-

e BEnSA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 469 ss. (ed ivi riferimenti allo sviluppo di tali qualifiche nella pandettistica tedesca).

<sup>(14)</sup> FADDA e BEnSA, *op. ult. cit.*, p. 471; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 424: « unica è la determinazione delle parti, quella che gli effetti si producano, che cioè il rapporto nasca soltanto nel caso che un determinato evento si verifichi oppur no, a seconda che la previsione abbia contenuto positivo o negativo. Questa unicità della volontà negoziale nel negozio condizionato, ha del resto, finito con l'essere quasi universalmente ammessa, e di accessorietà della clausola condizionale si continua a parlare per indicare la sua non essenzialità rispetto al tipo astratto del negozio. Accessorietà ed accidentalità della clausola sono così divenuti sinonimi ».

<sup>(15)</sup> Nell'ambito della corrente volontaristica può collocarsi anche l'elaborazione di BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 16 ss., che ritiene di risolvere il problema della volontà condizionata ipotizzando uno schema del tipo « voglio che l'evento *x* sia decisivo per la produzione dell'effetto *y* »; per la critica a tale formula, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 86 ss., nota 26, il quale evidenzia altresì (p. 92) che la condizione non concerne soltanto gli effetti voluti, come riteneva la dottrina tradizionale, ma tutta la situazione effettuale in se stessa.

<sup>(16)</sup> La qualificazione della condizione in termini di elemento accidentale del negozio giuridico è talmente pacifica nella dottrina tradizionale da rendere inutile qualsiasi elencazione o citazione. Solo a titolo indicativo, si vedano, limitatamente alla trattatistica sul negozio o sul contratto: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 515; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 582 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 510. Denuncia come arbitraria l'identificazione tra accidentalità ed accessorietà (quest'ultima qualifica della c.d. determinazione accessoria dell'atto, o *Nebenbestimmung*), MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 28 ss.

Peculiare è la posizione di CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 648, il quale definisce la condizione elemento accidentale

zione <sup>(17)</sup>: tali asserzioni tralaticie si rinvergono anche nella manualistica e nella trattatistica più recenti, e sono probabilmente all'origine, come meglio si evidenzierà nel prosieguo dell'indagine,

---

ma non accessorio, poiché rientra tra quei requisiti volontari di efficacia che « pur potendo essere o non essere, quando vi sono, influenzano direttamente l'efficacia del negozio, sino a influenzare la produzione o la conservazione degli effetti (condizione sospensiva e condizione risolutiva) ». PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita su « cosa futura »*, cit., p. 131, afferma invece chiaramente che « L'accessorio non è l'inessenziale, il contingente, l'accidentale, ma ciò che non ha ragion d'essere senza il principale, il quale, invece, esiste ed è rilevante indipendentemente dall'accessorio ».

(17) L'affermazione della inscindibilità della volontà condizionata è assolutamente prevalente nella dottrina italiana tradizionale. A titolo meramente indicativo, cfr. sul punto FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 468 ss., e p. 502 (« La dichiarazione condizionale è un tutto inscindibile, della quale si può ripetere il celebre *aut sint ut sunt, aut non sint*. È volontà dichiarata, che l'effetto giuridico sorga solamente quando si avveri quel fatto »); COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 423; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 13 ss.; PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, libro II, *Delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 527 (ove peraltro il rilievo che « l'unità psicologica espressa nella volontà condizionata sussiste entro i limiti in cui la norma la mantiene »); CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 515-516, e p. 536; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 158; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 584; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 173-174; FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 320 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 200; PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 167; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 253 ss.; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 327 ss.; CIRILLO, *Disposizioni condizionali*, cit., p. 1065; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 33 ss. In giurisprudenza, nel senso dell'inscindibilità, Cass. 24 gennaio 1938 n. 236, in *Foro it.*, Rep. 1938, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 272; Cass. 29 marzo 1938, in *Dir. beni pubbl.*, 1938, p. 353 ss.; Cass. 7 agosto 1952 n. 2561, in *Foro it.*, Rep. 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 190.

Nello stesso senso la Relazione al codice civile, n. 619, con riferimento alla condizione risolutiva illecita che determina la nullità del contratto, a differenza di quella impossibile: « La diversità di trattamento si deve rapportare al carattere inscindibile della volontà condizionata che, quando è prevista una condizione illecita, sorge nella sua interezza come volere inficiato da illiceità ».

In senso critico rispetto al dogma della necessaria inscindibilità, e dell'unità psicologica della volontà condizionata, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 88-89 (ove si traspone l'indagine dal piano psicologico a quello degli interessi); BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto*

del mancato approfondimento di alcune delle caratteristiche essenziali del fenomeno condizionale.

4. *L'elaborazione della teoria della fattispecie nel diritto privato, e lo studio della figura condizionale nell'ambito delle fattispecie a formazione successiva.*

Un decisivo passo avanti nello studio della condizione è stato effettuato allorché lo stesso è stato sganciato dalle questioni, di ordine psicologico, attinenti alla volontà condizionata, e si è focalizzata l'attenzione sul progressivo realizzarsi della fattispecie complessa rappresentata dal negozio condizionato.

La nozione di fattispecie (il tedesco *Tatbestand*) sta ad indicare un fenomeno temporale, altresì noto come fatto giuridico, che costituisce l'antecedente degli effetti giuridici <sup>(18)</sup>, i quali derivano comunque non dalla volontà dei privati, ma dalla norma giuridica <sup>(19)</sup>. Nella dottrina italiana, è stato soprattutto merito di

---

*del testamento*, Torino, 1966, p. 172-173; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit.; SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 459 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 76 ss. (che sviluppa un'intuizione di TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, cit., c. 844, secondo cui, in materia testamentaria, la condizione il più delle volte rispecchierebbe una « volontà aggiunta » rispetto a quella relativa alla mera attribuzione *mortis causa*).

<sup>(18)</sup> Sull'elaborazione della teoria della fattispecie, sorta nella dottrina tedesca penalistica (con Klein e Stuebel), e recepita per prima tra i civilisti con Zitelmann, cfr. in particolare, nella dottrina italiana, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 3 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 4 ss., p. 130 ss., e p. 177 ss.; ID., *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 377 ss.; ID., *Comportamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 616 ss.; ID., voce « Condizione », cit., p. 3; ID., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 13-14 (ove la distinzione tra fatto giuridico e fattispecie giuridica); SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 331 ss.; MAIORCA, *Fatto giuridico - fattispecie*, cit., p. 111 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., p. 433 ss.; ID., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 24 ss.

Sui rapporti tra le teorie della fattispecie e del negozio giuridico, cfr. anche l'importante monografia di DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958.

<sup>(19)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 41: « l'or-

Rubino il mutamento di prospettiva nello studio del negozio condizionato rispetto alle concezioni di derivazione pandettistica, mediante l'elaborazione della figura della *fattispecie a formazione successiva* <sup>(20)</sup>: in tale ricostruzione, il negozio condizionato, o manifestazione di volontà, non è che il primo elemento della fattispecie produttiva degli effetti, il cui elemento conclusivo è costituito dall'evento condizionante. Il negozio condizionato, durante la fase di pendenza, produce, come tutte le altre figure di fattispecie incomplete <sup>(21)</sup>, i c.d. *effetti preliminari* (*Zwischenwirkungen*, o *Vorwirkungen*) <sup>(22)</sup>, che sono stati individuati principalmente nel vincolo di irrevocabilità <sup>(23)</sup> e nell'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie <sup>(24)</sup>; effetti preliminari caratterizzati da una *funzione mediata*, che è quella di assicurare la produzione degli effetti definitivi <sup>(25)</sup>. Il negozio condizionato è quindi una fattispecie parziale produttiva dei soli effetti preliminari; alla fattispecie complessiva, comprensiva dell'evento condizionante, si ricollegano invece gli effetti finali. Passa così decisamente in secondo piano il profilo psicologico della volontà condizionata <sup>(26)</sup>.

La costruzione, cui si deve un indubbio progresso negli studi

---

dinamento è libero di collegare ad un negozio qualsiasi effetto giuridico, anche non corrispondente o addirittura contraddicente ad un più specifico atteggiamento dell'intento empirico delle parti... l'ordinamento non avalla, per così dire, un effetto giuridico predisposto dalle parti, ma trasforma in veste giuridica un intento empirico: onde il nesso di causalità fra questo intento e l'effetto giuridico è interrotto dalla norma, che dell'effetto giuridico si pone come la causa immediata ».

<sup>(20)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 87 ss., spec. p. 108 ss.

<sup>(21)</sup> RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 93 ss.

<sup>(22)</sup> RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 107 ss.

<sup>(23)</sup> Sul vincolo di irrevocabilità come effetto preliminare, cfr. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 242 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 540; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 182. *Contra*, nel senso che si tratta di effetto definitivo, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 253. Per l'irrevocabilità come autonomo effetto giuridico, cfr. di recente LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 47 ss.

<sup>(24)</sup> RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 281 ss. In termini critici sulla configurazione dell'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie come effetto preliminare, GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 144, nota 209.

<sup>(25)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 141 ss.

<sup>(26)</sup> RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 108 ss.

giuridici, pecca tuttavia nell'eccesso di generalizzazione, assimilando in un'unica figura situazioni profondamente diverse, in alcune delle quali il negozio è perfetto nei suoi elementi costitutivi, diversamente da altre situazioni, in cui il negozio medesimo è ancora in via di formazione. Nella costruzione di Rubino, il negozio condizionato è infatti una fattispecie incompleta, al pari delle ipotesi in cui difetta un elemento tipico della fattispecie (es. negozio su beni futuri), ed in cui l'Autore parla di negozio anticipato, o *negozio a consenso anticipato*, e di *inversione dell'ordine cronologico di formazione della fattispecie* (27); ed al pari, altresì degli atti prenegoziali, che postulano l'imperfezione del negozio (proposta, accettazione, consenso di una delle parti di un atto collettivo o negozio plurilaterale) (28).

Del resto, la tesi della imperfezione del negozio condizionale non era nuova in dottrina (29), e risentiva probabilmente, oltre che

---

(27) RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 89 ss., e p. 382 ss. Con riferimento al c.d. negozio anticipato, l'Autore precisa (p. 91) che « l'iniziativa delle parti si esercita su un elemento tipico della fattispecie, il quale prima o poi deve necessariamente realizzarsi, per volontà della legge, affinché la fattispecie sia completa: rimane pertanto esclusa la presenza di una condizione volontaria ».

(28) Rubino, in particolare, critica la distinzione tra i fatti costitutivi della fattispecie ed i semplici requisiti di efficacia, ritenendo che non sia possibile sceverare tra gli elementi che sono causa e gli elementi che sarebbero semplice condizione del verificarsi dell'effetto, in quanto tutti gli elementi sarebbero comunque indispensabili al prodursi dell'effetto: RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 56 ss., 91 ss.; ID., *La compravendita*, Milano, 1971, p. 412 ss. Per la confutazione di tale concezione, con particolar riferimento all'attuale diritto positivo italiano, cfr. soprattutto *infra* nel testo, paragrafo 46. Cfr. anche, sul punto, BELFIORE, *Pendenza*, cit., p. 880 ss., che ravvisa la fondamentale ragion d'essere della distinzione tra elementi costitutivi e requisiti di efficacia nella necessarietà solo dei primi per la produzione degli effetti preliminari.

(29) Per la tesi dell'inesistenza del negozio condizionale, diffusa ancora agli inizi del 900, TENDI, *Contributo alla dottrina della natura e del concetto delle condizioni*, in *Giur. it.*, 1906, IV, c. 1 ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione dottrinale sul punto, cfr. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 322 ss., e nota 1; BELFIORE, *Pendenza*, cit., p. 878 ss. Di recente, aderisce a tale tesi, in posizione assolutamente isolata, TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 166-167, affermando che « la pretesa esistenza del negozio condizionato non è esistenza sul piano giuridico », e che « neppure dal punto di vista sociale si può dire che sussista un attuale regolamento di interessi », poiché soltanto al verificarsi dell'evento futuro ed incerto si avrebbe « l'esistenza,



della diffusa convinzione della inattualità della volontà condizionata, anche della inadeguata formulazione delle norme del codice civile del 1865, che, sulla scia delle analoghe disposizioni contenute nel *code Napoléon*, parlavano di « obbligazione condizionale », anziché di « contratto condizionale », facendo dipendere l'esistenza<sup>(30)</sup> di detta obbligazione dal verificarsi dell'evento futuro ed incerto: mediante un'arbitraria trasposizione di concetti, la dottrina imputava al negozio quell'inesistenza che il codice, in realtà, riferiva all'obbligazione<sup>(31)</sup>. La tesi dell'inesistenza del negozio condizionale risentiva poi dell'insufficiente elaborazione delle categorie della fattispecie e del fatto giuridico, da un lato, e dell'efficacia giuridica, dall'altro: si riteneva che intanto un fatto può dirsi giuridico in quanto sia produttivo di effetti giuridici, e d'altra parte il principio di simultaneità tra fatto ed effetto non consentiva, nell'ambito di questa teorica, di giustificare adeguatamente le situazioni di pendenza<sup>(32)</sup>.

In questo panorama si inserisce il saggio con il quale nel 1927 Scialoja, distinguendo tra *elementi costitutivi* della fattispecie e

---

da un punto di vista sociale, di un precetto che vincola le parti stesse ». Sempre secondo il Talamanca, l'irrevocabilità del negozio ad effetti differiti troverebbe spiegazione semplicemente « nella considerazione che i privati, una volta posta in essere la parte di loro competenza della fattispecie complessa, non possono influire, di norma, sugli effetti della stessa, che sono sottratti alla loro disponibilità ».

<sup>(30)</sup> L'art. 1157 del c.c. italiano del 1865 disponeva: « È condizionale l'obbligazione la cui sussistenza o risoluzione dipende da un avvenimento futuro ed incerto ». L'art. 1168 del codice civile francese stabilisce tuttora che « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain ». Più corretta, sotto questo profilo, la formulazione dell'art. 151 del codice svizzero delle obbligazioni: « Un contratto si ritiene condizionale, quando la sua obbligatorietà si faccia dipendere da un avvenimento incerto ».

<sup>(31)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 420, ha evidenziato che l'opinione, a lungo dominante, che negava al negozio condizionale esistenza giuridica prima del verificarsi dell'evento dedotto in condizione, traeva argomento dall'art. 1157 del c.c. del 1865, « quasi che questo col termine obbligazione indicasse non tanto il rapporto consequenziale, quanto invece il negozio giuridico presupposto ». Per la critica alla tesi dell'inesistenza del negozio condizionale, già nell'ambito della tradizionale concezione volontaristica, BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 6 ss.

<sup>(32)</sup> Per la ricognizione delle opinioni dottrinali in tal senso, cfr. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 322 ss.

*requisiti di efficacia*, inquadra la condizione in quest'ultima categoria, che a sua volta comprende, oltre alle condizioni volontarie e legali (requisiti modificabili o eliminabili senza con ciò comportare alterazione dello schema del negozio, e quindi definiti « accidentali »), anche i requisiti di efficacia con carattere di necessità, richiesti non già per arbitrio delle parti o del legislatore, ma « dalla necessità stessa delle cose o del rapporto » (33). Si tratta di intuizioni di grande importanza, che saranno successivamente valorizzate dalla dottrina nell'elaborazione della teoria dell'efficacia giuridica e della pendenza condizionale. Nella misura, tuttavia, in cui si pretende di distinguere tra elementi costitutivi e requisiti di efficacia della fattispecie sotto il profilo funzionale (anziché sotto quello strutturale), nell'ottica, cioè, di una asserita diversa efficienza causale rispetto agli effetti, la teoria in esame — poi sviluppata anche da Cariota Ferrara con la distinzione tra *requisiti di validità* e *requisiti di efficacia* (34) — va incontro a critiche decisive, non essendo ammissibile, sotto detto profilo, una distinzione tra gli elementi della fattispecie, dal momento che tutti concorrono e tutti sono indispensabili alla realizzazione dell'effetto (35). Senza considerare che la stessa contrapposizione tra requisiti che incidono solo sull'efficacia e requisiti che incidono sulla validità pone a confronto profili disomogenei, anche perché ogni elemento della fattispecie può rivestire una funzione essenziale ai fini del giudizio di validità, come dimostra la disciplina della condizione illecita o impossibile (36).

---

(33) SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 3 ss.

(34) CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 202 ss.; ID., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 636 ss. Per una critica alla teoria di Cariota Ferrara, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 98 ss.

(35) RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 48 ss., 83 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 10, 22 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 329 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 327; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 3.

(36) Per quest'osservazione, RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, cit., p. 103 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 329; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 3.

5. *La trasposizione dell'indagine dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi nell'opera di Falzea: la teoria dei due piani di interesse. L'elaborazione della teoria della condizione sospensiva, intesa come evento condizionante, quale coelemento di efficacia, e concausa degli effetti giuridici negoziali. La distinzione tra coelementi necessari ed accidentali. La figura della condizione risolutiva.*

Un progresso decisivo è compiuto con l'importante monografia sulla condizione di Falzea del 1941 <sup>(37)</sup>. L'opera, a tutt'oggi modello insuperato nell'ambito degli studi sulla condizione, per profondità di indagine e rigore dogmatico, traccia, con maestria e padronanza di strumenti concettuali, una ricostruzione dell'istituto condizionale — particolarmente mirata alla sottospecie della condizione sospensiva — che a tutt'oggi può ritenersi, quanto meno sotto il profilo dell'analisi strutturale, indenne da critiche decisive.

Punto di partenza, nell'analisi strutturale, è l'originale ricostruzione della figura della fattispecie a formazione successiva, quale fattispecie complessa, alla cui costituzione concorrono fattispecie più elementari e parziali. Con particolar riferimento all'ipotesi in cui una delle fattispecie parziali costituenti la fattispecie complessa sia un negozio giuridico, si distingue, nell'ambito del ciclo di formazione della stessa, un *ciclo formativo interno*, relativo al negozio ed esaurientesi con il venire ad esistenza degli *essentialia* caratteristici del *nomen iuris*, ed un *ciclo formativo esterno*, riguardante quegli ulteriori elementi (meglio definiti come *coelementi*) <sup>(38)</sup>, posti all'esterno della fattispecie negoziale in senso stretto, che influiscono unicamente sul prodursi degli effetti, ma non sulla perfezione e validità del negozio, né sul contenuto dei suoi effetti <sup>(39)</sup>. Tutti i coelementi di efficacia sono quindi caratterizzati da *estrinsecità strutturale* <sup>(40)</sup>, intesa, come si è detto, quale estraneità al ciclo

<sup>(37)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit.

<sup>(38)</sup> Sulla distinzione tra elementi e coelementi dell'atto giuridico, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 39 ss., e p. 131-132. Sulla distinzione tra ciclo formativo interno e ciclo formativo esterno della fattispecie negoziale, cfr. FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 185 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 108.

<sup>(39)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 89, nota 27, e p. 131-132 (ma cfr. anche, per alcune puntualizzazioni, p. 22 ss.).

<sup>(40)</sup> L'estrinsecità strutturale, secondo Falzea, si misura sia con riferimento

formativo interno della fattispecie negoziale ed alla determinazione del contenuto del programma e degli effetti.

Nell'ambito dei coelementi di efficacia, l'illustre Autore distingue tra *coelementi necessari* (indispensabili cioè per determinare la struttura dell'effetto, in quanto costituiti da eventi che individuano o determinano il venire ad esistenza del soggetto o dell'oggetto, e altrimenti denominati *fonti di qualificazione, soggettiva od oggettiva, dell'effetto giuridico*), e *coelementi accidentali* (non essenziali, questi ultimi, alla struttura dell'effetto ed indifferenti rispetto al contenuto dello stesso, la cui accidentalità si misura con la c.d. prova di resistenza, estrapolando il coelemento accidentale dal contesto negoziale tipico ed astratto, e verificandone in tal modo la sopravvivenza sotto il profilo logico ed empirico) <sup>(41)</sup>.

Il coelemento accidentale è, per l'appunto, la *condizione sospensiva*, suddivisa nelle due *species* della condizione volontaria e della condizione legale (*condicio iuris*), a seconda che la subordinazione all'evento condizionante sia prevista dalle stesse parti del negozio, con apposita clausola dello stesso, ovvero dalla legge <sup>(42)</sup>. Detto coelemento funge da *concausa* <sup>(43)</sup> degli effetti del

---

alla clausola condizionale che all'evento condizionante. Rispetto alla prima, deriva dalla scomposizione logica del contesto dichiarativo, ed in base alle distinte serie effettuali che si assumono derivare dalla dichiarazione negoziale « pura », dalla clausola condizionale e dalla complessiva dichiarazione condizionata (rispettivamente a tutela dell'interesse interno negoziale, dell'interesse esterno condizionale e degli interessi interinali). Rispetto all'evento condizionante, l'estrinsecità strutturale si coglie, quanto alla condizione sospensiva, nel suo ruolo di concausa degli effetti, trattandosi di elemento che sospende solo l'efficacia e non la perfezione del negozio. Nella condizione risolutiva l'estrinsecità è ancora più intensa, collocandosi l'evento condizionante al di fuori dell'intera fattispecie dichiarativa. Per questa ricostruzione cfr. in particolare FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 3-4.

<sup>(41)</sup> Sulla distinzione tra coelementi accidentali e necessari, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 155 ss., e p. 254 ss. Sulla prova di resistenza per la valutazione del requisito di accidentalità sia nei negozi tipici che in quelli atipici, cfr. FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

<sup>(42)</sup> Per la nozione di *condicio iuris*, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 94 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 8-9.

<sup>(43)</sup> La nozione di concausa identifica, nel pensiero di Falzea, l'evento cui le parti o l'ordinamento attribuiscono la funzione di accertare il venire ad esistenza di una situazione favorevole alla realizzazione dell'interesse interno negoziale, per la cessata interferenza degli interessi esterni incompatibili. Cfr. in tal senso FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 55.

negozio, concorrendo a formare la fattispecie complessa di cui si è detto, e determinando non già il contenuto, bensì il *se* ed il *quando* degli effetti negoziali. Nel processo di formazione successiva della fattispecie, l'ordinamento attribuisce *rilevanza giuridica* <sup>(44)</sup> alla fattispecie parziale, completatasi nei suoi elementi essenziali, ricollegandole una serie di effetti preliminari e prodromici, che si soggettivizzano nel c.d. *rapporto di aspettativa* <sup>(45)</sup>; il negozio condizionato è il tipo paradigmatico di *fattispecie rilevante*, che si contrappone al negozio produttivo degli effetti finali, quale *fattispecie efficace*.

L'analisi strutturale, sopra esposta, si accompagna nell'opera di Falzea ad una penetrante analisi di tipo assiologico, volta ad individuare gli interessi effettivamente tutelati con il meccanismo condizionale. Il dato comune alle due specie di condizione (volontaria e legale) è individuato nella tutela di un *piano di interessi esterno*, rispetto al piano degli interessi tipicamente tutelati con il negozio: interessi esterni incompatibili con l'interesse tipico negoziale, la cui realizzazione postula la mancata attuazione degli effetti negoziali <sup>(46)</sup>. Nell'esempio classico, « *se interest Publii* acquistare un magazzino per deposito cereali *si navis ex Asia venerit*, ciò comporta logicamente e assiologicamente che *interest Publii* non acquistarlo *si*

---

Sulla dipendenza dalla concausa solo del « se » o del « quando » del subentrare della situazione effettuale, FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 35.

<sup>(44)</sup> La prima, compiuta elaborazione del concetto di rilevanza giuridica si rinviene nella monografia di FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 7 ss., 24 ss. Sulla rilevanza giuridica del negozio *pendente condicione*, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 21 ss., spec. 26 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 5.

<sup>(45)</sup> Sulla configurazione teorica ed il contenuto dell'aspettativa condizionale, cfr. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 19 ss. (« aspettativa si ha quando la fattispecie è perfetta per quanto riguarda gli elementi necessari alla sua esistenza, ma sia inefficace per la presenza di un fatto impeditivo. In tal caso non si è chiuso il ciclo formativo del fenomeno giuridico... perché non si è ancora attuato il ricollegamento oggettivo e soggettivo delle conseguenze... la aspettativa è il riflesso soggettivo della momentanea inefficacia di una fattispecie già perfetta nella sua composizione strutturale »); ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 192 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 5.

<sup>(46)</sup> Per la teoria del duplice piano di interessi, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 10 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 332 ss.

*navis ex Asia non venerit* »<sup>(47)</sup>. Ciò viene a determinare, nel pensiero dell'Autore, la coesistenza di un programma negoziale che, con contenuto positivo, sta in funzione dell'interesse interno negoziale, e di un « controprogramma che per il suo contenuto negativo sta in funzione dell'interesse esterno dell'atto dichiarativo »<sup>(48)</sup>. La caratterizzazione esterna degli interessi tutelati tramite la condizione conferma, sotto il profilo assiologico, l'*estrinsecità*<sup>(49)</sup> già ravvisata sotto il profilo strutturale. La tutela del piano di interessi esterno accomuna la condizione volontaria e quella legale, la quale ultima si distingue dalla prima in base al fatto che gli interessi esterni non appartengono alle stesse parti del negozio, bensì a soggetti terzi, ovvero si collocano su un piano generale, che postula l'intervento diretto del legislatore per la regolazione dell'efficacia negoziale. La tutela del piano di interessi esterno serve quindi a contrapporre, anche sotto il profilo assiologico, la condizione ai coelementi necessari di efficacia, il cui verificarsi, individuando il soggetto o l'oggetto della fattispecie e quindi degli effetti, rende possibile la realizzazione dell'interesse interno negoziale<sup>(50)</sup>.

Rispetto a questa ricostruzione, un posto a sé occupa la *condizione risolutiva*, che è considerata dall'Autore come fenomeno profondamente diverso dalla condizione sospensiva, caratterizzandosi come causa di risoluzione o di estinzione degli effetti negoziali tipici, già interamente prodottisi, fattispecie autonoma sotto il profilo strutturale rispetto al negozio, anche se, sotto il profilo assiologico, si presenta identica alla condizione sospensiva, essendo anch'essa funzionale alla realizzazione di interessi esterni al negozio, con l'unica differenza che, nell'ipotesi di condizione risolutiva, il venire ad esistenza dell'evento condizionante viene considerato, dalle parti, meno probabile rispetto alla contrapposta ipotesi della condizione sospensiva, e quindi più propizio all'immediato prodursi degli effetti tipici negoziali<sup>(51)</sup>.

---

(47) FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

(48) FALZEA, *op. e loc. ult. cit.*

(49) Per la caratterizzazione della condizione in termini di estrinsecità, alla luce della natura esterna degli interessi al cui servizio sta la condizione, FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

(50) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 156.

(51) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 235 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 4.

La ricostruzione di Falzea, giustamente definita « geniale »<sup>(52)</sup>, ha contribuito, come lo stesso Autore ha esattamente sottolineato<sup>(53)</sup>, alla « formazione teorica di generazioni di giuristi », ed ha avuto anche significative adesioni giurisprudenziali, più o meno esplicite<sup>(54)</sup>. Il profilo della estrinsecità strutturale della condizione, e quindi l'estraneità della medesima al ciclo formativo interno del negozio ed alla determinazione del contenuto del programma e dei suoi effetti, ha trovato conferma, con l'emanazione del codice del 1942, nella disposizione dell'art. 1353, a norma del quale con la condizione vengono subordinate l'*efficacia* o la *risoluzione*, e non la perfezione o l'esistenza del negozio, né la qualità degli effetti. *Non emerge invece, dalle norme codicistiche sulla condizione, né il requisito dell'estrinsecità in senso assiologico e funzionale, né quello della accidentalità della condizione.*

Debitrice alla ricostruzione di Falzea è anche, per certi aspetti, la teoria di Scognamiglio, il quale, sulla base della distinzione tra negozio e rapporto, colloca all'esterno del negozio tutti quei requi-

---

<sup>(52)</sup> PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 110.

<sup>(53)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 10.

<sup>(54)</sup> Nel solco della ricostruzione Falzeiana della estrinsecità della condizione possono collocarsi tutte quelle sentenze che hanno negato la deducibilità in condizione dell'adempimento contrattuale, in quanto elemento essenziale del contratto (per l'elencazione di tale giurisprudenza, cfr. *infra*, paragrafo 53).

Di recente, cfr. Cass. 3 febbraio 1993 n. 1333, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3085, con nota di LENER, *Gli interessi deducibili in condizione*. Secondo questa sentenza, « la condizione non deve essere necessariamente collegata ad un interesse delle parti complementare od integrativo degli interessi direttamente riconducibili alla causa del contratto, ma può anche servire interessi ulteriori e diversi, in modo da adattare gli effetti pratici del contratto alle concrete esigenze delle parti ». Rileva il Lener, nella nota di commento e in adesione all'opinione di Falzea, che è inesatto affermare che la condizione può anche servire interessi ulteriori e diversi, in quanto « l'essenza della condizione è per l'appunto di servire interessi ulteriori e diversi ».

Un'applicazione della teoria dei coelementi necessari è stata fatta, di recente, da Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148, con riferimento ad una offerta al pubblico di una data prestazione a chi avesse conseguito un determinato risultato: in questa fattispecie la Cassazione ha deciso che quando all'evento futuro ed incerto è rimessa non la produzione dell'efficacia negoziale, bensì l'individuazione del soggetto destinatario del rapporto, si è in presenza non già di una condizione, bensì di un coelemento necessario di efficacia, fonte di qualificazione soggettiva dell'effetto.

siti (tra i quali l'evento condizionante, la venuta ad esistenza della cosa futura, ecc.) che risultano necessari al prodursi degli effetti finali. Per altro verso, tuttavia, l'Autore configura uno specifico « effetto negoziale », scaturente dal negozio come tale, che identifica il negozio come categoria del fatto giuridico, e che si produce sempre ed immediatamente con il perfezionarsi del negozio stesso, anche in tutte quelle ipotesi in cui gli effetti finali sono, invece, differiti; effetto negoziale che si identifica con il vincolo, l'impegnatività del negozio, plasticamente rappresentata nella formula della « forza di legge » *ex art. 1372 c.c.* <sup>(55)</sup>. Con la teorica dell'effetto negoziale Scognamiglio si propone di risolvere il problema della configurazione del negozio come fatto nel momento in cui lo stesso non produce immediatamente i suoi effetti; problema già risolto, peraltro, con la teoria della rilevanza giuridica (o efficacia potenziale) elaborata da Falzea <sup>(56)</sup>, che ha tra l'altro il merito di sottolineare la strumentalità della rilevanza rispetto all'efficacia finale. Piuttosto, l'elaborazione di Scognamiglio fornisce un effettivo contributo nella misura in cui identifica il momento del « vincolo », o « impegnatività » del negozio, come entità a sé stante e distinta dal profilo della « irrevocabilità », generalmente indicata come momento qualificante per la rilevanza del negozio ad effetti differiti <sup>(57)</sup>.

Alla concezione di Falzea è possibile, comunque, muovere una

---

<sup>(55)</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 280 ss. (che evidenzia anche l'importanza, sotto il profilo in esame, dell'art. 1374 c.c.); *Id.*, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 5.

<sup>(56)</sup> Per la critica della concezione che ravvisa la giuridicità del fatto esclusivamente nella produzione degli effetti, cfr. già FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 26 ss.

<sup>(57)</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 299 ss., che evidenzia, esattamente, l'irriducibilità della irrevocabilità nel novero dei c.d. effetti preliminari:

a) la revocabilità non equivale all'assenza di vincolo negoziale, ma anzi lo presuppone, non essendo necessario revocare un negozio inesistente;

b) l'irrevocabilità non può essere definita come effetto giuridico, ma semmai come un « non effetto », la mancata attribuzione da parte della legge del potere di revoca;

c) revocabilità e irrevocabilità sono situazioni che si presentano con le stesse caratteristiche, sia riguardo ai negozi immediatamente efficaci che rispetto a quelli con effetti differiti; non ha senso, quindi, definire l'irrevocabilità come effetto preliminare;



serie di rilievi, necessitati in buona parte dall'evoluzione delle categorie civilistiche negoziali nell'ultimo cinquantennio, e che costituiranno il punto di partenza per una ricostruzione sistematica del concetto di condizione, pur nell'orbita del nucleo di concetti sopra evidenziato.

Per un primo aspetto, sviluppando i risultati di pregevoli studi elaborati anche di recente <sup>(58)</sup>, l'indagine chiarirà, mediante una ricognizione fenomenologica delle specifiche situazioni di interesse tutelabili con il congegno condizionale, come non sia possibile individuare *a priori* un piano di interessi esterno come esclusivo punto di incidenza del fenomeno condizionale: sarà viceversa possibile enucleare una pluralità di possibili situazioni di interesse che danno luogo alla previsione condizionale, con evidente ricaduta sulla configurazione dogmatica e sulla disciplina positiva dell'istituto.

Sotto altro profilo, anche se strettamente collegato al precedente, sarà possibile evidenziare come la ricostruzione di Falzea, assolutamente coerente nell'ottica dell'indagine sulla fattispecie astratta, avente ad oggetto lo schema negoziale « tipico », necessiti di integrazioni e puntualizzazioni allorché venga fatto oggetto di indagine il concreto negozio cui accede la clausola condizionale, anche alla luce dell'evoluzione dei concetti di « causa » e « tipo » nella più recente dottrina civilistica <sup>(59)</sup>.

Quanto alla condizione risolutiva, la sicura validità dell'impostazione metodologica tendente a distinguere nettamente la stessa dalla condizione sospensiva sotto il profilo strutturale, non toglie che debba essere posto l'accento, come del resto ha già fatto la dottrina più recente <sup>(60)</sup>, sulla precarietà e non definitività degli effetti negoziali del negozio risolubile, e quindi sulla ontologica

---

d) l'irrevocabilità è prevista dalla legge, in via generale, per i contratti, e non è quindi un attributo esteso a tutti i negozi giuridici.

Il dato ricorrente, in tutti i negozi ad effetti differiti, ma perfetti nei propri elementi costitutivi, è invece quello del « vincolo », o « impegnatività ».

<sup>(58)</sup> Il riferimento è alle monografie di VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., ed AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit.

<sup>(59)</sup> Lo sviluppo degli studi sul tipo negoziale si è giovato soprattutto degli studi monografici di FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit.

<sup>(60)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., spec. p. 448 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., spec. p. 376 ss.

diversità delle situazioni effettuali rispettivamente scaturenti dal negozio risolutivamente condizionato e dal negozio « puro ».

6. *Le critiche alla teoria della fattispecie. Le teorie del negozio come autoregolamento e come valore, e l'enfatizzazione del principio di autonomia privata. Critica a tali teorie.*

Le conclusioni di Falzea sono state poste in dubbio, avuto riguardo alla struttura del negozio condizionale, sostenendosi l'improduttività del riferimento alla « categoria ormai logora della fattispecie » <sup>(61)</sup>, e l'incompatibilità di tale prospettiva — e quindi della configurazione dell'evento condizionante come concausa <sup>(62)</sup> — con la qualificazione del negozio giuridico e del contratto come valore <sup>(63)</sup>, autoregolamento ed atto di autonomia privata <sup>(64)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 69.

<sup>(62)</sup> Secondo MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 274 ss., in nessun caso la condizione si identifica con un fatto esterno al negozio, poiché l'evento in sé è solo mero riferimento fattuale della operatività della clausola: *condizione* è quindi la clausola che *deduce* tale evento, in altri termini il meccanismo di regolazione della operatività di altra regola (quella negoziale non condizionata). L'Autore definisce quindi l'effetto giuridico della condizione come « effetto regolatore » del vincolo negoziale, identificato nella creazione di uno stato di provvisorietà dell'*effetto negoziale* (intendendosi per effetto negoziale, sulla base della nota costruzione di Scognamiglio, l'impegno, il vincolo tra le parti, distinto dai c.d. effetti finali), con una conseguente situazione di efficacia sospesa o precaria.

Al di là della contestabilità di alcuni punti specifici — come l'identificazione di uno specifico « effetto giuridico » della condizione come tale — sembra, in realtà, che si tratti di formule che, pur idonee a descrivere la funzione della condizione dal punto di vista del regolamento negoziale, trascurino totalmente il profilo strutturale del fenomeno condizionale: ricondurre al programma negoziale l'idoneità dell'evento condizionante ad incidere sugli effetti non è incompatibile con l'analisi strutturale e funzionale dell'evento medesimo, necessaria a collocarlo nella sequenza degli elementi che conducono all'efficacia finale del negozio.

<sup>(63)</sup> VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 80 ss. (ove il rilievo che costituirebbe « un grave errore di metodo tentare di porre sullo stesso piano e dare una considerazione unitaria del giudizio di valore e della realtà esterna che è oggetto di tale giudizio »). L'Autore comunque non contesta (p. 12, ed ivi, alla nota 13, citazioni di dottrina) che gli effetti giuridici trovino la loro fonte nell'ordinamento, e non già nella volontà privata.

<sup>(64)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 511 (« Quest'ottica

Si tratta, come è stato efficacemente replicato <sup>(65)</sup>, di argomentazioni prive di effettivo valore dogmatico e rilievo positivo. Sotto un primo profilo, si è rilevato che la configurazione del negozio condizionato come elemento di una fattispecie complessa non è in alcun modo in contrasto con la natura valutativa del medesimo programma negoziale, poiché il punto di vista valutativo « è presupposto in ogni discorso teorico sulla fattispecie in quanto modello di un problema di vita desunto dalle costanti del fluire storico della realtà sociale » <sup>(66)</sup>. Più specificamente, si è rilevato che il negozio giuridico non costituisce in ogni caso un valore autonomo, quasi pregiuridico <sup>(67)</sup>, ma ha necessità, in quanto valore parziale, di venire integrato con la totalità dei valori parziali del sistema, al fine di valutare la compatibilità dell'interesse di cui i soggetti del negozio chiedono la realizzazione con eventuali interessi poziori incompatibili, e con l'interesse fondamentale della comunità giuridica ricavabile dall'esame sistematico dell'ordinamento giuridico <sup>(68)</sup>. In

---

strettamente normativistica non coglie tuttavia il ruolo dell'autonomia privata e non consente di distinguere ciò che deve essere imputato alla norma e ciò che deve essere imputato al contratto. Alla tesi che ravvisa la condizione nell'evento, e qualifica quest'ultimo come concausa di efficacia, deve specificamente obiettersi che non è l'evento che in virtù della legge produce l'effetto assieme agli altri elementi del contratto, ma è il contratto che regola la produzione dei propri effetti in dipendenza di quell'evento »).

<sup>(65)</sup> SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 518 ss., spec. nota 176.

<sup>(66)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 11.

<sup>(67)</sup> Per l'affermazione che il negozio è « un valore ancor prima di essere recepito dall'ordinamento, nel senso che è sempre il risultato dell'attività valutativa del singolo, sia poi questa in sintonia o non con i fini dell'ordinamento », VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 81.

<sup>(68)</sup> FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 42: « l'autonomia giuridica individuale non può configurarsi come potere dell'individuo di introdurre i propri interessi nel sistema degli interessi sociali e giuridici, e come potere di introdurre le proprie regole di realizzazione nel sistema delle regole di azione dell'ordinamento giuridico: di configurare, cioè, le norme negoziali come vere e proprie norme giuridiche... Nell'atto programmatico l'autonomia giuridica individuale si specifica, invece, nel potere di formulare ed evidenziare, ancor prima di attuarlo, il programma di realizzazione dell'interesse, affinché l'assistenza del diritto, mentre salvaguarda i sistemi, interindividuale e comune, degli interessi a confronto, accompagni nel suo corso la stessa attività realizzativa ». SCALISI, *op. e loc. ult. cit.*: « Il negozio giuridico si differenzia dagli altri fatti in virtù di un carattere ad esso peculiare che è appunto quello valutativo. Ma

tal senso l'esigenza di meritevolezza dell'interesse negoziale — che trova un riscontro positivo nella norma dell'art. 1322, 2° comma, c.c. — costituisce applicazione di questo generale principio, e fa comprendere l'inadeguatezza ed inconsistenza delle critiche fondate sulla presunta necessità di valorizzazione del criterio di autonomia privata nell'interpretazione del fenomeno condizionale. Pertanto, la qualificazione della condizione come concausa degli effetti negoziali, ove rettamente intesa non in senso meccanicistico o nel significato in cui si parla di « concausa » nel diritto penale <sup>(69)</sup>, bensì come qualifica attribuita all'evento condizionante che accerta <sup>(70)</sup> la sopravvenuta idoneità alla realizzazione dell'interesse negoziale <sup>(71)</sup>, non contiene un autonomo profilo di valutazione, estraneo all'autonomia dei privati, ma viceversa postula che tale valutazione sia stata effettuata dalle stesse parti con la previsione della

---

questo non significa che le valutazioni dei singoli abbiano un valore per se stante indipendentemente dal riconoscimento proveniente dall'ordinamento. Deve restare ben chiaro, infatti, che sistema e interesse fondamentale della comunità espresso dal sistema costituiscono gli unici criteri di valutazione, ai quali occorre di volta in volta riferire e assoggettare i diversi valori e interessi umani emergenti nella vita della comunità. Anche le valutazioni dei privati vanno rapportate a tale criterio di decisione unitario e costante ed hanno valore nei limiti in cui sono ad esso conformi. Efficacia e inefficacia sono sì commisurate all'interesse negoziale e al giudizio di valore espresso dall'atto, ma esse restano sempre conseguenza diretta e immediata di una valutazione autonoma che l'ordine giuridico compie del profilo funzionale del programma negoziale, avuto riguardo all'interesse fondamentale della comunità ».

<sup>(69)</sup> Sul diverso significato dei termini causa, concausa e condizione nei diversi rami dell'ordinamento giuridico, ed in genere sul rapporto tra causalità e condizionalità, oltre alle citate opere di Falzea, cfr. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 37 ss., 45 ss.

<sup>(70)</sup> Sulla funzione « accertativa » dell'evento condizionante, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 154.

<sup>(71)</sup> Secondo FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 55, l'evento condizionante, inteso come concausa dell'effetto, « non è volto alla produzione della situazione effettuale, ma serve unicamente ad indicare che lo scopo negoziale può trovare attuazione, non essendosi affermati quegli interessi esterni ai quali le parti danno la prevalenza rispetto a quelli negoziali »; e, ancora, « la esistenza dell'evento ha quindi la funzione di indicare che si è prodotta la situazione nella quale è stata voluta l'attuazione dello scopo pratico assunto a fine del negozio ». L'Autore ribadisce (a p. 35) che « È solo il negozio giuridico causa dell'effetto negoziale », e che la condizione sospensiva, che interviene dall'esterno della fattispecie negoziale, determina solo « se e quando si debba realizzare la situazione effettuale di un atto già perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi ».

clausola condizionale (ovvero, nell'ipotesi della *condicio iuris*, postula una valutazione a monte dell'ordinamento giuridico, sicuramente non rinvenibile nell'evento condizionante in quanto mero fenomeno temporale).

Per altro verso, l'ottica « strettamente normativistica » rimproverata alla ricostruzione in esame appare, per i motivi già accennati, l'unica in grado di spiegare — in una corretta ricostruzione del meccanismo di causalità giuridica — la produzione degli effetti negoziali. L'ordinamento giuridico è l'unico a poter instaurare il nesso di condizionalità tra una data fattispecie e gli effetti giuridici, dopo aver valutato che, nel caso concreto, gli stessi effetti non confliggano con interessi poziori e con l'interesse fondamentale del sistema. Una volta instaurato tale nesso di condizionalità — come rettamente va intesa la c.d. causalità giuridica — è solo nel fatto giuridico (che pone in rilievo determinati interessi umani) che è possibile ravvisare l'antecedente degli effetti, disposti dall'ordinamento per la realizzazione dei medesimi interessi <sup>(72)</sup>. Anche i termini *causa* e *concausa* devono essere quindi intesi nella particolare accezione che la peculiarità del rapporto di causalità (*rectius* condizionalità <sup>(73)</sup>) giuridica esige, esclusa ogni efficienza causale in

---

(72) FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 311, nota 92: « L'efficacia della norma è altra e diversa dall'efficacia del fatto. L'efficacia della norma consiste esclusivamente nella costituzione del rapporto di condizionalità tra un fatto ed un effetto; l'efficacia del fatto si risolve invece nella trasformazione di una situazione giuridica. Come il fatto di per sé non è in grado di costituire un rapporto di condizionalità, così la norma non è di per sé idonea a produrre la trasformazione di una situazione giuridica ». L'Autore così contesta l'opinione (sostenuta principalmente da SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 331 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., p. 433 ss.) che vede nella norma l'unico antecedente causale dell'effetto giuridico, e conseguentemente individua la giuridicità del fatto esclusivamente nella sua rilevanza, e non nella efficacia: evidenzia Falzea che « affermare che causa dell'obbligazione non è il contratto o l'illecito, ma la norma di diritto positivo che fa discendere l'obbligazione dal contratto o dall'illecito, non è meno inesatto di quanto non sarebbe dire che non è l'aumento di temperatura di un gas a produrre l'aumento del volume o della pressione, rispettivamente a pressione costante e a volume costante, bensì la legge di Gay-Lussac ».

(73) Per l'opportunità di sostituire l'espressione « causalità giuridica » con « condizionalità giuridica », FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 263-264. Anche secondo IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1112, « Gli effetti non hanno una causa in senso naturalistico, ma presuppongono un ciclo di produzione che ha indole logica: essi discendono dalla norma, quando il fatto previsto si verifica (cioè, quando un

senso proprio ed ogni accezione di sapore meccanicistico. Né tale ricostruzione svisciva la portata ed il significato del programma negoziale, nell'ambito di una ricostruzione che, pur assegnando al negozio il ruolo di fatto tra gli altri fatti giuridici <sup>(74)</sup>, evidenzia comunque il peculiare ruolo ivi attribuito ai soggetti privati nel porre in evidenza l'interesse per la cui realizzazione essi chiedono la tutela dell'ordinamento.

---

fatto concreto rientra nel tipo normativo). Il problema della causa degli effetti giuridici si rivela, a ben guardare, uno *pseudoproblema*, derivante dalla estensione di una categoria naturalistica alla sfera del diritto ».

<sup>(74)</sup> FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 45, secondo cui il pregiudizio maggiore che contamina le indagini sul negozio giuridico è l'enfatizzazione della figura, « retaggio dell'idea sacrale che del negozio giuridico si erano fatte alcune correnti dogmatiche del secolo scorso, ancor più misticizzata nel momento in cui si pone il fenomeno negoziale al di fuori del contesto di tutti i fatti giuridici e lo si eleva a fonte del diritto con pari dignità della legge, irriducibile al ruolo di fattispecie »; pregiudizio da superarsi con « una rappresentazione più autentica, nella quale il negozio risulti per quello che è, atto programmatico tra gli atti programmatici, fatto giuridico tra i fatti giuridici, fattispecie tra le fattispecie ».

Un analogo ordine di idee si trova già in CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 60-61: « è la legge che dota di efficacia la volontà dell'uomo. Per questo non può dirsi che è la volontà a produrre gli effetti giuridici, né che la forza generatrice è dell'ordinamento, sibbene è da dire che è la legge che autorizza l'autonomia privata *rendendo possibile* che il negozio produca da sé gli effetti giuridici, munendolo di efficacia »; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 126; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 119.



## CAPITOLO II

### IL PROBLEMA CRITICO

SOMMARIO: 7. Coerenza logica della ricostruzione di Falzea nell'ambito dello studio tipologico ed astratto degli elementi del negozio giuridico. L'approfondimento dottrinale dei profili contenutistici del contratto. Importanza della valutazione in concreto del programma negoziale, e necessità di integrare lo studio della condizione, quale elemento della fattispecie a formazione successiva, con una più penetrante analisi della posizione della clausola condizionale nell'ambito del programma negoziale concreto. Specifiche conseguenze di disciplina. — 8. La categoria della causa del negozio giuridico e l'evoluzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali: dalla causa in senso oggettivo alla causa in senso soggettivo. Teorie della funzione economico-sociale, della funzione economico-individuale e della causa concreta. La causa come interesse fondamentale programmato dalle parti. — 9. La causa quale elemento essenziale del negozio giuridico, intesa come rappresentazione programmatica di un interesse: parallelismo con la teoria dell'oggetto negoziale. La teoria dei negozi con causa determinabile e la categoria delle fonti di qualificazione causale dell'interesse negoziale. Necessità di una verifica circa la possibile ricomprensione in tale categoria dell'evento condizionante. — 10. La dottrina dei motivi del negozio giuridico: superamento dell'ottica volontaristica e riferimento agli interessi perseguiti dalle parti. La partizione del contenuto del negozio tra elementi primari ed elementi secondari. Rapporto tra interesse fondamentale ed interessi secondari realizzati mediante il programma negoziale. Necessità di inquadramento della clausola condizionale nel contenuto del negozio secondo le partizioni sopra individuate.

7. *Coerenza logica della ricostruzione di Falzea nell'ambito dello studio tipologico ed astratto degli elementi del negozio giuridico. L'approfondimento dottrinale dei profili contenutistici del contratto. Importanza della valutazione in concreto del programma negoziale, e necessità di integrare lo studio della condizione, quale elemento della fattispecie a formazione successiva, con una più penetrante analisi della posizione della clausola condizionale nell'ambito del programma negoziale concreto. Specifiche conseguenze di disciplina.*

Come sopra evidenziato, la ricostruzione Falzeiana della funzione del fenomeno condizionale appare logicamente ineccepibile e



giuridicamente fondata nel momento in cui si concentra l'attenzione sul negozio nel suo atteggiarsi come fattispecie astratta e tipica, caratterizzata dalla ricorrenza di determinati elementi quali componenti essenziali della sua struttura tipica, e dal possibile inserimento di altri elementi (quale la clausola condizionale) la cui assenza non pregiudica l'esistenza e la qualificazione del tipo <sup>(1)</sup>. Se si ha, ad esempio, riguardo al contratto di compravendita astrattamente considerato, la condizione ad esso eventualmente apposta appare quale elemento accessorio ed accidentale, del tutto inidoneo a snaturarne la struttura e la funzione, sia con la sua presenza che con la sua assenza. D'altra parte, la tradizionale accezione della causa negoziale come funzione astratta rende del tutto coerente la costruzione del concetto di condizione sulla base della teoria del duplice piano di interessi: l'interesse al condizionamento, in quanto interesse concreto e specifico, è certamente — almeno nella stragrande maggioranza dei casi — distinto ed autonomo rispetto all'interesse tipico nel quale si concretizza l'astratta funzione economico-sociale del negozio.

Questo è stato del resto, per decenni, l'angolo visuale dal quale la dottrina italiana ha esaminato l'istituto della condizione, avendo peraltro cura di precisare — a livello comunque di mera asserzione incidentale e senza ricollegarvi ulteriori implicazioni — che, *avuto riguardo al singolo negozio concreto, la condizione deve intendersi come elemento altrettanto essenziale degli elementi costitutivi del negozio* <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Occorre tener conto che la ricostruzione esaminata si colloca in un periodo storico nel quale al principio di autonomia contrattuale — e conseguentemente alla facoltà per i privati di creare nuovi tipi negoziali diversi da quelli previsti dalla legge — non veniva riconosciuta la latitudine oggi comunemente ammessa. Valga, per tutti, l'opinione di RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 39, secondo il quale « Le limitatissime facoltà creatrici di nuovi tipi si attuano nei limiti concessi dalla norma. La autonomia privata non è fonte di diritto obiettivo ». La condizione, in queste teoriche, aveva il limitato ruolo di integrare la disciplina del tipo (*nomen iuris*), senza poterne stravolgere la configurazione strutturale né tantomeno la funzione astratta.

<sup>(2)</sup> Si tratta di una posizione comune pressoché a tutta la dottrina. A titolo esemplificativo, cfr. COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 422; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 20 (« si può parlare della condizione come elemento *accessorio* del negozio, in riferimento al tipo *astratto* di negozio, in quanto dal suo schema esula l'elemento condizione; non al singolo

In tale astratta configurazione anche la *condicio iuris* appare quale coelemento accidentale ed eventuale, in quanto la sua presenza o la sua assenza non alterano in alcun modo lo schema tipico (*nomen iuris*), visto nella sintesi dei suoi *essentialia*: così, ad esem-

---

negozio concreto. Nel singolo negozio la determinazione condizionante è in realtà quella in cui si assorbe il contenuto attuale della volontà »); CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 121; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 515 (« Condizione, modo e termine sono modalità che si dicono accidentali (*accidentalialia negotii*) con riguardo al tipo o genere del negozio, nel senso che sono estranee alla sua struttura tipica; ma esse assumono carattere essenziale rispetto al negozio concreto in cui s'inseriscono, in quanto diventano un elemento del suo contenuto precettivo, e così ne governano il congegno »); MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 583 (« l'accidentalità va intesa, *soltanto* nel senso che sta all'arbitrio del dichiarante (o dei dichiaranti) di includere, o meno, quegli elementi nel negozio; non anche nel senso che, una volta inclusi, si possa non rispettarli: l'inclusione di essi nel negozio li trasforma in elementi, che sono altrettanto essenziali quanto gli altri »); ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 168; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 763 (« di accidentalità si parla — come viene chiarito opportunamente — soltanto con riferimento alla figura del negozio tipico. Rispetto al negozio concreto al quale ineriscono, le modalità della condizione, del termine e del modo, si atteggiano invece come elementi essenziali, costitutivi del negozio, al pari dei requisiti indicati nell'art. 1325 »); SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193 (« Appunto perché essi (condizione, termine e modo: n.d.r.) possono e non già debbono, come i primi (gli elementi essenziali: n.d.r.), ricorrere nel negozio, vengono chiamati, in contrapposizione ai primi, elementi accidentali del negozio: accidentali avuto riguardo al negozio tipico, ma costitutivi del negozio concreto, e quindi essenziali rispetto al medesimo »); FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 377 (« La condizione, pur essendo astrattamente un elemento accidentale, diviene un elemento essenziale, quando sia presente nel negozio concreto: dubbi al riguardo, non possono infatti sussistere, poiché dal suo verificarsi dipende, per volontà delle parti, la produzione o la cessazione degli effetti del negozio »); FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 69; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2 (« Se dal piano astratto, finora considerato, si passa al piano concreto, cioè alla programmazione nella sua verifica storica, la distinzione ovviamente sfuma e il meccanismo condizionale, introdotto dal dichiarante nella sua dichiarazione, diventa componente necessaria di questa »).

Più articolata la posizione di MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 277, il quale, pur affermando che « la accidentalità della condizione — come del termine e del modo — deve intendersi nel senso di estraneità rispetto alla figura del negozio tipico: rispetto al negozio concreto cui inerisce, la modalità della condizione — così come del termine e del modo — si atteggia come parte integrante del regolamento negoziale », precisa poi che « il suo ruolo peculiare è un altro: quello di costituire un meccanismo di regolazione dell'effetto negoziale », e che in taluni casi può avvenire che la condizione invalida (per mancanza dei suoi requisiti strutturali, o

pio, la sospensione di efficacia, dovuta alla necessità di autorizzazione per la vendita a cittadini stranieri di immobili siti in zone di confine, non toglie che l'atto sia qualificabile come compravendita, con l'applicazione di tutte le norme proprie del tipo di appartenenza <sup>(3)</sup>. Avuto riguardo, quindi, all'« effetto astratto », e non all'« effetto concreto » <sup>(4)</sup>, l'evento dedotto in condizione legale non si attegga come essenziale per la struttura dell'effetto, e si presta ad essere adeguatamente distinto dai c.d. coelementi necessari, cioè dagli eventi richiesti « dalla natura stessa del negozio o del rapporto », in quanto individuano il soggetto o l'oggetto del rapporto giuridico medesimo <sup>(5)</sup>.

Allorché, tuttavia, si sposta l'attenzione dal profilo astratto del « tipo » a quello del concreto negozio posto in essere, il problema dell'individuazione dell'effettivo ruolo da assegnarsi alla condizione nell'ambito del programma negoziale emerge in tutta la sua importanza. A tale indagine sollecitano, da una parte, gli studi sul contenuto del contratto <sup>(6)</sup>, che individuano nella condizione uno dei componenti del contenuto medesimo nel suo concreto atteggiarsi, salva l'esigenza di meglio precisarne la portata; d'altra parte, gli approfondimenti sul concetto di causa del negozio giuridico, la cui evoluzione ha determinato una sempre maggior attenzione ai profili concreti di rilevanza degli interessi effettivamente programmati dalle parti, sganciando lo studio dei problemi causali da quello relativo al tipo negoziale <sup>(7)</sup>.

In tale nuova ottica, ferma restando, in linea di massima, la

---

per difetto di meritevolezza dell'interesse condizionale) sia considerata solo come non apposta, « mentre altrettanto non si potrebbe certo dire di un qualsiasi elemento essenziale colpito da una causa di invalidità ». L'Autore, in definitiva, contesta che « la condizione divenga propriamente « elemento essenziale » del negozio concreto cui inerisce ».

<sup>(3)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 115-116.

<sup>(4)</sup> Sulla distinzione tra effetto astratto ed effetto concreto, cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 4 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., p. 458.

<sup>(5)</sup> In tal senso FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 102.

<sup>(6)</sup> Cfr. soprattutto CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit.

<sup>(7)</sup> Il riferimento è ai contributi che hanno rivalutato la c.d. causa concreta, o funzione economico-individuale, quale profilo principale di rilevanza dell'istituto causale nel nostro ordinamento (sui quali cfr. *infra*, note 31, 32 e 33).

validità della configurazione della clausola condizionale in termini di « accidentalità » rispetto al tipo, e quindi al fine di individuare la disciplina applicabile al negozio a seguito della qualificazione e dell'incasellamento in un dato *nomen iuris*, andrà approfondita l'indagine sull'eventuale essenzialità, nei singoli concreti regolamenti negoziali, della clausola condizionale eventualmente apposta. Poiché la ricostruzione di un concetto giuridico deve essere essenzialmente finalizzata alla soluzione di problemi di disciplina <sup>(8)</sup>, una volta ravvisata, eventualmente, tale essenzialità, occorrerà verificare in che termini la stessa incida sulle successive vicende modificative dell'atto o del rapporto, e quali siano i riflessi di disciplina sull'intero programma negoziale delle vicende, fisiologiche o patologiche, attinenti la condizione, intesa sia come clausola che come evento condizionante. Occorrerà inoltre verificare se, ed in che limiti, una valutazione in termini di essenzialità della previsione condizionale possa determinare un'alterazione delle caratteristiche tipologiche del negozio, tale da determinarne l'inquadramento in un tipo piuttosto che in un altro, e con quali conseguenze di disciplina. Occorrerà, infine, una volta compiuta una soddisfacente ricognizione delle possibili situazioni di interesse sottostanti alla clausola condizionale <sup>(9)</sup>, verificare se ed in che misura possa affermarsi l'idoneità della condizione a tutelare ed eventualmente realizzare lo stesso interesse interno negoziale; nella misura in cui questo interesse interno sia identificabile con la causa del negozio, la soluzione positiva al quesito potrà legittimare — qualunque sia il tipo di interesse coinvolto — l'integrale applicazione della disciplina della condizione, quale forma concorrente o eventualmente alternativa di tutela dei medesimi interessi negoziali.

Nella soluzione dei problemi di disciplina sopra evidenziati, occorre peraltro evitare un evidente errore di metodo, spesso ricorrente nelle indagini dottrinali e nelle motivazioni giurisprudenziali, che tende a far derivare determinate conseguenze di disciplina dalla qualificazione in termini di « estrinsecità » o « accidentalità » della condizione. Si tratta di un tipico procedimento di *Inversionsmethode*, come denominato dalla dottrina tedesca, che tende a far

---

<sup>(8)</sup> PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, 1941, ora in *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica*, cit., p. 671.

<sup>(9)</sup> Sulla proficuità del metodo casistico nello studio della condizione, CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 72.

derivare dall'elaborazione teorica di un concetto la sua disciplina, e non viceversa <sup>(10)</sup>. L'analisi deve viceversa, in applicazione di un fondamentale insegnamento metodologico <sup>(11)</sup>, partire dal dato positivo, al fine di ricavarne eventuali costanti o principi direttivi, la cui enucleazione consentirà quindi di meglio individuare la natura dell'istituto condizionale, ricostruendone *a posteriori* il concetto, e facendone quindi derivare conseguenze di disciplina per i casi non espressamente previsti <sup>(12)</sup>. All'esito di tale indagine, è possibile anticiparlo, si scoprirà che esistono, accanto a condizioni « estrinseche », condizioni funzionalmente « intrinseche », poste cioè a tutela dello stesso interesse interno negoziale <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Per la critica al metodo concettualistico, cfr. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 8 ss., che stigmatizza il pregiudizio che il concetto di un istituto sia un *prima*, dal quale debba essere dedotto il *dopo* del fenomeno, e quindi la pretesa « di dare ai concetti giuridici e alle costruzioni sistematiche una forza produttiva che essi non hanno », mentre in realtà « il concetto può avere soltanto una funzione *descrittiva* della realtà giuridica ».

<sup>(11)</sup> PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 669 e p. 675, ove l'esatta constatazione che ogni concetto giuridico esprime la « costante di un gruppo di norme », quasi una « proiezione » del dato positivo, considerato sia nella prospettiva esegetica che in quella sistematica. Id., *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, loc. ult. cit., p. 665 (« i concetti che servono alla scienza giuridica si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato, che è la norma... al dato quindi essi vanno adattati »); Sulla duplice istanza, analitica e sistematica, nel diritto, cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 256 ss. Cfr. anche FALZEA, *Accertamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 12 (« La considerazione dell'effetto è primaria e bisogna accordarle precedenza... ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l'effetto giuridico, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela »); PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 455 ss. Sul procedimento di ricerca dei principi giuridici, cfr. soprattutto PANUCCIO, *Concetti e principi nella scienza del diritto*, 1967, ora in *Saggi di metodologia giuridica*, Milano, 1995, p. 41 ss.

<sup>(12)</sup> Per un analogo criterio metodologico, cfr. DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 19: « Si l'on retient comme critère de la modalité son caractère accidentel ou accessoire, il ressort immédiatement que seule l'idée que l'on se fait du rapport de droit permet de distinguer ce qui lui est accessoire ou accidentel de ce qui est principal ou permanent... En conséquence ont tentera de proposer une analyse de la notion de condition fondée sur le mécanisme de celle-ci et non à partir de considérations *a priori* sur le concept de modalité ».

<sup>(13)</sup> Sembra che sul problema dell'estrinsecità assiologica della condizione si

L'analisi formale del dato positivo deve comunque costantemente accompagnarsi ad una attenta ricognizione degli interessi in gioco, anche qui in omaggio ad un criterio interpretativo che vede nella fondamentale categoria dell'interesse la base di ogni sistema giuridico, quale componente essenziale di quel sistema reale del diritto, che sottostà al sistema formale, costituito dal singolo diritto positivo; criterio metodologico che postula la ricerca di un giusto equilibrio tra componente formale (dato positivo) e componente sostanziale (situazioni di interesse) all'interno di ogni fenomeno giuridico <sup>(14)</sup>, e che necessita quindi di una adeguata ricognizione delle suddette situazioni di interesse per l'individuazione della disciplina applicabile, in omaggio al fondamentale principio di convenienza dell'effetto al fatto, in base al quale, « tra più effetti possibili secondo la lettera di un testo ambiguo prevale l'effetto migliore, cioè più conveniente alla soluzione pratica del problema » <sup>(15)</sup>.

8. *La categoria della causa del negozio giuridico e l'evoluzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali: dalla causa in senso oggettivo alla causa in senso soggettivo. Teorie della funzione economico-sociale, della funzione economico-individuale e della causa concreta. La causa come interesse fondamentale programmato dalle parti.*

L'analisi concernente l'effettiva collocazione del meccanismo condizionale all'interno del contenuto negoziale richiede la previa

---

sia perpetuato nella nostra dottrina un dogmatismo tendente a ravvisare « *ad ogni costo ed in ogni caso* » una fenomenologia unitaria, « pur quando, cioè, l'oculata *analisi* degli indici disponibili » rivela l'irriducibilità delle varie situazioni ad un unico paradigma di interessi (per la stigmatizzazione di siffatto metodo di indagine, nei termini sopra riportati, DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 463 ss.).

Il rigetto di tale metodo non deve evidentemente condurre all'opposta posizione di risolvere l'indagine interpretativa in un empirismo fine a se stesso ed infecondo di ulteriori risultati, ma deve, semplicemente, indurre ad elaborare le categorie dogmatiche in stretta aderenza a quelle che sono le risultanze del diritto positivo.

<sup>(14)</sup> FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit. p. 171 ss.

<sup>(15)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 244 ss.

definizione di un altro concetto, quale quello di causa del negozio, che è stato definito concetto « ineffabile », quasi « araba fenice » del nostro diritto, tali sono stati i dissidi e le incertezze nell'individuazione del concetto e della sua funzione giuridica. La causa infatti, in quanto attinente al profilo funzionale dell'atto di autonomia <sup>(16)</sup>, non può non rivestire importanza determinante nell'individuazione della specifica funzione propria della clausola condizionale.

Pur nell'ambito delle incertezze e delle non sopite questioni sull'identificazione del concetto di causa, e nonostante il permanere di posizioni scettiche o decostruzioniste <sup>(17)</sup>, è dato cogliere, nel pensiero della nostra dottrina, un'evoluzione ininterrotta che segna — ormai chiaramente — un cammino verso una direzione ben precisa; cammino che occorre, peraltro, velocemente e molto sinteticamente ripercorrere, al fine di meglio comprendere il senso delle più recenti concezioni.

La nozione di causa si sviluppa, originariamente, con riferimento all'obbligazione, o forse, più propriamente, all'attribuzione patrimoniale <sup>(18)</sup>, nella c.d. *teoria oggettiva classica*: essa costituisce, nel pensiero dei grandi giuristi francesi Domat e Pothier, il fondamento dell'attribuzione, la causa giustificativa e sufficiente dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro; *cause suffisante*, che viene ravvisata nella controprestazione <sup>(19)</sup>. Sotto tale

---

<sup>(16)</sup> La definizione della causa come funzione è ormai un dato acquisito nella dottrina e nella giurisprudenza, tanto da rendere superflua qualsiasi citazione al riguardo.

<sup>(17)</sup> Tendono, nell'ambito di un'ampia ricognizione casistica, a « decostruire » il concetto di causa, individuando in essa funzioni ed utilizzi diversi a seconda delle categorie di contratti, rilevando altresì una serie di contratti (ed in genere i negozi diversi dai contratti) in cui l'elemento causale viene ritenuto irrilevante, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 635 ss. (ivi, a p. 643, l'affermazione per cui « una certa figura di negozio è causale solo se riusciamo a simulare un caso in cui il giudice, posto di fronte alla dichiarazione di volontà, la trovi nulla per difetto di causa »). Nello stesso senso SACCO, *Negozi astratti*, in *Digesto discipline private*, sez. civ., XII, cit., p. 48 ss.

<sup>(18)</sup> GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 548; FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, cit., p. 115 ss.; FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, cit., p. 129 ss.

<sup>(19)</sup> DOMAT, *Lois civiles*, libro I, tit. I, sez. I, n. 5 ss., secondo cui nei contratti onerosi « l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre... Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des

profilo, è stato esattamente rilevato, la nozione di causa, oltre a non essere adeguata nell'attuale ordinamento (che ne fa un requisito del contratto e non dell'obbligazione), non riesce a giustificare lo spostamento patrimoniale *donandi causa* (20), né può ritenersi convincente quell'opinione dottrinale che vede, nella donazione, il ruolo della causa sostituito da quello attribuito alla forma della manifestazione di volontà (21).

Dalla teoria oggettiva classica si passa quindi alla *teoria soggettiva*, che individua la causa nello scopo soggettivo dei contraenti (22). Anche questa teoria è stata fatta segno di fondate

contractants a toujours sa cause de la part de l'autre: et l'obligation serait nulle si, dans la vérité, elle était sans cause »; POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), I, 1, Venezia, 1833, p. 48: « ogni convenzione deve avere una causa onesta. Nei contratti commutativi la causa dell'obbligazione che contrae una delle parti consiste in ciò che l'altra parte le dà o si obbliga a darle, o nel pericolo che essa si assume ».

(20) Secondo DOMAT, *op. e loc. ult. cit.*, nelle donazioni « l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste... et ce motif tien lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien ». Allo stesso modo in POTHIER, *op. e loc. ult. cit.*: « Nei contratti di beneficenza la liberalità che una parte vuole usare verso l'altra è causa sufficiente dell'obbligazione contratta dalla prima ». Sulle critiche in merito a questa concezione, cfr. FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, cit., p. 119.

(21) L'opinione secondo cui, nella donazione, la causa sarebbe sostituita dalla forma solenne si ritrova già in CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 204; la sua più elaborata formulazione risale peraltro a GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 101 ss., e p. 273 ss. Per una convincente critica, SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 86, il quale rileva innanzitutto che esistono contratti causali formali, la cui esistenza mette già in dubbio il rigore dell'alternativa causa-forma. L'Autore rileva poi l'esistenza di una differenza ontologica tra le due realtà: « causa è l'interesse fondamentale in funzione della realizzazione del quale il programma negoziale è predisposto, e come tale essa non può non essere materiale, e cioè avere un contenuto assiologico-pratico. La forma invece è mera exteriorità e perciò è un non senso, una contraddizione in termini, parlare di causa formale ». Evidenzia infine la differenza delle rispettive funzioni: la causa è criterio di meritevolezza del programma negoziale, ragione pratica e fondamento giustificativo del negozio; la forma assolve alla funzione di manifestazione dell'intento e altre funzioni specifiche (eliminazione dell'incertezza soggettiva, garanzia di univocità sul contenuto e momento dell'atto, maggiore serietà e ponderatezza della manifestazione), tutte estranee al problema della giustificazione sostanziale del negozio.

(22) Citazioni dottrinali sulla concezione soggettiva della causa in GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 548 ss.



critiche, rilevandosi come — intesa in tale accezione — la causa non rappresenterebbe un requisito autonomo del negozio, in quanto non sarebbe mai ipotizzabile una dichiarazione priva di uno scopo <sup>(23)</sup>; per altro verso, il concetto di scopo, caratterizzato dalla commistione dei due momenti della volontà e dell'interesse <sup>(24)</sup>, si presta facilmente alle critiche che, soprattutto a partire dalla nuova codificazione, hanno investito le concezioni volontaristiche del diritto e del negozio giuridico in particolare.

Il codice civile del 1942 segna l'accoglimento della teoria bettiana <sup>(25)</sup> della *causa come funzione economico-sociale*, intesa cioè come funzione sociale tipica, risultante dalla sintesi degli elementi essenziali del negozio; in questa accezione, la causa consente all'ordinamento non solo un controllo di liceità sull'agire dei privati, ma, soprattutto, una « funzionalizzazione » dell'agire stesso a finalità di tipo sociale e solidaristico, in piena sintonia con l'orientamento ideologico dell'epoca <sup>(26)</sup>. Peraltro, la concezione di Betti, fatta propria ed esplicitata anche nella relazione al codice, fa salva la considerazione della causa anche sotto l'angolo visuale dell'intento pratico perseguito dai soggetti, con ciò riaprendo la porta, sotto un certo profilo, alla concezione finalistica della causa, intesa come scopo dei contraenti <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, cit., p. 119.

<sup>(24)</sup> Sull'evoluzione del concetto di scopo, come composto dalle due entità della volontà e dell'interesse, cfr. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, I — Il concetto del diritto*, cit., p. 171 ss.

<sup>(25)</sup> La concezione della causa come funzione economico-sociale, rinvenibile già negli scritti di Betti anteriori alla codificazione, ha poi trovato compiuta espressione in BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 171 ss. Essa si trova pressoché integralmente accolta nella *Relazione al codice civile*, nn. 603, 613, 614 e 615. Di recente, SICCHIERO, *Appunti sulla causa del contratto*, cit., c. 736, ha ritenuto che il criterio interpretativo contenuto nell'art. 12 delle preleggi imponga — in assenza di diversi indici normativi (che però in realtà sussistono, come si vedrà oltre) — di accogliere la teoria della funzione economico-sociale tenuta presente dal legislatore, e risultante dalla predetta Relazione al codice civile.

<sup>(26)</sup> Sul legame tra il concetto di funzione economico-sociale e l'ideologia corporativa e solidaristica propria del regime fascista, cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 122 ss.; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, cit., p. 139 ss.

<sup>(27)</sup> Rileva BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 177, l'unilateralità sia della teoria soggettiva che della teoria oggettiva della causa: « Invero,

Anche la concezione della causa come funzione economico-sociale, divenuta la teoria dominante dopo l'emanazione del codice, è stata fatta bersaglio di convincenti critiche, segnalandosi da un lato l'incompatibilità della formula con l'orientamento di fondo, liberale e democratico, del nostro ordinamento <sup>(28)</sup>; dall'altro, l'inidoneità della causa, così intesa, a rappresentare un valido strumento atto a tener conto dei concreti interessi in gioco <sup>(29)</sup>, ed a risolvere i problemi per i quali, storicamente, l'istituto della causa è sorto.

Nell'ambito della reazione alla formula bettiana, ad indagini antidogmatiche, basate sul metodo casistico ed empirico <sup>(30)</sup>, ha fatto da *pendant* l'elaborazione di nuove teorie della causa, intesa volta per volta come *funzione economico-individuale* <sup>(31)</sup>, *causa concreta* <sup>(32)</sup>, *interesse* <sup>(33)</sup> cui è finalizzato il programma negoziale.

mentre l'interesse individuale alla conclusione del negozio mira naturalmente ad uno scopo di carattere variabile e contingente, che non basta punto a render ragione della tutela giuridica del negozio, viceversa l'interesse sociale a tale tutela, quale si desume dalla funzione economico-sociale dell'autonomia privata, rispecchiata nel tipo di negozio astrattamente considerato, non basta a render ragione della effettiva conclusione del negozio nel caso singolo senza un concreto interesse che volta per volta la determini. Di qui la necessità di considerare la causa del negozio sotto i vari profili, evitandone appunto una visione unilaterale ed atomistica ». Cfr. anche la *Relazione al codice*, n. 614.

<sup>(28)</sup> Per tale critica cfr. soprattutto FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, cit., p. 141 ss.

<sup>(29)</sup> BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 118; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 425 ss.; SACCO, *Il contratto*, I, cit., p. 641, secondo il quale l'identificazione della causa con la funzione economico-sociale « non aiuta a risolvere nessun problema né logico né pratico », e p. 643 (« la concezione della causa come generica funzione appare incapace di applicazioni pratiche, poiché ogni dichiarazione di volontà sarà dotata di un contenuto, e la « funzione » appare una ridondante ripetizione di questo contenuto »).

<sup>(30)</sup> Cfr. per tutti SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 635 ss. Per una critica al metodo casistico cfr. BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 357.

<sup>(31)</sup> FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 345 ss.

<sup>(32)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 425 ss. Di funzione concreta parla anche CATADELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 319 ss. ROPPO, *Contratto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 114, accogliendo la concezione della causa concreta, rileva che « l'esperienza del pensiero giuridico italiano si caratterizza per la transizione dall'uno all'altro di due fondamentali orientamenti: da un orientamento astratto e tipizzante, ad un orientamento concreto e individualizzante ».

<sup>(33)</sup> La definizione di causa in termini di interesse è risalente. Oltre a

Tratto comune di queste teorie — che spesso si differenziano tra loro solo sotto il profilo terminologico — è la rivalutazione del momento dell'interesse, già presente nelle teorie soggettive della causa come scopo comune dei contraenti, ed ora depurato dai momenti di carattere psicologico che nessun rilievo possono avere sulla disciplina della causa, ma la cui patologia, anzi, il nostro diritto positivo espressamente disciplina in separata sede <sup>(34)</sup>.

Anche di recente si sono avute importanti precisazioni e puntualizzazioni sulla nozione di causa così intesa: puntualizzazioni aventi ad oggetto sia la dimensione individuale del controllo causale dell'atto di autonomia <sup>(35)</sup>; sia la natura, fondamentale e non

---

notevoli spunti nell'opera di Betti, si possono indicare: CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 222 ss.; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, cit., p. 894 ss.; MIRABELLI, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, cit., p. 91 ss.; ID., *Causa subiettiva e causa obiettiva*, cit., p. 323 ss.; ID., *Dei contratti in generale*, cit., p. 160; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese 1960, p. 36 ss.; PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1326 ss.; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 345 ss.; SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 469 ss.; ID., *Negozio astratto*, cit., p. 54 e p. 86; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 419; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 8 ss.; CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, cit., p. 229 ss.; FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 46.

<sup>(34)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 47: « la causa del negozio giuridico, pur dovendosi identificare nell'interesse che ha formato oggetto di un atto di decisione quanto alla sua scelta, alla sua determinazione e alla sua realizzazione, non è essa medesima da definire come scopo. L'ufficio costitutivo della volontà non fa perdere all'interesse la sua autonomia rispetto al momento del volere. Una volta costituito, l'interesse acquista una sua oggettività che può renderlo insensibile alle anomalie del processo di formazione dell'atto da cui è stato generato e, per contro, può presentare anomalie sue proprie, indipendenti da ogni legame con la volontà. È per ciò che si distinguono, nel regolamento giuridico del negozio, le irregolarità riguardanti il volere dalle irregolarità relative alla causa... è anche vero che una umana esigenza può farsi luce nel mondo del diritto al di fuori di un atto di decisione consapevolmente assunto. Ed in tal caso il diritto non può ignorare l'esistenza dell'interesse e non può negargli protezione solo perché non si è manifestato attraverso la via ordinaria della coscienza volontà del soggetto ».

<sup>(35)</sup> FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, cit., p. 143: « nel sistema disegnato dalla nostra costituzione, l'atto di autonomia privata torna ad essere quello che deve essere e cioè espressione di privati interessi che, come tali, dovranno essere valutati dall'ordinamento giuri-

accessoria o secondaria, dell'interesse costituente la causa del negozio, sì da distinguerlo dagli interessi secondari che possono anch'essi trovare realizzazione mediante il negozio giuridico <sup>(36)</sup>; sia, per altro verso, il rilievo dell'elemento strutturale del negozio, oggetto, unitamente al profilo funzionale, della valutazione causale, facendone un *concetto di relazione* <sup>(37)</sup>, idoneo a rappresentare un efficace criterio di controllo sia dei fini perseguiti con il negozio, sia dell'idoneità degli strumenti a tal uopo utilizzati.

La concezione della causa come *interesse fondamentale programmato dalle parti* trova, in diritto positivo, un importante supporto testuale nel disposto dell'art. 1322, secondo comma, c.c. <sup>(38)</sup>, che impone il controllo di meritevolezza dell'interesse realizzato tramite il negozio: la norma, ritenuta applicabile dalla più attenta dottrina anche ai negozi tipici, è stata oggetto di accese discussioni con riferimento al problema dell'autonomia del controllo di meritevolezza rispetto al controllo di liceità <sup>(39)</sup>; sotto il

---

dico. il che vuole anche dire che l'individuo, toltasi la divisa da « funzionario » che il sistema corporativo voleva fargli indossare, torna, nel bene e nel male, ad essere considerato, anche sotto il profilo economico, *persona* ».

<sup>(36)</sup> Sulla causa come interesse *fondamentale* programmato dalle parti cfr. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 46; SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 469 ss.; ID., *Negozio astratto*, cit., p. 54 e p. 86.

Sulla distinzione tra interesse fondamentale ed interessi accessori nel programma negoziale, e sulla correlativa partizione del contenuto contrattuale in elementi primari e secondari, cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 192 ss.; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 902.

<sup>(37)</sup> CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, cit., p. 229 ss. Sulla causa come concetto di relazione, e quindi come « elemento di coesione degli altri elementi », cfr. già FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 370 ss.; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 2.

<sup>(38)</sup> Sulla rilevanza dell'art. 1322, 2° comma, c.c. per l'identificazione della causa con l'interesse programmato dalle parti, anche alla luce del disposto dell'art. 1323 c.c., in tutti i negozi, sia tipici che atipici, cfr. MIRABELLI, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, cit., p. 103-104; ID., *Dei contratti in generale*, cit., p. 160; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, cit., p. 902-903; PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio*, cit., p. 1328; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 356 ss.; SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 54.

<sup>(39)</sup> FERRI G.B., *op. ult. cit.*, p. 406 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 81 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli*

profilo che interessa, essa individua peraltro chiaramente un elemento oggettivo — l'interesse — la cui considerazione ha un'indubbia centralità nel controllo che l'ordinamento deve effettuare sull'attività dei privati: controllo che, oltre a precludere l'ingresso nell'ordinamento ai negozi diretti a fini illeciti, deve consentire di privare della sanzione di giuridicità quei negozi che siano privi di una giustificazione sufficiente a mettere in moto i meccanismi dell'ordinamento stesso (il controllo sulla mancanza di causa viene infatti identificato, da attenta dottrina, con il controllo di meritevolezza *ex art. 1322 2° comma, c.c.*) <sup>(40)</sup>.

Anche la giurisprudenza più recente, al di là delle massime tralaticie e degli *obiter dicta* che, frequentemente, continuano a richiamare la formula della funzione economico-sociale <sup>(41)</sup>, nelle

---

*interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 53 ss.; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 423 ss.; DI FRANCIA, *La causa dei contratti atipici tra giudizio di meritevolezza e autonomia negoziale: spunti per una riflessione*, cit., p. 301 ss.; BATTAGLIA, *Contratti innominati e causa atipica*, cit. p. 2761 ss.; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, cit., p. 799 ss.; Id., *Meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 324 ss.

<sup>(40)</sup> MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, cit., p. 493, evidenziando che, in base a questa lettura, l'ambito della meritevolezza degli interessi è più ampio di quello della liceità; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 160, nota 20 (« È immeritevole di tutela, invero, non soltanto l'interesse contrastante con i principi dell'ordinamento, ma anche l'interesse cui l'ordinamento nega rilevanza, pur senza considerarlo illecito, nonché l'interesse meramente supposto, ma in effetti insussistente (come nell'ipotesi scolastica di acquisto di servitù su fondo proprio) o inattuabile »).

Tende invece ad identificare meritevolezza e liceità, dando una lettura sostanzialmente abrogativa dell'art. 1322, 2° comma, GUARNERI, *opp. e locc. ult. cit.*

<sup>(41)</sup> Sono numerosissime le massime giurisprudenziali che fanno riferimento alla formula della funzione economico-sociale per identificare il concetto di causa, pur non corrispondendo a tale utilizzo una concreta *ratio decidendi* su di esso basata: v., a titolo esemplificativo, Cass. 29 gennaio 1983 n. 826, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 156; Cass. 18 febbraio 1983 n. 1244, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 155; App. Milano 16 dicembre 1986, in *Foro pad.*, 1988, I, c. 31; Cass. 21 maggio 1990 n. 4565, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 386; Cass. 15 giugno 1991 n. 6771, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Permuta*, n. 3.

Di recente, si è ritenuto che la teoria della funzione economico-sociale conserva utilità, nella misura in cui consente « la verifica che il singolo accordo realizzi in concreto la causa del tipo (o comunque di un tipo), rendendo superflua ogni ulteriore indagine, salvo in difetto - risultando per questa via l'atipicità del

concrete *rationes decidendi* identifica, sempre più spesso, il requisito richiesto dall'art. 1325, n. 2, c.c. con la causa concreta <sup>(42)</sup>, anche nella valutazione dei presupposti, i cui vizi possono determinare una patologia del negozio: le figure della presupposizione <sup>(43)</sup>, del negozio indiretto <sup>(44)</sup>, del collegamento negoziale <sup>(45)</sup>, rappresentano altrettanti campi di operatività dello strumento causale, così inteso.

La prospettiva della causa concreta si rivela — sotto il profilo che qui interessa — feconda: non è chi non veda, infatti, che l'assunzione nell'elemento causale dell'interesse fondamentale programmato dalle parti, nel suo concreto atteggiarsi anche in relazione ai profili strutturali del negozio, attrae al profilo causale medesimo anche quei congegni — come la condizione — funzionalizzati al perseguimento del medesimo interesse <sup>(46)</sup>.

modello voluto - l'accertamento della meritevolezza degli interessi » (SICCHIERO, *Appunti sulla causa del contratto*, cit., c. 737).

<sup>(42)</sup> Si esprimono espressamente in termini di « causa concreta » e « funzione economico-individuale », in giurisprudenza, Cass. 1° ottobre 1981, in *Arch. circolaz.*, 1982, p. 494 ss.; Trib. Milano 5 dicembre 1988, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 75 ss., con nota di GOMMELLINI, *Prestiti dei soci, società sottocapitalizzata e causa del contratto di mutuo*; App. Milano 22 novembre 1991, in *Giur. merito*, 1993, p. 1016 ss., con nota di CRICENTI, *Credito al consumo e collegamento negoziale*; e in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 452, con nota di MORO VISCONTI, *L'inadempimento del fornitore nel credito al consumo*; Pret. Salerno 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 261, con nota di DI GIOVINE, *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*; Trib. Milano 11 marzo 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 92 ss.

<sup>(43)</sup> Sulla presupposizione, cfr. gli autori citati *supra*, alla nota 19 delle « Note introduttive ».

<sup>(44)</sup> Sul negozio indiretto, cfr. da ultimo DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 124 ss.

<sup>(45)</sup> Sui problemi del collegamento negoziale, cfr. la recente sintesi di FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 233 ss.

<sup>(46)</sup> Per la rilevanza della tematica della causa concreta ai fini della ricostruzione dell'istituto condizionale, cfr. di recente AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 144 ss.; MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 35 ss. Già in FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 371 ss., si rinviene comunque la considerazione che la pluralità degli elementi oggettivi e soggettivi del negozio, ivi comprese le *condizioni*, le clausole e gli elementi accessori, si coordinano e si indirizzano verso una unitaria finalità, individuata nella causa, intesa come funzione economico-individuale, che starebbe « appunto ad indicare il valore e la portata che all'operazione economica nella sua globalità le parti stesse

*La possibile incidenza della clausola condizionale, e quindi dell'evento condizionante, sulla causa del negozio giuridico* è stata in più occasioni segnalata — per il vero quale frutto di rapide intuizioni prive di ulteriori sviluppi — dalla dottrina <sup>(47)</sup>. Si tratta di

---

hanno dato. Valore che può essere inteso solo se si considerino, veramente, tutti gli elementi di cui si compone il negozio giuridico; perché il negozio concreto, da tutti questi elementi primari e secondari viene caratterizzato ». La ricostruzione è sostanzialmente da condividersi, salvo precisare che gli elementi secondari del contenuto contrattuale, pur contribuendo alla valutazione dell'operazione nella sua globalità, non possono rivestire rilievo causale proprio per tale loro secondarietà e scindibilità dal resto del programma. Con particolare riferimento alla condizione, Ferri (p. 377 ss.) riconosce che essa, al pari degli altri elementi c.d. accidentali, incide « in modo più o meno rilevante, nella funzione economico individuale del negozio », contribuendo a delimitare l'interesse concretamente perseguito; pertanto (p. 386), « appare, altresì, chiaro come per valutare nel suo carattere privato ed individuale la regola negoziale, si debbano considerare tutti gli elementi, anche accidentali, che, appunto, sono espressione dell'impronta personale ed individuale che al negozio è stata data. Il rilievo, maggiore o minore, di tali elementi emergerà pertanto dal loro rapporto con la globale funzione individuale, dal ruolo cioè che, in essa, tali elementi (*condizioni*, motivi, clausole) concretamente assumono ».

<sup>(47)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 425-426, secondo il quale « Se non inficia l'attualità della determinazione negoziale, la clausola condizionale può invece compromettere la causa del negozio giuridico »; MAZZA, *In tema di negozio giuridico condizionale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, p. 108-109 (« se la condizione nel singolo concreto negozio assurge a dignità di elemento integrante di esso, è inevitabile la conseguenza che anche la condizione è un elemento della causa (nel concreto negozio), e che quindi nei casi ove al soggetto interessato è data facoltà di avvalersi o non della condizione la causa si presenta composta di elementi non sempre costanti »); FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 378 (« Dire che la condizione è un elemento essenziale, significa affermare che esso è considerato, nella volontà delle parti, necessario per la realizzazione della funzione economico individuale al negozio assegnata, anche se tale non è, rispetto alla funzione economico sociale del tipo legale o sociale, corrispondente »); BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 225, nota 29 (secondo il quale « la propensione a concepire la condizione come speciale ipotesi di « motivo rilevante della volontà » ... tradisce anche la consapevolezza che essa riflette la ragione giustificativa del contratto »); MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 233 (« La clausola condizionale, entrando a far parte del negozio, pone un regolamento di interessi diverso da quello che il negozio avrebbe, qualora la clausola non vi fosse inserita, ma plasma *quel* regolamento che le parti si danno, sì che, ove la clausola mancasse, l'autoregolamento non corrisponderebbe agli interessi delle parti. I soggetti, nell'esercizio della loro autonomia, hanno scelto quel certo contenuto del negozio con quelle certe clausole, tra le quali è la

verificarne limiti e modi di incidenza, cogliendone nel contempo le conseguenti implicazioni in termini di concreta disciplina.

---

clausola condizionale; tutte le clausole fanno parte del contenuto e tutte devono essere valutate, nel loro complesso, per stabilire se gli interessi perseguiti sono, o meno, meritevoli di tutela; non dai soli elementi tipici, ma da tutte le modalità del negozio, deve essere tratta la causa del singolo negozio; *la condizione, come clausola condizionale, incide, dunque, sempre sulla causa del negozio* (corsivo nostro) »); SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 140-141: « *la condizione è spesso causa del contratto*: (corsivo nostro) specialmente le promesse di cui all'art. 1333 c.c. deducono spesso in condizione la causa. Non è per un caso, che il legislatore ha geminato regolamenti analoghi, in tema di illiceità, ecc., dedicandone uno alla condizione e l'altro alla causa! »); MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 277 (« *Anche la condizione, in determinati tipi (o sottotipi) negoziali, vale a caratterizzare la causa* (corsivo nostro) — ad es.: nella delegazione e nell'accollo privativi ex artt. 1273 e 1274; nella vendita con patto di riscatto ex art. 1500 e s.; negli atti di liberalità ex artt. 167, 774 e 785 —; così come può, in date circostanze, costituire fattore di determinazione dell'oggetto (o del contenuto) del negozio. Ed allora effettivamente si traduce in elemento essenziale del negozio »), nonché p. 279 (« *la clausola condizionale, non meno di qualsiasi altra espressione di autonomia privata, è soggetta alla regola dell'art. 1322. Il mancato rispetto di questa regola renderà nulla la clausola... e tale nullità, a seconda dei casi, potrà o meno estendersi all'intero negozio, ma non direttamente ai sensi dell'art. 1419, come se fosse una normale clausola negoziale, bensì in ordine alla connessione strutturale che essa assume nel negozio concreto cui afferisce, specie in riferimento alla causa* (corsivo nostro) o alla determinazione dell'oggetto (o del contenuto) di questo »), e p. 292 (« *quando la condizione sia da intendere come elemento caratterizzante della causa stessa negoziale potrà esservi coincidenza fra la valutazione dell'illiceità della condizione e quella dell'illiceità della causa* »); MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 34 ss., spec. p. 37 (« *gli interessi delle parti che si inseriscono, espressamente o tacitamente, nell'economia del contratto ne diventano per ciò stesso causa e come tali sono rilevanti... la clausola condizionale, in quanto strumento di selezione di privati interessi, perciò stesso attiene alla causa del contratto e, pertanto, non si vede come la stessa possa tutelare interessi estrinseci ed incompatibili rispetto a quelli dedotti nell'autoregolamento* »).

Nella dottrina tedesca, HENLE, *Lehrbuch des bürgerliche Rechts*, I, Berlin, 1926, p. 275, ha sostenuto che la condizione è un elemento essenziale del negozio: non già « una parte che possa staccarsi dal contenuto negoziale, ma un lievito che fermenta l'intero contenuto del negozio ».

In senso opposto SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193, di cui l'affermazione, riferita ai tradizionali elementi accidentali del negozio, che « *Nel limite segnato dalla causa del negozio, e quindi, per definizione, senza che ne possa uscire alterata la causa medesima* (corsivo nostro), all'autonomia privata è consentito di regolare variamente nel caso concreto il modo degli effetti del negozio »; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p.



9. *La causa quale elemento essenziale del negozio giuridico, intesa come rappresentazione programmatica di un interesse: parallelismo con la teoria dell'oggetto negoziale. La teoria dei negozi con causa determinabile e la categoria delle fonti di qualificazione causale dell'interesse negoziale. Necessità di una verifica circa la possibile ricomprensione in tale categoria dell'evento condizionante.*

Nell'art. 1325, n. 2, c.c., la causa è considerata elemento essenziale del contratto, il cui difetto determina, a norma dell'art. 1418, la nullità dello stesso. La dottrina <sup>(48)</sup> ha peraltro individuato una serie di ipotesi, riconducibili principalmente, anche se non esclusivamente, alle c.d. prestazioni isolate, in cui la causa non rappresenta un elemento interno alla struttura negoziale, bensì un elemento ricavabile *aliunde*, il più delle volte nel rapporto con un diverso negozio di cui la suddetta prestazione isolata costituisce esecuzione <sup>(49)</sup>. In tali ipotesi, il difetto di causa — inteso come

---

585; Id., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 175 (secondo il quale « sembra che la distinzione fra condizione e causa debba collocarsi, anch'essa, nella circostanza che la condizione, in quanto specie particolare di motivo, epperò come *quid soggettivo*, si trova, rispetto alla causa, in una situazione analoga a quella del motivo »).

<sup>(48)</sup> GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 564 ss.; SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 92 ss.

<sup>(49)</sup> GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 570, ritiene assicurata la validità della prestazione isolata dalla indicazione dello scopo perseguito dal soggetto e del « fondamento » del negozio. La « verità » dello scopo, e l'effettiva esistenza di una situazione idonea a raggiungerlo (e quindi, ad esempio, la validità ed efficacia del pregresso negozio fonte dell'obbligo) non riguardano, secondo l'Autore, la validità del negozio, ma esclusivamente la conservazione dei suoi effetti, che possono essere caducati con i rimedi della *exceptio* e della *condictio*; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 235 ss., e p. 293, nota 142, respinge la concezione schematizzante del fenomeno negoziale volta a ricercare la causa, in ogni ipotesi, all'interno della struttura negoziale. Pone l'esigenza di riportare la valutazione causale alla « operazione negoziale nella sua totalità e cioè nell'insieme dei suoi collegamenti o riferimenti teleologici e in genere assiologici », poiché la causa « non potrebbe venire soddisfatta o meglio compiutamente soddisfatta da una considerazione puramente strutturale dell'atto di autonomia », SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 93, che rinvia quindi « al contesto dell'intera operazione, all'affare complessivo nel quale il negozio stesso s'inquadra e del quale è strumento »; l'Autore (p. 111) indica, altresì, quali ipotesi di negozi con causa determinabile — oltre ai negozi di esecuzione — la cessione di credito, la fideiussione, la delegazione pura, i titoli di credito, la procura, la rinuncia, la remissione del debito, la conferma.

difetto di determinatezza della causa stessa, peraltro determinabile<sup>(50)</sup> — comporta non già la nullità, bensì la possibile sopravvenuta inefficacia del negozio, ove venga dimostrata la concreta insussistenza di una ragione giustificatrice del negozio; inefficacia conseguente all'attivazione degli strumenti della *exceptio* e della *condictio indebiti* (artt. 2033 e 2036 c.c.)<sup>(51)</sup>.

La spiegazione di tale fenomeno risiede nello stesso atteggiarsi del requisito causale, che « è, sì, l'interesse fondamentale, ma da intendere non come risultato concretamente e compiutamente verificatosi, bensì come risultato che si tende a raggiungere e che in quanto tale nel negozio trova solo una prefigurazione o configurazione meramente prospettica: causa, in altri termini, è l'interesse fondamentale che il negozio è destinato a realizzare, ma considerato nella rappresentazione programmatica che le parti ne fanno nell'atto »<sup>(52)</sup>. Ne consegue che il requisito causale, *ex art.* 1325 n. 2, deve ritenersi osservato — ai fini della sanzione di nullità *ex art.* 1418 — per il solo fatto della rappresentazione programmatica, nell'atto, dell'interesse alla cui realizzazione l'atto medesimo è diretto; ovvero con l'indicazione della fonte determinativa estrinseca che tale interesse è in grado di individuare<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 109 ss., spec. p. 114, ove il rilievo che l'art. 1346 c.c. — che ritiene sufficiente la mera determinabilità dell'oggetto del contratto in luogo dell'attuale determinatezza — è espressione di un più generale principio, alla luce del quale deve ritenersi ammissibile il fenomeno dei negozi con causa indeterminata ma determinabile. Per uno spunto in tal senso, cfr. anche REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, cit., p. 905.

<sup>(51)</sup> Su *exceptio* e *condictio indebiti*, e sulla loro rilevanza ai fini dell'eliminazione degli effetti dei negozi con causa determinabile o esterna, cfr. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 568 ss. (che proprio dalle norme sulla ripetizione dell'indebitato trae l'argomentazione principale per affermare la validità del negozio solutorio nel caso di provata insussistenza del rapporto debitorio o di riferimento causale erroneo); SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 118 ss.; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 157 ss.; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 5-6.

<sup>(52)</sup> SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 113.

<sup>(53)</sup> VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 158 ss.: « ai fini della validità del contratto, ciò che rileva è soltanto la compiuta formulazione della regola privata nel suo profilo programmatico. Ne consegue che il termine « causa » sta in questo caso ad esprimere la necessità che nel contenuto dell'atto sia esattamente *indicata* e *descritta* la ragione che giustifica, secondo le dichiarazioni dei contraenti, lo spostamento patrimoniale... Ne consegue che

È salva, comunque, l'applicabilità dei rimedi della *exceptio* e della *condictio*, come sopra evidenziato, allorché detto interesse si riveli, in concreto, insussistente.

A prescindere, in questa sede, dalla soluzione del discusso problema circa la necessità o meno di *expressio causae* nel negozio giuridico <sup>(54)</sup>, è opportuno precisare gli importanti risultati conseguenti alla enucleazione, da parte della dottrina, di fattispecie di negozi con causa indeterminata ma determinabile. Si tratta di ipotesi — come ha ben puntualizzato la stessa dottrina — caratterizzate dal fatto che l'interesse fondamentale programmato con il negozio non ha quei requisiti di completezza, finitezza e definitività

---

l'azione di nullità sarà sempre possibile, quale che sia il tipo di contratto posto in essere, ogni qualvolta dall'esame del suo contenuto non sarà possibile individuare oltre ai soggetti o all'oggetto, anche la causa, nel senso ora chiarito ».

Secondo SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 116, « per aversi determinabilità non è tuttavia necessario che il negozio indichi espressamente la fonte determinativa estrinseca... ciò avviene ad esempio nei negozi traslativi cosiddetti esecutivi, laddove il collegamento della prestazione negoziale traslativa al rapporto cui si è inteso dare attuazione è di regola implicito nella stessa oggettiva conformità della prestazione dovuta al contenuto dell'obbligo ». In altri casi « il negozio esige per sua natura... un atto (espresso o implicito) di imputazione a un preesistente o coevo rapporto sottostante ». L'Autore conclude (p. 117) che « la causa potrà dirsi indeterminabile oltre che indeterminata nella sola ipotesi in cui sia impossibile venire a capo del criterio di qualificazione causale dell'interesse negoziale ».

<sup>(54)</sup> Sulla necessità di *expressio causae* nei negozi diversi dalle promesse obbligatorie ex art. 1988 c.c., anche a seguito della mancata riproduzione nel vigente codice della norma già contenuta nell'art. 1121 c.c. 1865, che recitava « la causa si presume sino a che non si prova il contrario », GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 570 (ma in senso contrario, cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1005). Nello stesso senso, ma solo per esigenze di carattere formale, BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 287, e p. 441, il quale ritiene tuttora vigente la regola della presunzione della causa per tutti gli atti negoziali ed esecutivi, tranne che per i negozi traslativi di diritti reali immobiliari ed in genere per i negozi che richiedono la forma scritta, la quale deve investire tutti gli elementi essenziali e, quindi, anche quello causale.

Nel senso, invece, della non necessità in genere di *expressio causae*, anche nei negozi solenni, LENER, « *Expressio causae* » e *astrazione processuale*, cit., p. 35, nota 34 (ove altre citazioni), con particolare riferimento all'esonero della *causa donandi* dalla forma speciale dell'atto pubblico (ma v., in senso parzialmente diverso, a p. 49, p. 57 e p. 65); SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 88, che argomenta sia dalla disciplina della simulazione (in base alla quale, ad esempio, è valido un negozio di donazione anche se nel documento contrattuale non ne viene esplicitata la vera causa), sia dal disposto dell'art. 1988 c.c.

tali da giustificare l'attribuzione al negozio di un'efficacia piena e definitiva <sup>(55)</sup>: ciò, per l'appunto, comporta la possibile caducazione — tramite *exceptio e condictio* — degli effetti negoziali, quando si dimostri che non esisteva, in concreto, l'interesse programmato <sup>(56)</sup>. L'evento o il negozio che rivela, determina o individua il fondamento causale in oggetto è stato definito *fonte di qualificazione causale dell'interesse negoziale* <sup>(57)</sup>: esso serve a rendere stabile l'efficacia negoziale, in un primo momento ricollegata ad una fattispecie che evidenziava un interesse non compiutamente definito e qualificato; ovvero, viceversa, a caducare definitivamente tale efficacia, in caso di inesistenza o inadeguatezza della medesima fonte di qualificazione causale <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> SCALISI, *Negozi astratto*, cit., p. 109 ss., spec. p. 112: « In tali negozi, più in particolare, non è che manchi un preciso interesse in funzione della realizzazione del quale il programma negoziale sia predisposto: tale interesse esiste, di regola consiste in una attribuzione (di natura patrimoniale ma non necessariamente tale) che una delle parti effettua o promette di effettuare in favore dell'altra. Ma — come è agevole constatare — un interesse del genere non contiene o quanto meno non esaurisce, in sé e per sé considerato, il profilo della giustificazione causale del programma negoziale. Esso integra uno schema causale indeterminato che in quanto tale ha bisogno di essere specificato e individuato nel suo fondamento sostanziale *per relationem*, mediante il riferimento cioè a una fonte determinativa estrinseca che, dando risalto al più ampio sistema di interessi giuridici nel quale l'atto si inquadra e del quale costituisce strumento, valga a conferire all'interesse negoziale stesso quel grado di finitezza e compiutezza che basti a qualificarlo come idoneo fondamento sostanziale (o ragione giustificativa) dell'attribuzione promessa o effettuata ».

<sup>(56)</sup> SCALISI, *Negozi astratto*, cit., p. 113: « la indeterminatezza dello schema causale non impedisce in tali negozi il ricollegamento all'atto dei suoi effetti tipici e fondamentali. Non potendosi tuttavia escludere *a priori* la oggettiva inesistenza della fonte di determinazione causale o la sua concreta inidoneità a qualificare l'interesse negoziale stesso nel suo fondamento sostanziale, gli effetti giuridici nonostante prodottisi non hanno carattere stabile e duraturo, non sono cioè effetti definitivi come tali non più eliminabili. In quanto tali, quelli a causa indeterminata ma determinabile sono negozi rilevanti e validi, ma ad efficacia eliminabile ».

<sup>(57)</sup> SCALISI, *Negozi astratto*, cit., p. 115 ss., spec. p. 119 (« i negozi con causa indeterminata ma determinabile sono negozi ad efficacia eliminabile, ovverosia con effetti la cui permanenza è subordinata alla esistenza e liceità della fonte di determinazione o qualificazione causale »).

<sup>(58)</sup> SCALISI, *Negozi astratto*, cit., p. 119: « la inesistenza (o inadeguatezza) della fonte di qualificazione causale può dipendere da varie cause. A inesistenza possono dar luogo la nullità (originaria o sopravvenuta) del rapporto o situazione sottostante alla quale il negozio rinvia, il successivo annullamento e la stessa

Quanto sopra dimostra una realtà, la cui importanza verrà colta nel prosieguo dell'indagine, e che è possibile qui per sommi capi anticipare: l'ordinamento giuridico conosce situazioni in cui la causa — o interesse fondamentale programmato — non ha quei requisiti di attualità, compiutezza, definitività, che soli consentono di ricollegare al negozio un'efficacia piena, definitiva ed incondizionata. Sarà possibile individuare, in tipiche situazioni di negozi condizionati, altrettante fattispecie in cui l'interesse causale soffre di indeterminatezza, inattualità o precarietà, ed in cui, quindi, *l'evento condizionante, verificandosi, fungerà da fonte di qualificazione causale dell'interesse negoziale*, concorrendo a renderlo attuale e definitivo, o a determinarlo; ovvero, mancando, priverà concretamente il negozio di questo interesse, e quindi della sua funzione, determinandone la definitiva inefficacia, o inutilità<sup>(59)</sup>. La condizione si pone così tra i rimedi predisposti dall'ordinamento per evitare una frattura tra interesse reale e interesse programmato, e consentire la soddisfazione dell'interesse reale<sup>(60)</sup>.

Rispetto alle fattispecie già segnalate dalla dottrina, la reazione della sussistenza o meno dell'interesse causale sull'efficacia del negozio condizionato non necessita, ovviamente, dell'esperimento dei rimedi della *exceptio* e della *condictio*, ma consegue direttamente ed automaticamente al verificarsi o meno dell'evento cui le parti ricollegano valore accertativo della sussistenza dell'interesse. L'operatività della condizione — rispetto alle fattispecie negoziali sopra esaminate — è di tipo strutturale e non funzionale, trattandosi solo del congegno per l'attribuzione o la privazione automatica

---

inefficacia (sopravvenuta od originaria) di tale rapporto o situazione. Al limite la « inqualificazione » causale dell'interesse negoziale può dipendere da mancanza stessa di un preesistente o coevo rapporto sottostante o di una più ampia operazione o situazione di interessi in cui il negozio si inquadri o di cui costituisca strumento oppure ancora dall'essere tale rapporto o situazione idonei a determinare « causalmente » l'interesse negoziale stesso ».

<sup>(59)</sup> Sul concetto di inutilità, riferito al negozio improduttivo di effetti per il mancare dell'evento condizionante, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 45 ss.

Sull'imprescrittibilità dell'azione diretta a rilevare l'inutilità, o inefficacia definitiva, dell'atto, cfr. Cass. 11 luglio 1981 n. 4507, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 175, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 320 ss.

<sup>(60)</sup> VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 17.

dell'efficacia negoziale. Ciò significa che, ad esempio, il congegno condizionale può ben essere impiegato per gestire in modo automatico e più confacente agli interessi delle parti la produzione degli effetti di una prestazione isolata, esecutiva di un preesistente negozio obbligatorio: al fine, cioè, di eliminare ogni incertezza sugli effetti dell'atto solutorio, le parti possono condizionare sospensivamente tali effetti, ad esempio, all'accertamento negoziale o giudiziale dell'esistenza della *causa solvendi* (ove questa non fosse già evidente e documentabile al momento della stipulazione), assoggettando quindi tale accertamento — evento condizionante — alla pubblicità prevista dalla legge (artt. 2655 e 2668 c.c.).

10. *La dottrina dei motivi del negozio giuridico: superamento dell'ottica volontaristica e riferimento agli interessi perseguiti dalle parti. La partizione del contenuto del negozio tra elementi primari ed elementi secondari. Rapporto tra interesse fondamentale ed interessi secondari realizzati mediante il programma negoziale. Necessità di inquadramento della clausola condizionale nel contenuto del negozio secondo le partizioni sopra individuate.*

Nelle elaborazioni della dottrina tradizionale sul tema della condizione, è classico il riferimento ai motivi del negozio, quali entità cui la condizione consentirebbe di manifestarsi all'esterno, rappresentandone quindi il fondamento della giuridica rilevanza <sup>(61)</sup>, in contrapposizione alle ipotesi normali in cui il motivo, rimanendo confinato nella sfera psichica dell'autore del negozio, sarebbe normalmente irrilevante <sup>(62)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 585: « La condizione può essere considerata come una *specie particolare di motivo rilevante* (arg. 634, che rinvia all'art. 626) della volontà »; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 174-175; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 179 (« I motivi acquistano rilevanza, e influiscono sulla validità e sull'efficacia del negozio, solo penetrando nella struttura negoziale, e vi possono penetrare, diventando una modalità del negozio, nel limite consentito dalla causa »); RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 765 (« attraverso la condizione e l'onere penetrano, nel negozio concreto, i motivi individuali. Questi motivi, senza l'apposizione dell'elemento accidentale, rimarrebbero irrilevanti »). In senso critico, DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, p. 41 ss.

<sup>(62)</sup> Per la irrilevanza dei motivi individuali, intesi come antecedenti della

La dottrina più recente ha, peraltro, messo in discussione il dogma della generale irrilevanza dei motivi: per un verso, questo dogma è stato superato dall'evoluzione del concetto di causa del negozio, che in quanto causa concreta abbraccia anche gli specifici moventi del programma negoziale <sup>(63)</sup>. Per altro aspetto, l'esame della disciplina positiva (errore sui motivi e motivo illecito nel testamento e nella donazione, motivo illecito nei contratti) dimostra che i motivi, in quanto entrano a far parte del contenuto contrattuale, sia pure non espressamente ma attraverso i criteri legali di interpretazione, costituiscono entità giuridicamente rilevanti <sup>(64)</sup>. La dottrina più recente tende a trasporre la rilevanza di queste norme — la cui formulazione letterale appare più il frutto della tradizione che il consapevole portato di un'attenta revisione terminologica dei concetti — dal piano dei motivi soggettivi al piano degli interessi che attraverso il programma negoziale trovano rilevanza <sup>(65)</sup>.

Nell'ambito di un'indagine che ponga attenzione al concreto contenuto del contratto (e del negozio in genere), la diversa rilevanza degli interessi in esso tutelati trova espressione nella partizione delle clausole negoziali in *elementi primari* ed *elementi secondari* del contenuto, in parallelo con la distinzione tra l'interesse fondamentale (causa) e gli interessi secondari realizzati con il programma medesimo <sup>(66)</sup>. La distinzione trova una conferma della

---

formazione del consenso, cfr., di recente, RICCA, *Motivi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 286 ss., il quale evidenzia invece che i motivi esternati e facenti parte del contenuto del negozio si collocano, piuttosto, nell'area della causa (p. 285).

<sup>(63)</sup> MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, cit., p. 333; BESSONE, « *Motivi* » del contratto, dogma della loro irrilevanza e obiter dicta giurisprudenziali, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 92 ss.; Id., *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 218 ss.; FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, cit., p. 142; SCOGNAMIGLIO C., *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 470 ss.; ROPPO, *Contratto*, cit., p. 114-115.

<sup>(64)</sup> BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 230 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *op. ult. cit.*, p. 477 ss.

<sup>(65)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 765-766; SCOGNAMIGLIO C., *op. ult. cit.*, p. 474 ss.

<sup>(66)</sup> CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 192 ss. In particolare, l'Autore precisa (p. 199) che « la valutazione del rilievo, primario o secondario, degli elementi che compongono il contenuto, non consegue ad un diretto raffronto

sua giuridica rilevanza in alcune precise disposizioni del codice. L'art. 1419 c.c., a proposito della nullità parziale, dispone che la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto « se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità ». L'art. 1424 c.c. dispone che il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, ricorrendone i presupposti formali e sostanziali, « qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità ».

Le norme, lungi dal considerare una volontà ipotetica, confidabile su un piano psicologico ed esteriormente non apprezzabile, fanno viceversa riferimento, come riconosciuto dalla prevalente dottrina che ha analizzato il significato di queste disposizioni, alla concreta conformazione degli interessi cui il negozio è volto a dar tutela. In particolare, la norma sulla nullità parziale qualifica come scindibile dal contenuto complessivo del regolamento quella clausola che realizzi solo interessi secondari, tali da non inficiare la consistenza dell'interesse causale fondamentale e da consentire la sopravvivenza del regolamento nonostante l'estrapolazione della specifica clausola <sup>(67)</sup>.

---

tra essi, che porti ad attribuire a taluni elementi un'importanza maggiore rispetto ad altri, bensì alla considerazione degli stessi nel complessivo regolamento contrattuale ». Pertanto (p. 200), « dovendosi tracciare un'unica linea che distingua, appunto, gli elementi principali da quelli secondari, non se ne scorge alcuna più idonea di quella che porti ad annoverare nel primo gruppo, esclusivamente, elementi che risultino indispensabili per la realizzazione del predetto assetto di interessi ». Quindi, tra le determinazioni dei contraenti, « solo alcune, le principali, sono indispensabili perché questo assetto di interessi si attui nelle sue linee fondamentali; le secondarie, invece, sono tali o perché servono a realizzare parti meramente collaterali dell'assetto medesimo, o perché ad esso concorrono solo in forma mediata ». Con specifico riferimento alla clausola condizionale ed ai tradizionali « elementi accidentali » del negozio, l'Autore (p. 209 ss.) evidenzia l'esigenza di verificare l'importanza che agli elementi medesimi può riconoscersi per la realizzazione dell'assetto di interessi cui i contraenti mirano, « e riguarda pertanto il problema della loro classificazione come elementi primari del contenuto » (p. 217).

<sup>(67)</sup> CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 205 ss.: l'Autore, a proposito della volontà ipotetica richiamata dall'art. 1419, precisa che « L'interprete non è qui chiamato ad accertare una realtà psicologica... il richiamo alla volontà (ipotetica) dei contraenti, se non gli si vuole attribuire il significato di una mera finzione inadatta a spiegare alcunché, sta, in sostanza, ad indicare il punto di



A questo punto dell'indagine, l'analisi dogmatica e la ricognizione delle norme di diritto positivo deve lasciar posto ad una ricognizione fenomenologica sufficientemente esauriente, che individui i possibili interessi oggetto della clausola condizionale, evidenziandone, in linea di prima approssimazione e salvo successivi approfondimenti, la secondarietà o, viceversa, l'essenzialità nell'economia del programma negoziale cui la stessa clausola accede, al fine di classificare la stessa condizione come elemento primario o secondario del contenuto contrattuale. All'esito di tale indagine, sarà possibile valutare con miglior cognizione di causa le norme positive che coinvolgono la problematica della scindibilità o meno della clausola condizionale dal contesto del programma di cui fa parte, evitando quindi soluzioni aprioristiche, come quelle che generalmente vengono proposte allorché si afferma, *sic et simpliciter*, l'inscindibilità della condizione come necessario riflesso del fatto che le parti hanno inteso — subordinando l'efficacia al verificarsi dell'evento — escludere l'operatività del negozio in assenza dell'evento medesimo.

---

vista dal quale va considerata l'importanza dell'elemento colpito da nullità: che è quello rappresentato dai contraenti, nel quadro concreto degli interessi in conflitto. D'altro lato, l'espressione adoperata nella norma vale anche a designare il grado d'importanza che all'elemento in questione va riconosciuto nell'ambito della complessa regolamentazione dettata dal contratto. Si deve trattare di un'importanza decisiva (« i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte »), che è dato ravvisare solo allorquando l'elemento risulti indispensabile per il conseguimento dell'assetto di interessi in concreto perseguito col contratto: in altre parole, quando possa essere qualificato come principale ai sensi della classificazione prima proposta ». Stesso criterio viene applicato per l'interpretazione dell'art. 1424 c.c.: « Pure per ammettere la conversione del contratto nullo, si dovrà dunque far capo alla concreta regolamentazione dettata dalle parti; distinguendo in essa quanto v'è di principale e quanto di secondario, e facendo applicazione dell'art. 1424 solo quando il diverso contratto appaia in grado di realizzare detta regolamentazione nei suoi aspetti essenziali ».

Nello stesso senso, TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, cit., p. 902 (il quale, con riferimento all'art. 1419, distingue tra clausole principali ed accessorie, evidenziando che « dalle clausole principali emerge l'interesse fondamentale programmato dalle parti e rispetto al quale si chiede la garanzia della sua realizzazione: dalle clausole accessorie emergono interessi ulteriori e coordinati a quelli fondamentali »); ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686 ss.; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, I, p. 147 ss.

CAPITOLO III

GLI INTERESSI TUTELATI  
DAL MECCANISMO CONDIZIONALE

SOMMARIO: 11. La teoria dei due piani di interesse: necessità di una verifica fenomenologica delle situazioni di interesse effettivamente tutelate con il congegno condizionale. — 12. Ipotesi in cui è sottoposta a condizione solo una clausola del negozio, scindibile dal complessivo regolamento e posta a tutela di interessi secondari delle parti. — 13. Ipotesi in cui la condizione sospensiva serve per rinviare la produzione degli effetti a fronte di un interesse programmato non ancora attuale e definitivo. Parallelismo con le ipotesi in cui la condizione risolutiva serve per realizzare in via provvisoria un interesse programmato con connotati di precarietà e non definitività. — 14. Ipotesi in cui l'evento condizionante realizza o concorre a realizzare l'interesse fondamentale programmato dalle parti. — 15. Ipotesi in cui la condizione tutela un interesse esterno ed ulteriore, ma compatibile con l'interesse fondamentale programmato dalle parti. — 16. Ipotesi in cui l'interesse ulteriore tutelato tramite la condizione reagisce sull'interesse tipico negoziale, si dà luogo, in concreto, ad un interesse nuovo e diverso e ad un nuovo tipo negoziale. — 17. Ipotesi di promesse condizionate ad una prestazione, in cui la prestazione dedotta in condizione è determinante ai fini della qualificazione causale del negozio. — 18. La *condicio iuris*: tutela di interessi esterni al programma negoziale (di carattere generale, o facenti capo a terzi estranei al negozio), incompatibili con l'immediata e piena efficacia del negozio. — 19. Rilevanza causale degli interessi tutelati in alcune fattispecie di condizione legalmente tipizzate. — 20. (*Segue*): la vendita con riserva di proprietà. — 21. (*Segue*): la vendita con patto di riscatto. — 22. Conclusioni: inesistenza di un paradigma unico e generale di interessi tutelati tramite la condizione. Rilevanza delle specifiche situazioni di interesse per la valutazione di essenzialità o meno della clausola condizionale nell'ambito del programma negoziale. Applicabilità del giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, 2° co., c.c.*, con riferimento agli interessi realizzati tramite il meccanismo condizionale.

11. *La teoria dei due piani di interesse: necessità di una verifica fenomenologica delle situazioni di interesse effettivamente tutelate con il congegno condizionale.*

Come sopra evidenziato, il merito di avere trasposto il problema della condizione « dall'ordine dei concetti all'ordine degli

interessi »<sup>(1)</sup> va attribuito a Falzea, nella cui monografia del 1941, oltre che — per alcune puntualizzazioni — nel successivo saggio del 1988, sono rinvenibili preziosi spunti e importanti indicazioni in merito. Si rileva, innanzitutto, la ricorrenza di un *interesse tipico e costante in tutti i negozi condizionati*: « in primo luogo che il negozio venga riconosciuto dal diritto al momento della conclusione anziché al momento in cui si verifica la condizione; in secondo luogo che sin da quando l'atto viene posto in essere le sorti di esso siano sottratte al mero arbitrio di uno dei contraenti e rimesse ad un determinato evento; infine che solo il fatto posto come condizione, nelle modalità prefissate nei patti negoziali, abbia la possibilità giuridica di determinare l'attuazione del regolamento programmato »<sup>(2)</sup>.

In ogni negozio condizionato, dunque, vi è l'interesse al sorgere immediato del vincolo, in una con l'interesse alla subordinazione degli effetti all'evento futuro ed incerto. Il problema nasce quando si cerca di individuare l'*interesse specifico* alla subordinazione, che è identificato da Falzea in un *piano di interessi esterno* a quello proprio dell'atto: questo c.d. interesse esterno non sarebbe, peraltro, che il medesimo interesse interno, visto in negativo<sup>(3)</sup>: a fronte dell'interesse interno, identificato dalla causa del negozio, i soggetti del negozio predisporrebbero un *controprogramma* di contenuto opposto a quello del programma negoziale<sup>(4)</sup>.

Senonché, questa teoria del duplice piano di interessi è stata oggetto di una critica che, ad un attento esame, sembra fondata: non si vede, effettivamente, in cosa possa individuarsi l'essenza di tale controprogramma, ove si ponga mente al fatto che, se qualificato come negozio, sarebbe sprovvisto di qualsiasi effetto giuridico (a meno di ravvisarne l'effetto nel... mancato prodursi degli effetti del primo negozio)<sup>(5)</sup>. D'altra parte, non qualificandolo come

---

(1) La formula citata si trova in FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 10.

(2) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 205.

(3) FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

(4) FALZEA, *op. e loc. ult. cit.*

(5) Per questa critica al concetto di « controprogramma », cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 173 ss. L'Autore evidenzia (p. 174, e nota 84) come, nella monografia di Falzea del 1941, anziché di contrapposizione tra due programmi si parlava, più correttamente di coesistenza tra « il regolamento di un piano di interessi interno » e « la valutazione di un piano di interessi esterno », e

negozio, il « controprogramma » rimarrebbe un *quid* di evanescente e non altrimenti definibile.

Si è quindi ritenuto che, in realtà, nelle ipotesi di negozio condizionato non vi sarebbe un interesse esterno ed ulteriore rispetto a quello programmato con il negozio, bensì vi sarebbe, più semplicemente, un difetto di attualità, o una precarietà, dello stesso interesse interno negoziale <sup>(6)</sup>. La critica che è stata opposta, in prima battuta, a questa concezione non appare condivisibile: si è detto che la rilevanza giuridica, attribuita al negozio condizionato, essendo in funzione dell'efficacia negoziale, postulerebbe l'identità tra interesse tutelato in via definitiva e interesse tutelato in via prodromica, identità non ravvisabile in difetto di attualità dell'interesse negoziale, in quanto un interesse non attuale sarebbe, per definizione, un interesse inesistente, né sarebbe possibile tutelare con l'aspettativa condizionale un diverso interesse « al contratto » <sup>(7)</sup>. Queste affermazioni, non tengono conto del fatto che le parti possono ben programmare la realizzazione di un interesse, pur ricorrendo attualmente delle circostanze impeditive della sua realizzazione; del resto, lo stesso autore della critica, in altra sede, ha riconosciuto che anche un interesse privo di determinatezza, fini-

---

che probabilmente esigenze di simmetria costruttiva hanno condotto il Falzea all'elaborazione della suddetta nozione di « controprogramma ». Secondo Amadio, invece, nel negozio condizionato coesistono « la programmazione di un determinato assetto di interessi e la valutazione di circostanze (che potranno anche definirsi, se si vuole, controinteressi) incidenti su quell'assetto », fermo restando che « il programma che i contraenti predispongono è unico, come unico è l'assetto d'interessi avuto di mira ».

<sup>(6)</sup> VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 88 ss. (secondo il quale il richiamo dell'evento condizionante con la clausola condizionale « ha la esclusiva funzione di indicare la situazione del mondo fenomenico (futura ed incerta) al cui verificarsi l'autore dell'atto subordina la valutazione in termini di *attualità* dell'interesse programmato »). Anche secondo LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 115-116, le parti del negozio condizionale, « anziché programmare indiscriminatamente un certo assetto di interessi, preferiscono attendere l'acquisizione di un ulteriore dato con riferimento al quale selezionano l'effetto medesimo... si costruisce un programma negoziale selezionando gli interessi tipicamente considerati, non introducendo di nuovi ma alterando la valutazione che di essi ha fatto l'ordinamento ».

<sup>(7)</sup> SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 519, nota 175.

tezza e compiutezza possa essere tutelato, addirittura, mediante la produzione degli effetti definitivi <sup>(8)</sup>.

La realtà sembra, invero, più articolata da quanto possa desumersi da affermazioni di principio in ordine alla natura degli interessi coinvolti. Basti accennare, per il momento, al fatto che, oltre a situazioni di interesse inattuali o precarie che possono sicuramente trovare tutela tramite il congegno della condizione volontaria, esistono sicuramente situazioni di interesse ulteriori ed esterne rispetto all'interesse negoziale, che ottengono la propria tutela mediante la c.d. *condicio iuris*. L'ipotesi di lavoro — da verificare — è che la condizione possa tutelare sia l'esigenza di subordinare la realizzazione dell'interesse interno negoziale alla sua sopravvenuta attualità, sia quella di garantire la realizzazione di interessi esterni, siano questi o meno compatibili con l'interesse interno predetto, sia, infine, quella di concorrere alla realizzazione dello stesso interesse interno negoziale <sup>(9)</sup>. La soluzione del pro-

---

<sup>(8)</sup> SCALISI, *Negozio astratto*, cit., p. 118: « da un punto di vista strettamente logico-giuridico nulla osta a che anche un interesse — il quale ancora non indichi in forma definitiva e compiuta il proprio fondamento sostanziale e la propria ragione giustificativa — sia tuttavia ammesso alla garanzia giuridica non solo della propria conservazione ma anche della propria realizzazione ». La fattispecie qui presa in considerazione dall'Autore è quella dei negozi con causa indeterminata ma determinabile: si tratta, peraltro, di argomentazioni estensibili anche alla diversa fattispecie del negozio condizionato ad un evento che accerti la sopravvenuta attualità dell'interesse negoziale, ove si consideri che, anche nel primo caso, l'interesse, al momento della programmazione negoziale, può di fatto non sussistere nella realtà, pur essendo reputato sussistente dalle parti del negozio.

Nell'ordine di idee accennato, cfr. già RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 151: « l'interesse tutelato con gli effetti preliminari è diverso dall'interesse che sarà tutelato con gli effetti definitivi, e consiste nell'interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi ».

<sup>(9)</sup> Significative anticipazioni in questo senso si rinvencono nel contributo di AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 143 ss., al quale va riconosciuto il merito di aver affrontato per primo, in chiave organica e con corretto criterio metodologico, il problema dell'identificazione degli interessi sottostanti al congegno condizionale. L'Autore, tuttavia (p. 149, e p. 303 ss.), continua a contrapporre un'utilizzazione « tipica » del congegno condizionale (rispondente al concetto classico di condizione, che si connota per l'accidentalità in senso precettivo, suscettibile della prova di resistenza), ad un suo impiego « atipico » (sostanzialmente riscontrabile ogni qualvolta la regola negoziale non sia « in grado di svolgersi giuridicamente in forma non condizionale »), con ciò implicitamente ammettendo che, nella seconda ipotesi, vi sarebbe un impiego anomalo dell'isti-

blema deve essere quindi rimandata ad una fase successiva dell'indagine, allorché sarà stata effettuata una soddisfacente ricognizione delle effettive e concrete situazioni di interesse rinvenibili nella realtà dei negozi condizionati.

12. *Ipotesi in cui è sottoposta a condizione solo una clausola del negozio, scindibile dal complessivo regolamento e posta a tutela di interessi secondari delle parti.*

Una prima ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui sottoposto a condizione non sia l'intero negozio, bensì un singolo patto o clausola <sup>(10)</sup> dello stesso, non avente rilievo essenziale nell'ambito del programma, qualificabile come elemento secondario del contenuto negoziale <sup>(11)</sup>. Si possono indicare, a titolo esemplificativo, la condizione apposta ad un patto di recesso <sup>(12)</sup>, ovvero alla clausola che stabilisce particolari modalità di consegna del bene venduto, o al patto che prevede obblighi accessori in capo al venditore; è anche possibile che la clausola condizionata sia, a sua volta, una condizione.

In queste situazioni, l'interesse tutelato dalla condizione non può evidentemente travalicare l'importanza dell'interesse che la singola clausola condizionata tutela: la secondarietà, e scindibilità della clausola dal contenuto negoziale comporta evidentemente l'ininfluenza della condizione che a tale clausola accede sulla causa del negozio. Si è affermato, sotto tale profilo, che « le parti, sottoponendo a condizione soltanto determinati elementi del contenuto negoziale, intendano porre in forse *unicamente* tali elementi, e non l'intero contratto »: se ne è dedotto che, « al contrario della invalidità parziale *ex art.* 1419 o di quella che colpisce il vincolo di una sola parte contraente nei contratti plurilaterali *ex art.* 1420, dovrà

---

tuto, pur senza chiarire con quali conseguenze di disciplina. La presente indagine, viceversa, dimostrerà l'assoluta « neutralità » del meccanismo condizionale — e quindi della relativa disciplina — rispetto agli interessi in gioco ed alla influenza di tali interessi sul profilo causale dell'atto.

<sup>(10)</sup> Sul concetto di clausola cfr. soprattutto, in giurisprudenza, Cass. S.U. 16 ottobre 1958 n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 311 ss., con nota di FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*. In dottrina, cfr. per tutti GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184 ss.

<sup>(11)</sup> Sul condizionamento parziale del negozio, cfr. *infra*, paragrafo 33.

<sup>(12)</sup> Cass. 19 maggio 1979 n. 2873, in *Giust. civ.*, Mass. 1979.

senz'altro presumersi che l'inefficacia definitiva o la risoluzione, determinate, rispettivamente, dal mancato avveramento o dall'avveramento della condizione in oggetto, riguarderà il solo elemento del contenuto negoziale cui è apposta la clausola condizionale, senza che venga travolto l'intero contratto » (13). L'opinione va condivisa relativamente alle conseguenze dell'avveramento o del mancato avveramento; ovviamente, in caso di invalidità della clausola condizionale occorrerà verificare, in primo luogo, se questa si trasmetta all'intero patto condizionato o meno, sulla base dei principi già enucleati; in caso affermativo, occorrerà verificare se dall'invalidità del patto possa conseguire l'invalidità dell'intero negozio, ed a tal uopo il richiamo all'art. 1419 c.c., effettuato nell'art. 1354, 3° comma, c.c., è indicativo del tipo di procedimento da seguire.

Laddove, ovviamente, la singola prestazione condizionata sia essenziale nell'economia del negozio, le vicende della stessa coinvolgeranno, necessariamente, l'intero negozio, o determinandone, direttamente, l'invalidità, ovvero snaturando — attraverso l'invalidità della singola prestazione — la stessa causa negoziale. Con particolare riferimento al negozio plurilaterale, l'avveramento o il mancato avveramento della condizione può poi determinare l'estromissione dal rapporto di una delle parti, incidendo quindi anche sull'assetto soggettivo del programma negoziale (14).

13. *Ipotesi in cui la condizione sospensiva serve per rinviare la produzione degli effetti a fronte di un interesse programmato non ancora attuale e definitivo. Parallelismo con le ipotesi in cui la condizione risolutiva serve per realizzare in via provvisoria un interesse programmato con connotati di precarietà e non definitività.*

Nell'ambito della fenomenologia degli interessi tutelati mediante la condizione, occupano un posto di rilievo le ipotesi in cui l'interesse fondamentale programmato (causa del negozio) è suscettibile, nella considerazione delle parti, di acquisire attualità e definitività solo in corrispondenza del verificarsi di un dato evento,

---

(13) MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 289.

(14) COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 135.

assunto dalle stesse quale condizione del negozio. In questi casi, come è stato incisivamente rilevato, « il ricorso alla condizione mira in sintesi ad assicurare la coincidenza tra effettività (esistenza/definitività) degli interessi e operatività (produzione/consolidamento) degli effetti predisposti »<sup>(15)</sup>; in altri termini, in questi casi funzione della condizione è « quella di consentire alle parti di vincolarsi anticipatamente (rispetto al momento in cui risulterà che i loro scopi ulteriori potranno o non potranno raggiungerli) »<sup>(16)</sup>.

È possibile enumerare una serie nutrita di ipotesi — catalogabili in questa categoria — già illustrate dalla dottrina<sup>(17)</sup> o esaminate dalla giurisprudenza, e della cui ammissibilità, sotto il profilo assiologico e funzionale, nessuno dubita. A titolo esemplificativo, basti considerare:

— l'acquisto di casa di abitazione, condizionata al trasferimento dell'acquirente nella città in cui si trova l'abitazione; l'acquisto di terreno agricolo da parte di imprenditore edile, condizionato alla modifica del piano regolatore ed alla sopravvenuta edificabilità del terreno stesso<sup>(18)</sup>, ovvero all'accertamento dell'inesistenza di vincoli di piano regolatore<sup>(19)</sup>; la costituzione di una società condizionata alla stipulazione di un contratto di affitto dei locali in cui esercitare l'attività sociale<sup>(20)</sup>; la compravendita di un terreno, condizionata all'approvazione di un dato piano di lottizzazione<sup>(21)</sup>, o al rilascio di una concessione edilizia<sup>(22)</sup>,

(15) AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 183.

(16) CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 264.

(17) Per un'elencazione casistica, v. soprattutto TRIMARCHI P., *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 812 ss.; AMADIO, *La condizione di adempimento*, cit., p. 151 ss.; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 76 ss.

(18) Cass. 17 marzo 1978 n. 1355, in *Giust. civ.*, Mass. 1978, 560. Sugli acquisti di terreni non edificabili, condizionati alla sopravvenuta edificabilità, v., per quanto riguarda il profilo civilistico, PETRELLI, *Regime fiscale degli atti di compravendita di terreni sottoposti alla condizione sospensiva della sopravvenuta edificabilità*, in *Riv. not.*, 1995, pp. 1243-1251.

(19) Cass. 8 luglio 1968 n. 2335, in *Mass. Giust. civ.*, 1968, p. 1205.

(20) CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 271.

(21) Cass. 20 aprile 1979 nn. 2223, 2224, 2225 e 2226, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 243 ss., e 222 ss.; Cass. 19 maggio 1992 n. 5975, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 390 ss.

(22) Si tratta di una delle fattispecie condizionali più frequentemente poste



ovvero alla concessione di una derivazione d'acqua <sup>(23)</sup>; il contratto condizionato al rilascio della licenza di abitabilità del fabbricato che ne è oggetto <sup>(24)</sup>; la compravendita condizionata all'ottenimento di un mutuo bancario necessario per il pagamento del prezzo <sup>(25)</sup>; la compravendita di azienda, condizionata all'assenso del proprietario dell'immobile in cui l'attività di impresa deve essere esercitata <sup>(26)</sup>; la donazione con riserva di usufrutto per sé e, dopo di sé, a persona determinata, in cui è individuabile una donazione di usufrutto al terzo sospensivamente condizionata alla preminenza del donante (art. 796 c.c.) <sup>(27)</sup>; la costituzione di un consorzio di ricomposizione fondiaria, condizionata all'accertamento della idoneità di determinati terreni ad un certo tipo di sfruttamento <sup>(28)</sup>; la locazione di un balcone per un giorno determinato, a condizione che in quella data si svolga una determinata manifestazione nella piazza sottostante <sup>(29)</sup>; l'acquisto di un magazzino per deposito

---

all'attenzione della giurisprudenza. Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 24 aprile 1974 n. 1183, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 307 ss.; Cass. 17 novembre 1977 n. 5028, in *Riv. not.*, 1978, p. 1084, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 115 ss.; Cass. 8 gennaio 1979 n. 86, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 137-138; Cass. 17 settembre 1980 n. 5291, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 226 ss.; Cass. 24 febbraio 1986 n. 1113, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 140 ss.; Cass. 6 giugno 1989 n. 2747, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 260 ss.; Cass. 24 giugno 1993 n. 7007, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 901 ss., ed in *Riv. not.*, 1994, p. 1112 ss.

<sup>(23)</sup> Cass. 5 agosto 1947 n. 1448, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, p. 102, con nota di MAZZA, *In tema di negozio giuridico condizionato*.

<sup>(24)</sup> Cass. 7 giugno 1974 n. 1713, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 477; Cass. 8 giugno 1983 n. 3936, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 281 ss.; Cass. 20 dicembre 1989 n. 5757, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 346 ss.

<sup>(25)</sup> Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 238 ss.; Cass. 18 novembre 1996 n. 10074, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, p. 710; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 127.

<sup>(26)</sup> Cass. 5 febbraio 1968 n. 381, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 99 ss.; Cass. 20 luglio 1971 n. 2335, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 217 ss.; App. Milano 20 giugno 1980, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 237 ss.

<sup>(27)</sup> TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, p. 227 ss.; PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Pietro Rescigno, Padova, 1994, p. 203.

<sup>(28)</sup> CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 271.

<sup>(29)</sup> Sulla fattispecie, classico esempio di presupposizione noto come *coronation case*, v. SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 180, nota 82.

cereali *si navis ex Asia venerit* <sup>(30)</sup>; l'acquisto di mobili o macchinari condizionato all'acquisto o alla costruzione del fabbricato in cui ubicarli <sup>(31)</sup>; il contratto d'opera professionale « in abbonamento », in cui l'assistenza professionale forense è condizionata, con riferimento ad ogni singola controversia, al giudizio del professionista circa la procedibilità e difendibilità della causa <sup>(32)</sup>; il contratto di subappalto, in cui il pagamento del corrispettivo al subappaltatore viene condizionato al previo pagamento del corrispettivo del contratto di appalto <sup>(33)</sup>; il mandato a vendere, nel quale l'obbligazione di compenso al mandatario è condizionata alla vendita entro un dato termine e ad un dato prezzo <sup>(34)</sup>; la donazione condizionata ad un dato incremento patrimoniale nella sfera giuridica del donante, tale da renderne accettabile l'impoverimento; l'assunzione di una obbligazione, condizionata alla riscossione da parte della parte debitrice di crediti dalla stessa vantati <sup>(35)</sup>; la donazione di una rendita, condizionata al fatto che il donatario sia inabile al lavoro e quindi sprovvisto di mezzi di sussistenza; il contratto di appalto condizionato all'esecuzione con professionalità ed a regola d'arte di un ulteriore contratto di appalto; la compravendita di materiali edili, condizionata alla stipula da parte dell'acquirente appaltatore di un contratto di appalto per la costruzione di un edificio; il contratto d'opera condizionato al verificarsi di un evento che determini la cessazione dell'attività lavorativa attualmente svolta dal prestatore d'opera; il contratto di sponsorizzazione condizionato alla vittoria in campionato da parte di una squadra di calcio; il versamento di titolo di credito sul conto corrente bancario, sospensivamente condizionato alla riscossione della somma con la clausola « salvo incasso » <sup>(36)</sup>; la compravendita di abitazione risolutiva-

---

<sup>(30)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

<sup>(31)</sup> Cass. 8 marzo 1974 n. 624, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 134 ss.; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 18-19.

<sup>(32)</sup> Cass. 19 luglio 1954 n. 2570, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1682; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 71 ss.

<sup>(33)</sup> PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 83, nota 51.

<sup>(34)</sup> Cass. 13 luglio 1984 n. 4118, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 228 ss.

<sup>(35)</sup> Cass. 7 marzo 1983 n. 1680, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 250 ss.

<sup>(36)</sup> Cass. 30 luglio 1984 n. 4552, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratti*

mente condizionata al fatto che entrambi o uno solo dei due venditori non vengano accettati in una casa di ricovero per anziani <sup>(37)</sup>; la vendita di abitazione condizionata alla mancata vendita di altro appartamento da parte dei medesimi venditori, che devono soddisfare le proprie esigenze abitative; la vendita condizionata all'acquisto da parte del venditore di altro bene che consenta al venditore di impiegare il denaro ricevuto <sup>(38)</sup>; l'acquisto condizionato alla definizione in senso positivo di una lite in corso riguardante il diritto oggetto del contratto <sup>(39)</sup>; la vendita di una parte di un fondo condizionata alla stipula, da parte del venditore, di altro contratto di vendita avente ad oggetto la residua parte del medesimo fondo <sup>(40)</sup>; la vendita condizionata al mancato esercizio di un diritto di prelazione spettante ad un terzo, avente ad oggetto il bene venduto, entro un dato termine <sup>(41)</sup>; la vendita di azioni condizionata al gradimento da parte del consiglio di amministrazione della società <sup>(42)</sup>; l'acquisto condizionato al rilascio dell'immobile compravenduto da parte dell'attuale conduttore entro un dato termine; la vendita di legname, condizionata al rilascio di autorizzazione amministrativa per il taglio di un bosco <sup>(43)</sup>; la vendita di terreno,

---

*bancari*, n. 35, ed in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1986, II, p. 29; Cass. 13 maggio 1991 n. 5325, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratti bancari*, n. 64, ed in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, p. 273; Cass. 28 gennaio 1994 n. 866, in *Fallimento*, 1994, p. 699.

<sup>(37)</sup> Cass. 5 gennaio 1993 n. 63, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2141 ss., con nota di BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*.

<sup>(38)</sup> App. Palermo 21 gennaio 1957, in *Giur. sic.*, 1958, p. 452.

<sup>(39)</sup> Cass. 15 marzo 1980 n. 1751, in *Riv. not.*, 1980, p. 837.

<sup>(40)</sup> Trib. Reggio Calabria 13 marzo 1957, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1438.

<sup>(41)</sup> DE TILLA, *Sul contratto preliminare di vendita e la condizione sospensiva del mancato esercizio della prelazione*, in *Rass. equo canone*, 1992, p. 189 ss.; Cass. 19 maggio 1979 n. 2873, in *Giust. civ.*, Mass. 1979; Cass. 26 giugno 1980 n. 4017, in *Giur. agr.*, 1982, p. 166, con nota di TRIOLA; Cass. 15 febbraio 1982 n. 934, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 121 ss.; Cass. 25 gennaio 1991 n. 751, in *Vita not.*, 1991, p. 507; Cass. 17 luglio 1991 n. 7948, in *Vita not.*, 1992, p. 156; Cass. 2 dicembre 1996 n. 10714, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Agricoltura*, n. 133, ed in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1998, p. 159 ss., con nota di COLETTA.

<sup>(42)</sup> Trib. Biella 16 giugno 1981, in *Foro pad.*, 1981, I, c. 154, ed in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 774; GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 1321, nota 67.

<sup>(43)</sup> Cass. 5 agosto 1948 n. 1349, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, p. 227, con nota di GASPARRI; Cass. 14 luglio 1956 n. 2666, in *Foro it.*, 1957, I, c. 423; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 260.

condizionata risolutivamente al completamento di un procedimento espropriativo in corso; l'assegnazione o vendita di un immobile, condizionata al fatto che il Comune sposti il tracciato di una strada in costruzione <sup>(44)</sup>; l'acquisto di immobile, condizionato all'ottenimento di servitù attiva di passaggio a carico di fondo limitrofo entro un dato termine; la vendita di merci, condizionata all'ottenimento, da parte del venditore, della fornitura entro un dato termine; l'acquisto di immobile, condizionato all'accertamento della proprietà e libertà dell'immobile da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli <sup>(45)</sup>; l'acquisto condizionato all'accertamento da parte dell'acquirente o di un terzo di determinate qualità nel bene oggetto del contratto; il contratto preliminare di compravendita sospensivamente condizionato all'acquisto, da parte del promittente venditore, del bene promesso prima del termine fissato per la stipula del definitivo; il contratto preliminare di compravendita condizionato alla liberazione dell'immobile dalle ipoteche gravanti sullo stesso entro un dato termine; il contratto condizionato all'avvento di una nuova disciplina legislativa che comporti l'abolizione di un divieto vigente al momento della stipulazione (sopravvenuta possibilità giuridica dell'oggetto), o che determini la possibilità del conseguimento di un dato risultato <sup>(46)</sup>; la vendita condizionata all'ottenimento di una garanzia per il pagamento del prezzo da parte di un terzo; la convenzione matrimoniale, stipulata prima del matrimonio e sospensivamente condizionata alla celebrazione del matrimonio tra i contraenti.

---

<sup>(44)</sup> Cass. 12 dicembre 1962 n. 3331, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1783, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 285 ss.; Cass. 9 maggio 1969 n. 1591, in *Foro it.*, Rep. 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 210, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 304 ss.; Cass. 4 marzo 1977 n. 883, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 431 ss.

<sup>(45)</sup> In più occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi sulla liceità della clausola — diversa da quella in esame, che in quanto avente ad oggetto un accertamento riguarda un fatto futuro ed incerto — che subordina l'efficacia del contratto alla dimostrazione della titolarità del diritto di proprietà in capo all'alienante, inquadrando la clausola medesima tra le c.d. condizioni improprie. In tal senso, Cass. 20 aprile 1937 n. 1206, in *Foro it.*, Rep. 1937, voce *Vendita*, n. 307; Cass. 22 novembre 1974 n. 3783, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 18-19; Cass. 6 giugno 1981 n. 3676, in *Giust. civ.*, Rep. 1981, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 65.

<sup>(46)</sup> Cass. 23 maggio 1969 n. 1829, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2542; Cass. 1 dicembre 1972 n. 3477, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1557.

La maggior parte delle ipotesi enumerate sono caratterizzate dalla unilateralità della condizione, e quindi dalla unilateralità dell'interesse tutelato mediante la condizione medesima. Questo interesse unilaterale, tuttavia, viene assunto dalle parti, tramite la clausola condizionale, quale parte integrante dell'interesse negoziale programmato in comune, sì da costituirne parte integrante: nell'esempio di acquisto di abitazione condizionato al trasferimento per motivi di lavoro nel luogo ove l'abitazione si trova, l'interesse tipico negoziale è quello di trasferire un immobile verso il corrispettivo di un prezzo; l'interesse unilaterale dell'acquirente è quello a non comprare un immobile che, in difetto di trasferimento, non avrebbe utilità per l'acquirente. A seguito dell'accordo tra le parti, si verifica la commistione e compenetrazione dei due interessi, quello tipico e quello specifico dell'acquirente: l'interesse programmato con il contratto, considerato dal punto di vista di entrambi i contraenti, è quello di trasferire la proprietà verso il corrispettivo di un prezzo subordinatamente alla convenienza dell'acquirente, ravvisabile solo in caso di suo trasferimento (e quindi non ancora attuale al momento della conclusione del contratto). Del resto, il fenomeno caratterizzato dall'assunzione dell'interesse di uno solo dei contraenti a causa del contratto non è nuovo: basti pensare all'ipotesi della donazione, incentrata, sotto il profilo causale, sull'interesse del donante (lo « spirito di liberalità » *ex art. 769 c.c.*), come correntemente riconosce la dottrina prevalente <sup>(47)</sup>.

L'interesse composto così ottenuto può definirsi *non attuale*, allorché le parti ritengono di rinviarne la realizzazione, sottoponendo il negozio a condizione sospensiva <sup>(48)</sup>; si atteggia, viceversa, come *attuale ma precario* allorché si dà luogo all'immediata produzione degli effetti, prevedendosene però la risoluzione al verificarsi dell'evento condizionante.

---

<sup>(47)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 180; CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 259 ss.

<sup>(48)</sup> La non attualità, o eventualità dell'interesse deve essere, ovviamente, rapportata alla realizzazione finale del programma negoziale; sotto altro profilo, si è evidenziato che, anche nel negozio condizionale, ricorre comunque e sempre la garanzia di interessi attuali (alla cui tutela è preposto già immediatamente il vincolo negoziale): « colui che compra una casa in una data città sotto condizione di venirvi trasferito è protetto nel suo interesse attuale a conservare integra la possibilità del futuro acquisto » (GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 172).

La variante di condizione in esame è neutra sotto il profilo della riconduzione tipologica del contratto allo schema normativo, e quindi ai fini della disciplina applicabile <sup>(49)</sup>. Quanto alla causa concreta, la condizione ne determina in effetti il diverso atteggiarsi rispetto alla funzione tipica, nella misura in cui comporta l'assunzione nel regolamento negoziale di un interesse (di una o più parti) a posticipare o rendere precaria l'efficacia <sup>(50)</sup>.

La compenetrazione dei due interessi in un unico interesse composto individuabile come causa concreta del contratto non elimina comunque l'autonomia, a determinati fini, dei due interessi: il venir meno, nell'esempio suesposto, dello specifico interesse dell'acquirente al condizionamento può comportare, come si vedrà a proposito della condizione unilaterale, la sopravvivenza del negozio in forma pura e non condizionata a seguito di revoca della clausola condizionale.

In ogni caso, emerge chiaramente, nelle fattispecie considerate, l'assoluta inesistenza nella clausola condizionale di « interessi esterni » al negozio (estranei, come tali, alla causa dello stesso in quanto funzione concreta e interesse fondamentale programmato con il concreto negozio). Qui, viceversa, l'evento condizionante funge da *fonte di qualificazione causale dell'interesse negoziale* <sup>(51)</sup>, accertando la situazione di fatto propizia all'attuazione dell'interesse fondamentale programmato dalle parti, e contemporaneamente, quindi, l'attualità e definitività di tale interesse.

---

<sup>(49)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 222.

<sup>(50)</sup> Non appare quindi del tutto esatta l'affermazione di AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 222, secondo la quale la condizione agisce in questi casi « senza peraltro modificare il contenuto degli interessi o la struttura regolamentare dell'atto ». Si può più correttamente affermare che il contenuto degli interessi è certamente influenzato dalla condizione, per il solo fatto di far spazio alla non definitività dell'interesse al contratto. Comprare solo se il terreno diviene edificabile non equivale a comprare *tout court* sotto il profilo causale: in questo senso le figure di condizione in esame possono essere utilmente accostate alla tematica della base negoziale, o della presupposizione, con riferimento alle quali la dottrina ha evidenziato una sicura rilevanza di tipo causale (cfr. sul punto lo stesso AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 207 ss.). Non viene invece modificata la struttura regolamentare dell'atto sotto il profilo del contenuto del programma di interessi, influenzando la condizione, come sappiamo, solo sulle modalità di attuazione del programma stesso.

<sup>(51)</sup> Sulla categoria delle fonti di qualificazione causale, cfr. *supra*, paragrafo 9.

14. *Ipotesi in cui l'evento condizionante realizza o concorre a realizzare l'interesse fondamentale programmato dalle parti.*

L'analisi deve ora spostarsi su un'altra categoria di fattispecie condizionali, caratterizzate da una particolarità: in esse, oltre ad esservi un difetto di attualità (trattandosi di condizione sospensiva) o una precarietà (trattandosi di condizione risolutiva) dell'interesse negoziale in assenza dell'evento condizionante, è possibile ravvisare in quest'ultimo l'idoneità non solo ad attualizzare e consolidare, ma anche e soprattutto a realizzare, o concorrere a realizzare, l'interesse negoziale medesimo.

Il concorso alla realizzazione dell'interesse negoziale può essere di vario tipo. È utile, a tal uopo, passare brevemente in rassegna alcune tipologie di condizione che presentano le suddette caratteristiche.

a) In un primo gruppo di ipotesi la condizione svolge, essenzialmente, una *funzione di garanzia* dell'attuazione dell'assetto di interessi programmato, apprestando, per il caso di inadempimento, una tutela più incisiva per il contraente adempiente. Si possono individuare, esemplificando, i casi della compravendita interamente condizionata al pagamento del prezzo da parte del compratore; della compravendita in cui il solo trasferimento della proprietà del bene venduto è condizionato al pagamento del prezzo<sup>(52)</sup>; del contratto d'opera professionale in cui il pagamento del compenso al professionista è sospensivamente condizionato al conseguimento di un dato risultato utile da parte del committente<sup>(53)</sup>; della transazione in cui la riduzione di un dato debito è condizionata al pagamento del debito di importo ridotto entro un dato termine<sup>(54)</sup>; del negozio traslativo di diritti reali immobiliari, sospensivamente condizionato all'esecuzione della trascrizione nei registri immobiliari ed all'inesistenza di formalità pregiudizievoli anteriori a tale trascrizione<sup>(55)</sup>; del concordato fallimentare, in cui il trasfe-

---

<sup>(52)</sup> Si tratta della c.d. condizione di adempimento della prestazione, su cui cfr. *infra*, paragrafo 53.

<sup>(53)</sup> Cass. 14 giugno 1957 n. 2247, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 746.

<sup>(54)</sup> App. Napoli 20 marzo 1961, in *Giust. civ.*, Rep. 1961, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 270; Cass. 20 ottobre 1972 n. 3154, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1664, ed in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1068.

<sup>(55)</sup> Su questa fattispecie, cfr. *infra* nel testo, paragrafo 54.

rimento dei beni all'assuntore è sospensivamente condizionato all'adempimento degli obblighi del concordato stesso <sup>(56)</sup>.

Nelle fattispecie suddescritte, ascrivibili alla categoria della c.d. *condizione di adempimento*, l'avverarsi dell'evento condizionante funziona come meccanismo alternativo o sostitutivo dei normali rimedi in caso di inadempimento, e serve a tutelare l'interesse interno negoziale precostituendo, per l'ipotesi di inadempimento, una ricomposizione qualitativamente preferibile, per l'alienante, del proprio patrimonio <sup>(57)</sup>. La fattispecie costituirà oggetto di apposita trattazione nel seguito dell'indagine. Qui merita segnalare che l'obiezione ad essa frequentemente rivolta, consistente nel difetto di estrinsecità (intesa in senso funzionale) della condizione, risulta, alla luce delle considerazioni sopra esposte, destituita di fondamento: una volta dimostrato che, nella fenomenologia dei negozi condizionati, la natura esterna dell'interesse tutelato mediante la condizione non è requisito costitutivo della condizione medesima, l'argomentazione viene a cadere.

b) In un secondo gruppo di ipotesi, la condizione diviene strumento per la realizzazione di una *funzione complessa*, nell'ambito di una più ampia operazione della quale il negozio condizionale è solo una componente: ciò si verifica nella fattispecie dei *contratti collegati*, nei quali il collegamento negoziale sia realizzato mediante condizionamento di uno di essi al perfezionamento o all'efficacia dell'altro <sup>(58)</sup>. Qui, la rilevanza causale della condizione è ancor più evi-

---

<sup>(56)</sup> Cass. 29 settembre 1977 n. 4159, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 526, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 36 ss.

<sup>(57)</sup> Definisce in tal senso l'interesse sottostante alla condizione di adempimento o di inadempimento, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 306; Id., *Atto dovuto ed evento condizionale*, cit., p. 1051. Parlano di «scopo di garanzia» PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 244 e 247; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 51, e p. 84 ss.; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 533.

<sup>(58)</sup> Per ipotesi di collegamento negoziale realizzato mediante il condizionamento risolutivo di uno dei contratti, cfr. Cass. 5 novembre 1987 n. 8176, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2669; Cass. 3 febbraio 1993 n. 1333, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3085, con nota di LENER.

Sulla condizione di concludere un contratto con terzi, cfr. Cass. 14 gennaio 1967 n. 140, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 550, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1883, ed in *Foro pad.*, 1968, I, c. 293; Cass. 3 marzo 1969 n. 685, in *Foro it.*, Rep. 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 213, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p.



dente: il funzionamento del congegno condizionale rende possibile l'attuazione della regola *simul stabunt, simul cadent*, che nei negozi collegati rappresenta elemento funzionale imprescindibile, in considerazione del carattere unitario dell'operazione economica con essi realizzata, e della loro stretta connessione teleologica e causale. Si rende così possibile, tramite la condizione, usufruire dei vantaggi che si ricavano dal definire i contratti come distinti — in termini di applicazione a ciascuno di essi della disciplina del tipo corrispondente — senza però incorrere nel problema, tipico del collegamento negoziale, che è quello di rinvenire uno strumento efficiente per rendere interdipendenti gli effetti — e le vicende — dei singoli atti. Questo strumento, nel caso di specie, consiste nel condizionare l'efficacia di un contratto (non tanto alla conclusione quanto) al prodursi ed al permanere degli effetti dell'altro.

c) Terza ipotesi è quella dell'*incanto o asta privata*, in cui si ritiene comunemente che ricorra un'offerta al pubblico, rispetto alla quale ciascuna delle « offerte » dei partecipanti comporta il perfezionamento di un contratto, sospensivamente condizionato al non sopravvenire (o risolutivamente condizionato al sopravvenire) di dichiarazioni più vantaggiose degli altri partecipanti <sup>(59)</sup>. È evidente che la condizione tutela in questo caso l'interesse (interno negoziale) al conseguimento di un prezzo il più alto possibile, interesse la cui realizzazione può aver luogo solo se a ciascuna offerta non segua immediatamente l'effetto traslativo, essendo quest'ultimo subordinato all'inesistenza di un'offerta più alta: ecco quindi che la condizione diviene strumento imprescindibile per la realizzazione dell'interesse negoziale.

d) — Altre volte, la condizione — in considerazione della peculiare operatività della medesima durante la fase di pendenza — costituisce l'unico strumento attraverso il quale è possibile *configurare con efficacia reale la situazione giuridica soggettiva dell'acquirente*, in modo tale che l'acquisto dello stesso assuma una

---

151 ss.; Cass. 7 novembre 1975 n. 3760, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 159 ss.; Cass. 7 febbraio 1985 n. 949, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 161.

Sulla condizione della risoluzione di altro contratto concluso da uno dei contraenti con un terzo, Cass. 9 giugno 1969 n. 2050, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 152 ss.

<sup>(59)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 254-255; OBERTO, *Offerta al pubblico*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 15; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 192, nota 173.

connotazione strumentale al conseguimento di un ulteriore obiettivo. È il caso dei *negozi fiduciari* e del *mandato ad alienare*, nei quali il fiduciario o mandatario viene investito di una situazione proprietaria, sottoposta alla condizione, sospensiva o risolutiva, del compimento dell'incarico (cfr. *infra*, paragrafo 60). Qui la condizione rappresenta l'unico possibile strumento atto ad evitare il c.d. abuso del fiduciario o mandatario, con la particolarità che gli effetti tipici del negozio esauriscono la loro portata con l'esaurimento della fase di pendenza: una volta avveratasi la condizione, infatti, o gli effetti si risolvono, ovvero — nel caso del mandato ad alienare sospensivamente condizionato all'alienazione — in un istante logico successivo la proprietà viene trasferita al terzo contraente.

e) In un quinto gruppo di ipotesi il concorso alla realizzazione dell'interesse interno negoziale è ancor più decisivo, in quanto la condizione viene utilizzata per rendere possibile la contrattazione su un oggetto che, al momento della formazione del negozio, non è *commerciabile* (ipotesi del negozio sospensivamente condizionato alla sopravvenuta possibilità o determinazione dell'oggetto del rapporto <sup>(60)</sup>), ovvero per dedurre, quale *oggetto del negozio*, un *bene diverso* da quello esistente *in rerum natura* al momento della contrattazione; ciò avviene quando l'evento futuro ed incerto consiste nella *sopravvenuta modificazione di caratteristiche qualitative della cosa*, tali da determinare, in concreto, una diversità del bene futuro rispetto alla cosa esistente al momento della contrattazione. Si pensi al contratto di compravendita di un terreno condizionato alla sopravvenuta edificabilità dello stesso: qui le parti intendono contrattare relativamente ad un bene sostanzialmente diverso da quello in atto esistente, e l'evento futuro ed incerto (consistente nella modifica dello strumento urbanistico) determina proprio la *nascita del nuovo bene* <sup>(61)</sup>: in questo senso potrebbe equipararsi la fattispecie in oggetto alla vendita di bene

---

<sup>(60)</sup> Cfr., per l'ammissibilità di tale tipo di condizione, il successivo paragrafo 56.

<sup>(61)</sup> Si accoglie qui la definizione di bene giuridico autorevolmente proposta da PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di universitas*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 992: « il bene in senso giuridico è la sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento come strumento di tutela (accordato ad un determinato soggetto giuridico) ».

futuro. L'equiparazione, peraltro, non può andare oltre un certo limite: in particolare, occorre tener presente che — nell'esempio descritto — la cosa esiste, *in rerum natura*, prima del verificarsi dell'evento, e non può escludersi un sopravvenuto interesse dell'acquirente al conseguimento della stessa anche in difetto di avveramento (realizzabile mediante la c.d. rinuncia alla condizione unilaterale). Ciò significa che l'evento futuro ed incerto non è, in questi casi, indefettibile ai fini della struttura dell'effetto, ma è nella piena disponibilità dell'autonomia privata (ed anzi, nella generalità dei casi, del contraente nel cui interesse la clausola è apposta). Si ha quindi, nel nostro caso, una *vera e propria condizione*, cui sono applicabili direttamente tutte le norme contenute negli artt. 1353 ss. c.c. La peculiarità di questo tipo di condizione, peraltro, va ravvisata nel fatto che, fino a quando l'evento non si è avverato, in assenza di un « ripensamento » da parte dell'acquirente, l'oggetto del contratto è da considerarsi (convenzionalmente) impossibile; a seguito di una eventuale rinuncia alla condizione, o dell'applicazione della finzione di avveramento, si avrà la sopravvenuta possibilità dell'oggetto, con il conseguente prodursi dell'efficacia.

In conclusione, in tutte le situazioni sopra individuate — le quali comunque non esauriscono certamente la gamma di tutte le fattispecie condizionali che concorrono a realizzare la stessa funzione negoziale — il livello di interferenza tra il meccanismo condizionale e la causa del negozio è particolarmente intenso: il funzionamento del primo serve, infatti, non solo ad accertare l'attualità dell'interesse al negozio, ma concorre anche — unitamente all'efficacia tipica del negozio — alla realizzazione della funzione negoziale.

15. *Ipotesi in cui la condizione tutela un interesse esterno ed ulteriore, ma compatibile con l'interesse fondamentale programmato dalle parti.*

Un ulteriore gruppo di ipotesi è quello caratterizzato dalla coesistenza, accanto all'interesse interno negoziale, di un interesse ulteriore che la condizione è volta a realizzare, e che è *compatibile* con l'interesse interno medesimo <sup>(62)</sup>, nel senso della possibilità di

---

(62) AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 185 ss., il quale rileva

contemporanea realizzazione dell'interesse all'evento condizionante e dell'interesse all'efficacia del negozio; e senza che da ciò derivi un'alterazione delle caratteristiche tipologiche del negozio concretamente posto in essere.

Si possono enunciare i seguenti esempi: donazione condizionata al conseguimento della laurea da parte del donatario entro un dato termine <sup>(63)</sup>, o comunque al fatto che il donatario dimostri determinati meriti; disposizione testamentaria risolutivamente condizionata al matrimonio del beneficiario con persona di classe sociale inferiore <sup>(64)</sup>; donazione di una collezione di libri, condizio-

---

trattarsi, di solito, di attribuzioni patrimoniali a titolo gratuito condizionate ad una condotta del beneficiario; qui « l'attribuzione condizionata funge da fattore incentivante nei confronti di un risultato qualitativamente diverso e ulteriore rispetto a quelli perseguiti dallo schema negoziale *tipico* »; contemporaneamente, « l'evento non è più (solo) presupposto per l'attuazione di un assetto tutto delineato nella regola condizionata, ma in sé rappresenta la realizzazione di un ulteriore intento che interferisce in qualche modo con quell'assetto »; in tal modo, « attraverso la condizione potrà attribuirsi rilievo programmatico a comportamenti inidonei a costituire « prestazione » a' sensi dell'art. 1174 ». Si può quindi, sinteticamente, affermare che in questi casi l'interesse ulteriore rimane autonomo e non si compenetra con l'interesse causale; correlativamente, il programma negoziale come tale è diretto solo alla realizzazione dell'interesse causale, mentre l'evento condizionante realizza l'interesse ulteriore.

Queste fattispecie si atteggianno, pertanto, in modo differente rispetto alla concezione tradizionale, risalente a Falzea, che vede nella condizione lo strumento di tutela di interessi esterni *incompatibili* con l'immediata e piena attuazione del programma negoziale.

<sup>(63)</sup> Cass. 18 marzo 1993 n. 3196, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1807 ss., con nota di DI MAURO, *Il problema della liceità delle condizioni testamentarie che assecondano le aspirazioni dell'istituto*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1600, con nota di CIANNI, *In tema di condizione testamentaria*; in *Corr. giur.*, 1993, p. 1211, con nota di PORCARI, *Istituzione di erede condizionata al conseguimento della laurea in medicina*; in *Arch. civ.*, 1993, p. 1062, con nota di SANTARSIERE, *Vittorio, ... A condizione che ottenga la laurea in medicina e ne eserciti la professione*.

<sup>(64)</sup> La condizione di non sposare una donna di classe sociale inferiore è stata ritenuta lecita da Cass. 11 gennaio 1986 n. 102, in *Riv. not.*, 1986, p. 945; in *Foro it.*, 1986, I, c. 936; in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1009 ss., con nota di AZZARITI, *Disposizioni testamentarie sub condizione*; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1484 ss., con nota di DE CUPIS, *Libertà matrimoniale e condizione testamentaria*. Sul punto cfr. anche SCHERMI, *Disposizione testamentaria sottoposta alla condizione del matrimonio dell'istituto con una donna della sua stessa classe sociale: illiceità per contrarietà all'ordine pubblico*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 189 ss.

nata all'iscrizione del donatario ad un partito politico <sup>(65)</sup>; prestazione di garanzia fideiussoria, condizionata alla concessione da parte del creditore di un ulteriore credito al debitore principale; donazione di immobile ad un ente, idoneo a costituire la sede di quest'ultimo, condizionata al perseguimento di una determinata iniziativa rientrante nelle finalità dell'ente medesimo <sup>(66)</sup>; donazione di un terreno ad un ente di beneficenza, condizionata al fatto che altri doni all'ente medesimo i mezzi necessari per costruirvi un ospedale; donazione condizionata al fatto che il donatario si dedichi ad un'attività scientifica non lucrativa; donazione condizionata all'effettuazione, da parte del donatario ed a favore di un terzo, di una prestazione, anche se economicamente valutabile; donazione sospensivamente condizionata al fatto che al donatario sopravvengano dei figli; disposizione testamentaria sospensivamente condizionata al fatto che il beneficiario assista il testatore sino alla morte <sup>(67)</sup>; disposizione testamentaria sottoposta alla condizione *si*

---

<sup>(65)</sup> BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, cit., p. 759.

<sup>(66)</sup> Cass. 18 gennaio 1951 n. 133, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 87, con nota di CASTELLANI, *Su una speciale condizione apposta dal testatore al lascito ad un ente pubblico*, ed in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, p. 299, con nota di VALENSISE, *Della condizione nella disposizione testamentaria*.

<sup>(67)</sup> Sull'ammissibilità della condizione che l'istituito presti assistenza al testatore fino alla morte, Cass. 14 maggio 1943 n. 1168, in *Foro it.*, Rep. 1943-1945, voce *Successione legittima o testamentaria*, nn. 106 e 107; Cass. 16 marzo 1960 n. 531, in *Giust. civ.*, Rep. 1960, voce *Successione testamentaria*, n. 12, ed in *Foro pad.*, 1960, II, c. 46 (ove l'interessante affermazione che « la condizione viene in tal modo dedotta piuttosto come causa della disposizione »); Cass. 6 ottobre 1970 n. 1823, in *Giust. civ.*, Rep. 1970, voce *Successione testamentaria*, n. 13. In dottrina, TAMBURRINO, *Delle successioni*, 2, cit., p. 201-202; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 20, nota 33; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit., p. 342, e p. 359-360; BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., p. 273; TRIOLA, *Il testamento*, cit., p. 237-238. Per l'ammissibilità, in generale, di condizioni il cui avveramento debba aver luogo durante la vita del testatore, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 213-214; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 231, nota 3 (ed ivi ulteriori riferimenti); LUMINOSO, *Sostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 148.

Nel senso che, nelle ipotesi in cui l'evento condizionante debba verificarsi prima della morte del testatore, difetti il requisito della futurità e si sia in presenza di una condizione impropria, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., p. 190; App. Firenze 19 giugno 1958, in *Giust. civ.*, Rep. 1958, voce *Successione*

*sine liberis decesserit*, e quindi risolutivamente condizionata alla mancata sopravvenienza di figli all'onorato <sup>(68)</sup>; donazione condizionata al pagamento di tutti o alcuni dei debiti del donante da parte del donatario <sup>(69)</sup>; disposizione testamentaria condizionata all'espletamento di una data attività da parte del beneficiario per

---

*testamentaria*, n. 22. Più in generale, riferiscono il requisito della futurità della condizione al momento dell'apertura della successione, FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 509-510; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 190 (ma, in senso parzialmente diverso, p. 213-214); RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 794; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 524; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 294; BONILINI, *Il testamento - lineamenti*, cit., p. 50.

Il problema non è, ovviamente, quello della ammissibilità e liceità della condizione di prestare assistenza, quanto piuttosto della sua riconducibilità al modello condizionale: sembra doversi concludere in senso negativo, poiché, nel caso in esame, non sorge alcuna situazione di pendenza (il testamento non produce alcun effetto, neanche preliminare o prodromico, prima della morte del testatore); dovendosi solo accertare — al momento dell'apertura della successione — se il lascito è efficace o meno in relazione all'atteggiarsi di quello che, in quel momento, è un presupposto oggettivamente certo e non un evento futuro ed incerto. La condizione di prestare assistenza è quindi una condizione impropria (*in praeteritum relata*), come tale disciplinata (cfr. *infra*, paragrafo 41).

<sup>(68)</sup> Sulla problematica della condizione *si sine liberis decesserit*, cfr. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 286 ss.; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 298 ss.; RICCA, *Fedecommesso (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 137 ss.; LUMINOSO, *Clausola testamentaria « si sine liberis decesserit », condizione e termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 19 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 146, nota 104; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 551; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit., p. 363 ss.; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1070 ss.; MASUCCI, *Gli incerti confini tra clausola si sine liberis decesserit e fedecommesso (condizionale) de residuo*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1767; TERZI, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, cit., p. 1173 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 162 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 87 ss.; TRIOLA, *Il testamento*, cit., p. 247 ss.

Sulla liceità della condizione *si sine liberis decesserit*, in giurisprudenza, cfr. di recente Cass. 17 maggio 1984 n. 3049, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Successione ereditaria*, n. 48; Cass. 27 novembre 1990 n. 11428, in *Foro it.*, 1991, I, c. 472; Cass. 25 novembre 1992 n. 12564, in *Arch. civ.*, 1993, p. 423, ed in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1531.

<sup>(69)</sup> Sulla validità di questa fattispecie nel diritto vigente, cfr. per tutti PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 1991, p. 22; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 467-468.

ottenere il riconoscimento di un titolo nobiliare <sup>(70)</sup>; disposizione testamentaria condizionata alla guarigione dell'istituito da una data infermità <sup>(71)</sup>; contratto di compravendita sottoposto alla condizione della cancellazione di un'ipoteca gravante, oltre che sui beni promessi in vendita, anche su altri beni di residua proprietà della parte venditrice, da utilizzarsi, questi ultimi, a garanzia di un nuovo finanziamento necessario alla parte venditrice stessa <sup>(72)</sup>; assunzione di un'obbligazione, sospensivamente condizionata alla liberazione del promittente da un vincolo obbligatorio nei confronti di un terzo <sup>(73)</sup>.

È evidente, nei casi in esame, l'estraneità dell'interesse ulteriore rispetto all'interesse realizzato con la produzione degli effetti negoziali: nella donazione condizionata al conseguimento della laurea da parte del donatario, il donante vuole conseguire, oltre all'arricchimento del donatario, il conseguimento, da parte di quest'ultimo, di un titolo di studio e/o l'esercizio di una data professione, ma non potrà mai sostenersi che questo secondo interesse venga a far parte della *causa donandi*. Il condizionamento determina, certamente, una contemporanea, necessitata realizzazione di entrambi gli interessi, i quali conservano, tuttavia, un elevato livello di autonomia. Volendo, sia pure approssimativamente, schematizzare, è possibile evidenziare che nelle disposizioni *mortis causa* e nelle donazioni questo tipo di condizioni ricorrono più di frequente <sup>(74)</sup>, e sono caratterizzate dalla piena autonomia dell'inte-

---

<sup>(70)</sup> Cass. 27 febbraio 1947 n. 247, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce *Successione legittima o testamentaria*, nn. 111 e 112.

<sup>(71)</sup> Cass. 18 luglio 1969 n. 2684, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1270; in *Foro pad.*, 1969, I, p. 843; in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 710.

<sup>(72)</sup> Cass. 3 febbraio 1993 n. 1333, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3085, con nota di LENER, *Gli interessi deducibili in condizione*. Per una fattispecie analoga, Cass. 6 ottobre 1972 n. 2889, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 207 ss. (ipotesi in cui si subordinava una particolare modalità di pagamento della vendita — l'accolto di un mutuo — al frazionamento del mutuo stesso con liberazione dall'ipoteca di un immobile rimasto in proprietà alla parte venditrice).

<sup>(73)</sup> Cass. 25 novembre 1976 n. 4468, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 113 ss.

<sup>(74)</sup> Non è un caso il fatto che proprio nell'ambito delle condizioni testamentarie possa rinvenirsi un ampio panorama dottrinale e giurisprudenziale dedicato alla problematica dell'incidenza della condizione sulla libertà personale dell'istituito, tematica viceversa completamente trascurata nelle indagini dottrinali e nelle sentenze concernenti gli atti *inter vivos*, e riguardanti quindi l'applicazione

resse condizionale — di natura non patrimoniale <sup>(75)</sup> — rispetto all'interesse fondamentale programmato, o causa del negozio <sup>(76)</sup>.

In altre fattispecie vi è certamente la tutela, mediante la condizione, di un interesse ulteriore, che tuttavia presenta minori margini di autonomia rispetto alla causa concreta del negozio: cessione di un bene, risolutivamente condizionata all'alienazione del medesimo o di altro bene da parte dell'acquirente entro un dato termine <sup>(77)</sup>; contratto di fornitura, concluso sotto la condizione

---

degli artt. 1353 ss. c.c. Lo stesso legislatore, nel contemplare le condizioni che coartano la libertà matrimoniale, ha sentito l'esigenza di disciplinarle unicamente nell'ambito della disciplina del testamento. Tutto ciò si spiega in quanto, nell'*id quod plerumque accidit*, le condizioni tendenti a determinare un certo comportamento o ottenere un dato risultato attinente alla sfera della libertà personale, e quindi diretto a tutelare un interesse, di natura non patrimoniale, estraneo all'interesse negoziale, ricorrono tipicamente proprio negli atti *mortis causa* (e, in certa misura, nelle donazioni).

Sull'argomento, in linea generale, cfr. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 191 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 524 ss.; REGNI, *Le condizioni limitative della libertà personale nella donazione e nel testamento*, in *Vita not.*, 1982, p. 1388 ss.; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1066 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 78 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 116 ss.

<sup>(75)</sup> Sulla non patrimonialità dell'interesse alla condizione in questa categoria di ipotesi, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 229 ss.

<sup>(76)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 228 ss., ritiene invece che in questi casi — anche quando l'interesse alla condizione non è di natura patrimoniale — vi sia una rilevanza causale della clausola condizionale, poiché « la realizzazione dell'interesse ulteriore non è più semplicemente un fine che si aggiunge a quello principale dell'atto, ma diviene precetto che incide sull'effettività dell'attribuzione ». Questo tipo di conseguenza, peraltro, è comune ad ogni e qualsiasi condizione: l'argomentazione quindi prova troppo, ed a tale stregua occorrerebbe riconoscere rilevanza causale alle condizioni di qualsiasi tipo. Ciò che, invece, induce in queste ipotesi a negare la rilevanza causale dell'interesse alla condizione è la constatazione che tale interesse non è realizzato in alcun modo dal programma negoziale in quanto tale, e quindi dagli effetti da esso prodotti, ma unicamente dal comportamento assunto come evento condizionante.

<sup>(77)</sup> Sulla liceità della condizione di non alienare, se contenuta in ragionevoli limiti di tempo e giustificata da un apprezzabile interesse, cfr. la giurisprudenza citata in AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 525, nota 4. Nello stesso senso, di recente, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 424 ss.

In senso contrario, ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 468 ss., sulla base della considerazione — condivisibile — che il meccanismo della c.d. retroattività reale della condizione (ed in particolare



risolutiva che l'acquirente stipuli analogo contratto con un certo concorrente; contratto di mutuo di scopo, risolutivamente condizionato al mancato acquisto da parte del mutuatario di immobile, trattandosi dello scopo per cui il mutuo è stato concesso <sup>(78)</sup>; con-

---

il regime dell'art. 1357 c.c.) sarebbe in contrasto con il principio desumibile dall'art. 1379, per cui il divieto di alienazione è valido nei limiti in cui abbia efficacia meramente obbligatoria. Nello stesso senso BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 191-192 (il quale ritiene necessario, con riferimento alla prelazione testamentaria, che con la condizione che commini la decadenza dal lascito in caso di inosservanza della prelazione stessa « non si miri a conseguire quell'efficacia reale che più di una ragione spinge a ritenere preclusa »); MOSCATI, *Alienazione (divieto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5; ID., *Il testamento, lineamenti*, cit., p. 138 ss.; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 134 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 163 ss. (ivi ulteriori citazioni di dottrina); SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 158 (che dubitano — alla luce del disposto degli artt. 1379 e 1458 c.c. — che i limiti posti alla creazione di diritti reali atipici « possano serenamente venir aggirati mediante il ricorso alla costituzione di diritti condizionati »).

Nessun problema sorge, ovviamente, se la condizione risolutiva concerne l'attribuzione traslativa di un bene diverso da quello della cui alienazione si tratta.

Si deve comunque ritenere pienamente legittima la deduzione in condizione risolutiva dell'alienazione del diritto, allorché la legge, eccezionalmente, consenta l'attribuzione al divieto di alienazione dell'efficacia reale (es., art. 980, 1° comma, c.c. con riferimento al diritto di usufrutto). Negli stessi termini deve essere risolta la questione della deducibilità in condizione di ulteriori comportamenti, limitativi del contenuto del diritto di proprietà o di altro diritto reale (al fine, ad esempio, di vincolare l'acquirente di un bene ad una determinata destinazione del bene stesso, o, più in generale, ad un determinato utilizzo); la liceità di tali condizioni, da escludersi quando oggetto della limitazione è il diritto di proprietà, andrà valutata in relazione alle norme inderogabili che disciplinano i singoli diritti reali. Per la liceità di tali condizioni, sembra, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 41, nota 109.

Non sembra invece esatta l'ulteriore obiezione del Rocca (*op. e loc. ult. cit.*), secondo la quale la deduzione in condizione risolutiva dell'alienazione sarebbe in contrasto con la caratteristica dell'estrinsecità (in senso strutturale) della condizione, nel senso che una condizione siffatta determinerebbe una modificazione degli effetti negoziali, mentre caratteristica essenziale della condizione è la sua incidenza solo sul se e sul quando dell'efficacia, non anche sul contenuto degli effetti: non si vede, infatti, in cosa la vicenda effettuale del negozio risolutivamente condizionato all'alienazione del bene differisca dalla vicenda effettuale di un qualsiasi negozio risolutivamente condizionato (a meno di ravvisare, come effetto complessivo della clausola, la costituzione di un diritto reale atipico, di cui è inibita la circolazione).

<sup>(78)</sup> Sul mutuo di scopo, cfr. *infra*, paragrafo 19.

tratto la cui efficacia viene condizionata alla corrispondente efficacia di altro contratto collegato.

In tutti questi casi, riconducibili alla categoria degli atti tra vivi a titolo oneroso, l'interesse ulteriore tutelato tramite la condizione spesso influenza lo stesso interesse interno negoziale e quindi la causa concreta <sup>(79)</sup>, pur operando in genere all'interno dei limiti di elasticità del tipo negoziale, e non alterandone quindi la funzione astratta.

16. *Ipotesi in cui l'interesse ulteriore tutelato tramite la condizione reagisce sull'interesse tipico negoziale, sì da dar luogo, in concreto, ad un interesse nuovo e diverso e ad un nuovo tipo negoziale.*

Esistono delle situazioni in cui l'interesse tutelato con il meccanismo condizionale è un interesse esterno rispetto allo schema tipico negoziale, la cui presenza, tuttavia, è tale da alterare, in misura più o meno penetrante, la stessa configurazione tipica del negozio, determinando un diverso atteggiarsi della causa, o trasformandola radicalmente.

Si possono fare i seguenti esempi: donazione condizionata alla prestazione, da parte del donatario ed a favore del donante, di una prestazione economicamente valutabile, di valore uguale o superiore a quello del bene donato <sup>(80)</sup>; cessione dei beni ai creditori,

---

<sup>(79)</sup> Per la necessità, in questi casi, « di un riscontro circa le eventuali ripercussioni sul piano della qualificazione causale (e tipologica) del programma negoziale », AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 190.

<sup>(80)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 230 ss.: « qualora l'interesse del *tradens* soddisfatto dall'adempimento della condizione sia di natura patrimoniale, così che attraverso il condizionamento risulti perseguito un risultato tipicamente economico, l'*Interessenlage* che caratterizza la liberalità dovrà ritenersi alterata e si aprirà in concreto il problema della qualificazione ». Tale qualificazione potrà condurre ad una connotazione del negozio in termini di onerosità, ovvero al rinvenimento di due funzioni concorrenti.

Rileva CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, cit., p. 253, che « il contratto in cui si conviene l'assunzione di un obbligo senza corrispettivo, per soddisfare un interesse « non patrimoniale » dell'obbligato, può essere qualificato come donazione obbligatoria, con le conseguenze che sono note, mentre se soddisfa un interesse « patrimonialmente rilevante » dello stesso potrà essere qualificato come contratto gratuito atipico »: ciò può verificarsi, evidentemente, nell'ipotesi in cui, attraverso la deduzione in condizione di una prestazione di

sospensivamente condizionata al mancato adempimento, entro una certa data, dell'obbligazione del cedente nei confronti del cessionario <sup>(81)</sup>; trasferimento della proprietà di un bene dal debitore al creditore, sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'obbligazione (patto commissorio) <sup>(82)</sup>; donazione sospensivamente condizionata al matrimonio del donatario (donazione obnuziale) <sup>(83)</sup>; vendita di un bene, in cui una sola delle controprestazioni è sospensivamente condizionata, sì da rendere aleatoria la causa del contratto <sup>(84)</sup>.

L'apposizione della condizione al contratto, negli esempi riportati, determina delicati problemi: in qualche caso influisce sulla

---

natura patrimoniale, il donante voglia conseguire un certo interesse, anch'esso di natura patrimoniale, e questo assuma rilievo preponderante nell'economia dell'operazione.

Sulla natura non patrimoniale dell'interesse del donante, identificato con lo spirito di liberalità *ex art. 769*, quale profilo causale essenziale della donazione, cfr. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 254 ss.; MANZINI, « *Spirito di liberalità* » e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi, in *Contr. e Impresa*, 1985, p. 409 ss.; ID., *Il contratto gratuito atipico*, in *Contr. e Impresa*, 1986, p. 909 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 92-93 (e giurisprudenza *ivi* citata, note 56 e 57); CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1508.

In giurisprudenza, sull'*animus donandi* come interesse non patrimoniale del donante, cfr., tra le altre, Cass. 4 aprile 1970 n. 907, in *Riv. legisl. fisc.*, 1970, p. 1854 ss.; Cass. 14 settembre 1976 n. 3150, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1988 (in motivazione); Cass. 18 giugno 1992 n. 7484, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Previdenza sociale*, n. 281; Trib. Roma 11 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 945 ss., con nota di SICCHIERO, *Osservazioni sul contratto gratuito atipico*; Comm. Trib. Centr. 6 settembre 1996 n. 4305, in *Comm. trib.*, 1996, I, p. 599; Cass. 29 settembre 1997 n. 9532, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fallimento*, n. 180.

<sup>(81)</sup> Su questa particolare fattispecie di *cessio bonorum*, cfr. *infra*, paragrafo 59.

<sup>(82)</sup> Sulla fattispecie del patto commissorio, cfr. *infra*, paragrafo 19.

<sup>(83)</sup> Sulla donazione obnuziale, cfr. *infra*, paragrafo 19.

<sup>(84)</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 415, con riferimento alla condizione apposta solo al trasferimento del diritto e alle obbligazioni del venditore, o viceversa alla sola obbligazione del prezzo: « Che un tale contratto sia valido, niun dubbio; ci sembra però che, *così profondamente modificata la causa* (corsivo nostro), esso non possa più essere qualificato come compravendita, ma come un contratto aleatorio innominato, per il quale sono utilizzabili quelle norme della compravendita che non abbiano carattere eccezionale e che non siano incompatibili col carattere aleatorio di questo contratto ». Nello stesso senso, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di cosa futura*, cit., p. 137, e p. 161 ss.

disciplina del negozio, determinandone l'attrazione in un tipo legale appositamente previsto (donazione obnuziale), o viceversa la qualificazione come contratto atipico (compravendita condizionata *ex uno latere*); in altri casi, trasformando radicalmente la funzione, rende illecito il negozio (patto commissorio); in altri casi (cessione dei beni ai creditori condizionata all'inadempimento), modifica sostanzialmente la funzione concreta del negozio.

17. *Ipotesi di promesse condizionate ad una prestazione, in cui la prestazione dedotta in condizione è determinante ai fini della qualificazione causale del negozio.*

Un posto a sé occupano, nella ricognizione in esame, le figure tradizionalmente definite come promesse condizionate ad una prestazione<sup>(85)</sup>, o promesse *ob causam*. Si tratta di fattispecie negoziali, a struttura unilaterale o contrattuale<sup>(86)</sup>, caratterizzate dal

---

(85) Sulla categoria delle promesse condizionate ad una prestazione, cfr. in dottrina soprattutto GORLA, *Promesse « condizionate » ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 431 ss.; SBISA, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 73, nota 4, p. 90 ss., e nota 61, p. 255 ss.; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 736, e p. 742, nota 173; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 373 ss.; MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 332 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 62-63, e p. 66 ss.; D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1996, p. 297 ss.; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 74 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 22 ss., p. 239 ss., e p. 246 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 2 dicembre 1974 n. 3929, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 95 ss., con nota di GRAZIANI, *Note in tema di promessa di pagamento*.

Per lo sviluppo della categoria in *Common law*, cfr. il contributo di Gorla, sopra citato, nonché le indicazioni bibliografiche in AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 31, nota 86.

(86) Si trascura, in quanto incompatibile con l'economia del presente studio, la problematica relativa ai profili della perfezione e del procedimento di formazione delle figure negoziali in esame, come pure la problematica connessa alla revocabilità o meno della promessa, o al potere di recesso del promittente, a fronte dell'inesistenza di obblighi in capo all'oblato e, conseguentemente, alla minor esigenza di tutela dell'affidamento di quest'ultimo, in corrispondenza di una maggior esigenza di tutela del promittente. Per tutti questi profili, cfr. in particolare GORLA, *Promesse « condizionate » ad una prestazione*, cit., p. 442 ss.; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, cit., p. 684 ss., p. 742, nota 173, e p. 745 ss.; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., p. 358 ss., spec. p. 378 ss.; MAZZARA, *Promesse « condizio-*

fatto che, a fronte dell'attribuzione patrimoniale da parte di un soggetto, si pone non già una controprestazione in senso tecnico, tale da qualificare il negozio come bilaterale, bensì una prestazione dedotta in condizione — non dovuta quindi, ma facoltativa — e comunque suscettibile di valutazione economica <sup>(87)</sup>, a seguito del

---

nate » a una prestazione, cit., p. 334 ss.; SACCO, *Il contratto*, I, cit., p. 62-63, e p. 66 ss.; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 304, nota 115; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 260 ss.

In particolare, relativamente al problema della condizionabilità dei negozi unilaterali, la più recente dottrina — superato l'erroneo presupposto che i negozi unilaterali siano necessariamente atti di esercizio di diritti potestativi, e individuata la categoria dei negozi unilaterali tendenti ad incrementare il patrimonio del destinatario — respinge la tesi secondo la quale il negozio unilaterale non supporterebbe l'apposizione della clausola condizionale, e tende ad affermare l'opposta tesi della condizionabilità, da escludersi solo in presenza di espresso divieto o di incompatibilità con l'indole peculiare di alcuni atti (ad es., la ratifica): cfr. per tutti RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 790-791; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 276 ss.; FEDELI, *Sull'apponibilità della condizione al negozio giuridico unilaterale*, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1973, p. 32 ss.; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., p. 374. Per la distinzione tra condizione sospensiva e risolutiva, nell'ottica favorevole all'ammissibilità del condizionamento quando questo non determini un aggravamento della posizione del terzo destinatario dell'atto unilaterale, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 38.

Il problema è stato anche analizzato con riferimento ad alcuni specifici negozi unilaterali: cfr. ad esempio, per il recesso unilaterale, GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 125 ss.; per la rinuncia unilaterale, SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 666.

<sup>(87)</sup> Secondo MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 347, perché si abbia la fattispecie in esame, intesa come contratto a prestazioni corrispettive, il comportamento dell'oblato « dovrà essere — come detta l'art. 1174 c.c. — suscettibile di valutazione economica e dovrà corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del promittente, giacché, altrimenti, saremmo in presenza di un vero e proprio negozio unilaterale, obbligatorio o ad effetti reali, sottoposto ad una condizione in senso tecnico, che potrà essere, a seconda dei casi, potestativa o mista ». Nello stesso senso, D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, cit., p. 301-302, e p. 312 ss., che si sofferma sulla giustificazione causale di questo tipo di promesse, ponendo l'accento sulla necessità della forma prevista per la donazione ogni qualvolta l'azione del promissario corrisponda ad un interesse non patrimoniale del promittente, o comunque non attinente alla sua sfera individuale, mentre « dall'art. 1989 si desume la sanzione delle promesse a destinatario determinato in vista di un'azione futura del medesimo corrispondente ad un interesse patrimoniale del promittente ». Rientrano inoltre nello schema causale della donazione, a

cui adempimento, peraltro, l'oblato ottiene la controprestazione, ottenendosi quindi, alla fine, un risultato analogo <sup>(88)</sup> a quello riscontrabile nei contratti a prestazioni corrispettive, per cui si è parlato di « sinallagma condizionale » <sup>(89)</sup>, con applicazione diretta alla fattispecie — quanto meno nell'ipotesi che la prestazione dedotta in condizione sia patrimonialmente valutabile — della normativa dei contratti a prestazioni corrispettive <sup>(90)</sup>.

---

giudizio dell'Autore, le promesse condizionate ad un evento indipendentemente dalla relazione di causalità tra un'azione del promissario e l'evento stesso.

<sup>(88)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 27, rileva che la previsione condizionale, pur essendo idonea a connotare il regolamento negoziale in termini di onerosità e corrispettività, è essenzialmente inadatta a realizzare l'interesse del promittente all'ottenimento della prestazione, basandosi esclusivamente sulla convenienza per l'oblato ad eseguire la prestazione per ottenere il risultato promesso, ma non essendo in alcun modo, tale prestazione, coercibile.

<sup>(89)</sup> Sul c.d. sinallagma condizionale, cfr. soprattutto BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, II - Le fonti*, Milano, 1946, p. 509 ss., spec. p. 516 ss. (« Il contratto è congegnato per modo che basta l'interesse al corrispettivo, per determinare una pressione a compiere la prestazione principale. Vale a dire che l'interesse agisce come molla sotto la pressione di una subordinazione condizionale: il collegamento sinallagmatico tra le due prestazioni è plasticamente rivelato in una subordinazione condizionale dell'una prestazione all'altra (ti darò 100 se mi farai la cosa X che mi abbisogna)... In tal caso, dunque, vi è onerosità, non bilateralità »); TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 62 ss.; SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, p. 452 ss., spec. p. 482 ss. (per il quale sono « contratti onerosi, non contratti a prestazioni corrispettive, quelli che generano prestazioni in rapporto di condizionalità: una prestazione, cioè, è considerata come condizione sospensiva dell'efficacia del contratto »); PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 107 ss., spec. p. 111 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 219, nota 29, e p. 221; MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 341 ss. (« perché si abbia un contratto a prestazioni corrispettive, non occorre la presenza di due obbligazioni reciproche, ma è sufficiente che il nesso di sinallagmaticità si ponga tra due attribuzioni patrimoniali »); SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 452 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 22 ss. (ed ivi riferimenti di dottrina anche in tema di rapporti tra bilateralità, corrispettività ed onerosità), e p. 256 ss.

<sup>(90)</sup> MAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 348, il quale avverte che « la peculiarità dell'istituto *de quo* non ne permette un'applicazione totale (per esempio, non si potrà risolvere il contratto per inadempimento del promissario) », ma si tratta comunque di applicazione diretta e non analogica, « che tenga conto di quella che è la caratteristica principale della fattispecie in esame, vale a dire — si ripete ancora — la non obbligatorietà di una delle attribuzioni corrispettive, alla cui

La dottrina ha enucleato una serie di ipotesi tipiche, previste più o meno espressamente nel nostro ordinamento, di promessa condizionata ad una prestazione, cui corrisponde, nei sistemi di *common law*, l'istituto dell'*offer calling for an act* <sup>(91)</sup>: l'alienazione di cosa futura allorché, per il particolare oggetto del negozio e la peculiare incertezza del risultato, l'alienante non assume alcuna obbligazione (cui viene equiparata la cessione di un diritto su opera dell'ingegno, la cui produzione presenti particolari profili di incertezza) <sup>(92)</sup>; la promessa al pubblico <sup>(93)</sup> (od a persona determinata)

---

concreta attuazione è condizionata di solito l'efficacia dell'intero negozio ». Per la distinzione, nell'ambito dei rimedi sinallagmatici, tra gli strumenti applicabili anche allo scambio condizionale e quelli che presuppongono l'esistenza di un vincolo obbligatorio, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 256 ss.

D'altra parte, la riconducibilità della prestazione dedotta in condizione nell'ambito causale del negozio contenente la promessa condizionata ne esclude, una volta avvenutane l'esecuzione, la ripetibilità: cfr. sul punto AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 270 ss.

<sup>(91)</sup> GORLA, *Promesse « condizionate » ad una prestazione*, cit., p. 432 ss.

<sup>(92)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 436.

<sup>(93)</sup> Secondo una parte della dottrina, la promessa al pubblico, in particolare quella subordinata al compimento di un'azione da parte del beneficiario, o al futuro verificarsi di una situazione, si configurerebbe come negozio condizionale in senso tecnico: cfr. sul punto MIRABELLI, *Promessa unilaterale e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 181; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 670; BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., p. 802. Cfr. anche la dottrina, soprattutto straniera, e la giurisprudenza citate in SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 178, note 31 e 32. Con riferimento ai concorsi a premio, cfr. PUGLIATTI, *Concorsi a premio mediante raccolta di figurine*, in *Foro della Lombardia*, 1939, p. 485; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, Milano, 1986, p. 166 (l'obbligazione del promittente di versare il premio al vincitore viene considerata come sospensivamente condizionata al completamento della raccolta di figurine, o all'acquisto del prodotto o del biglietto cui inerisce il premio).

Le obiezioni tradizionalmente opposte a tale inquadramento fanno leva sul tradizionale requisito dell'accidentalità ed estrinsecità della condizione, e quindi, in base ai risultati del presente studio, non sono probanti. Si veda, a titolo di esempio, SBISÀ, *La promessa al pubblico*, cit., p. 179 ss., spec. p. 180-181 (« Il verificarsi della situazione o il compimento dell'azione sono requisiti essenziali, che *devono*, e non già possono, entrare a far parte della fattispecie, affinché questa assuma rilevanza giuridica... nella promessa al pubblico, la situazione o l'azione non sono affatto esterni al contenuto tipico del negozio, ma rappresentano invece il suo contenuto essenziale »). Nello stesso senso, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 786. Fondata è invece la critica opposta all'inquadramento nell'ambito della *condicio iuris* (inquadramento proposto, tra gli altri, da MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1972, p. 238; TORRENTE, *La donazione*, cit.,

di una prestazione condizionata al compimento di una certa azione <sup>(94)</sup>; la promessa di premi di produttività o speciali compensi da parte del datore di lavoro al lavoratore, a fronte di speciali risultati, o invenzioni di fabbrica, o lavoro straordinario <sup>(95)</sup>; la mediazione o procacciamento di affari, allorché il mediatore non assuma un obbligo a procurare la conclusione dell'affare a fronte del quale è pattuita la corresponsione della provvigione <sup>(96)</sup>; la promessa di fideiussione condizionata alla futura concessione di

---

p. 168): si ha condizione legale quando l'evento condizionante è previsto e individuato dalla legge, mentre nel caso in esame l'art. 1989 c.c. lascia al promittente il compito di specificare di volta in volta il fatto condizionante (SBISA, *La promessa al pubblico*, cit., p. 184).

Sotto altro profilo, si è correttamente osservato che « nel negozio condizionato la persona dell'eventuale creditore è già individuata in partenza e comunque non dipende dall'avvenimento futuro ed incerto; inoltre nella promessa, non è escluso che la situazione, a cui si riferisce, sia già maturata quando il promittente si impegna, rivolta al pubblico » (BRANCA, *Promesse unilaterali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 453). L'osservazione coglie nel segno: all'evento futuro ed incerto, nella fattispecie in esame, non è subordinata l'efficacia della promessa, quanto piuttosto l'individuazione del destinatario della situazione effettuale: l'evento, quindi, assume la funzione di *fonte di imputazione*, o di *qualificazione soggettiva dell'effetto giuridico*, e come tale è assoggettato alla disciplina della condizione non in via diretta, ma solo analogica. Le particolarità della fattispecie spiegano poi l'inesensibilità, in linea di massima, degli effetti preliminari conseguenti ai negozi condizionati, tra cui, ad esempio, la disciplina degli atti conservativi: BRANCA, *op. ult. cit.*, p. 454.

Per l'inquadramento tra le fonti di imputazione, correttamente, Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148 ss. (e cfr. *infra*, paragrafo 45).

<sup>(94)</sup> GORLA, *Promesse « condizionate » ad una prestazione*, cit., p. 436-437; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 309.

<sup>(95)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 437.

<sup>(96)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 437; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., p. 382, e nota 161; MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 339 ss. (secondo il quale ultimo la mediazione « rappresenta forse l'unica promessa unilaterale condizionata ad una prestazione del promissario tipizzata dal nostro legislatore »).

Si è rilevato che la fattispecie della mediazione presenta una peculiarità ulteriore, consistente nel fatto che l'obbligazione di pagare il corrispettivo al mediatore, posta a carico del committente, è sottoposta, ex art. 1755 c.c., ad un'altra condizione, e cioè che l'affare venga effettivamente concluso: « quest'ultima condizione, però, agisce su un piano diverso, poiché assume rilevanza, in pratica, solo quando il mediatore abbia effettuato la propria prestazione, e dipende dalla volontà del committente » (MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 340).



credito ad un terzo <sup>(97)</sup>; la promessa di rimborsare le spese o il costo di un'opera, a condizione che l'oblato la compia <sup>(98)</sup>; la promessa di remunerazione se l'oblato, senza assumere alcun impegno, avrà svolto una data attività per sua natura non coercibile o difficilmente sanzionabile <sup>(99)</sup>; l'accordo per una prestazione in luogo di adempimento *ex art. 1197 c.c.*, che viene pattuita come condizione della liberazione del debitore dall'obbligazione originaria <sup>(100)</sup>. Si possono poi indicare, come ulteriori esempi, la promessa di manleva dalle responsabilità conseguenti ad un'azione futura del promissario <sup>(101)</sup>, la promessa di sponsorizzazione subordinata alla realizzazione di una manifestazione (mostra, convegno) a fronte della quale il promissario non assume alcuna obbligazione relativa ad attività promozionali a favore del promittente, né alla stessa realizzazione dell'iniziativa <sup>(102)</sup>; il trasferimento di un bene condizionato al pagamento di una data somma; il contratto tra la società sportiva e l'atleta, in cui viene promessa una data prestazione in corrispondenza dell'ottenimento di un risultato agonistico <sup>(103)</sup>; la promessa di compenso da parte del socio di società di capitali ad un mandatario della società stessa, a condizione dell'abbandono di ogni altra attività professionale <sup>(104)</sup>; la promessa condizionata alla conclusione di un contratto cui il promittente ha interesse, pur non dovendo assumere in esso la qualifica di parte <sup>(105)</sup>.

Nelle fattispecie descritte — la cui origine è stata riportata al diritto romano <sup>(106)</sup> — è ravvisabile il massimo livello di compene-

---

<sup>(97)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 438; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 306 ss.; Cass. 27 ottobre 1965 n. 2267, in *Foro it.*, 1966, I, c. 443; Cass. 5 dicembre 1970 n. 2575, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, II, p. 532.

<sup>(98)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 439; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 310.

<sup>(99)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 440.

<sup>(100)</sup> GORLA, *op. ult. cit.*, p. 449.

<sup>(101)</sup> D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 305.

<sup>(102)</sup> D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 310.

<sup>(103)</sup> Trib. Perugia 10 aprile 1996, in *Giur. merito*, 1996, p. 864.

<sup>(104)</sup> Cass. 2 luglio 1975 n. 2578, in *Foro it.*, 1976, I, c. 85; App. Milano 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81, con nota di FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 310-311.

<sup>(105)</sup> D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 311.

<sup>(106)</sup> Secondo GORLA, *Promesse « condizionate » ad una prestazione*, cit., p. 450-451, in diritto romano — prima del sorgere dei contratti consensuali tipici — lo scopo di creare obbligazioni per entrambe le parti poteva raggiungersi solo per

trazione della condizione con lo schema causale: sotto il profilo funzionale, l'interesse fondamentale programmato dalle parti non può infatti prescindere, sia in concreto che in astratto, dalla condizione, in quanto il regolamento negoziale, in difetto della clausola condizionale, sarebbe privo di causa, e quindi non sarebbe valido e rilevante in difetto della clausola medesima <sup>(107)</sup>. Sotto il profilo strutturale, peraltro, si riscontra in quest'ipotesi la sequenza tipica del meccanismo condizionale: l'evento condizionante, incidendo solo sull'efficacia ma non anche sull'esistenza e validità del negozio, fa parte del ciclo formativo esterno della fattispecie complessa, configurandosi a pieno titolo come coelemento di efficacia. La condizione quindi presenta, in questo caso, il fondamentale requisito dell'*estrinsecità strutturale*, richiesto a livello codicistico dall'art. 1353 c.c., che espressamente prevede che dall'evento dedotto in condizione dipende non la perfezione del negozio o il contenuto del programma e degli effetti, bensì solo il prodursi o il permanere dell'efficacia.

Quanto al requisito dell'*accidentalità*, si è visto in precedenza che lo stesso può configurarsi unicamente in relazione al tipo astratto (*nomen iuris*), e non al concreto negozio; con riferimento allo schema astratto, anche se atipico, l'accidentalità si riscontra mediante la c.d. prova di resistenza <sup>(108)</sup>, provando cioè ad estrapolare la clausola condizionale dal negozio per verificarne l'idoneità a sussistere quale fattispecie valida e rilevante. In questo senso, è possibile affermare che, nella promessa condizionata ad una prestazione, *difetta il requisito dell'accidentalità della clausola condizionale*, che si configura quindi come elemento costitutivo della fattispecie centrale <sup>(109)</sup>. Tale caratteristica ha indotto parte della dottrina a dubitare che sia configurabile, nelle fattispecie in esame, una condizione in senso tecnico <sup>(110)</sup>.

---

via indiretta, mediante due indipendenti *stipulationes*, ciascuna delle quali era condizionata all'altra.

<sup>(107)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 192.

<sup>(108)</sup> FALZEA, *Condizione (dir. civ.)*, cit., p. 2.

<sup>(109)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 192.

<sup>(110)</sup> GORLA, *Promesse « condizionate » ad una prestazione*, cit., p. 434, nota 11 (« se la condizione è un elemento accidentale del negozio, tale non è quella che esaminiamo. Essa, anche nei casi che per noi si configurano come donazioni *cum onere*, ora contiene la controprestazione o corrispettivo, in senso stretto, di un negozio di scambio e « in questo senso » è la « causa » della promessa; ora contiene un *quid* che rappresenta lo scopo e che in « quest'altro senso », è la « causa » della

Assodato, peraltro, che la pattuizione condizionale è *essenziale*, sotto il profilo funzionale, a questa particolare categoria di negozi, occorre chiedersi se ciò costituisca un ostacolo all'applicazione della disciplina contenuta negli artt. 1353 ss. c.c. In realtà, esaminando le singole norme ivi contenute, la « non accidentalità » della condizione non appare in alcun modo pregiudicarne l'applicazione. Non vi è quindi dubbio che, ai sensi dell'art. 1353 c.c., si possa utilizzare il congegno in esame sia per l'intero negozio che per un patto accessorio dello stesso, né vi è dubbio, più in generale, circa l'estrinsecità strutturale dell'evento condizionante rispetto al negozio ed alla prestazione condizionata, rimanendo sospesa solo l'efficacia e non la perfezione dell'atto. Non vi sono ostacoli all'applicazione della disciplina della pendenza condizionale — e quindi del dovere di buona fede (art. 1358 c.c.), degli atti di disposizione (art. 1357 c.c.) e di amministrazione (art. 1361 c.c.) in pendenza della condizione — ed anche le norme sulla retroattività (art. 1360 c.c.)

---

promessa stessa »); CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., p. 375 ss. (nella fattispecie mancano le note tecniche della condizione: qui la clausola esprime nella sostanza l'atteggiarsi particolare di una operazione di scambio che viene programmata prescindendo dalla reciprocità degli impegni, sicché evidentemente svolge una funzione diversa e superiore rispetto a quella normale della condizione, se questa è lo strumento mediante il quale possono acquistare giuridico rilievo i motivi soggettivi di regola irrilevanti ovvero è il mezzo che consente di richiamare e rendere operante un piano di interessi esterno a quello tipizzato nell'atto).

La dottrina che nega la ricomprensione delle fattispecie in esame nel fenomeno condizionale si limita, quindi, a sottolineare il difetto di estrinsecità assiologica della clausola « condizionale », senza peraltro affrontare il problema della disciplina applicabile durante la fase di « pendenza », e rimanendo quindi nell'ambito di una contestazione puramente « concettuale » della tesi condizionale.

Secondo AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 191 ss., e p. 246 ss., si ha in questi casi un utilizzo « atipico » del congegno condizionale, non ricorrendo l'accidentalità « in senso precettivo », in base alla c.d. prova di resistenza.

Per l'inquadramento del fenomeno in esame nella condizione in senso tecnico, SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, cit., p. 743, nota 173 (che parla di « vantaggio subordinato ad una condizione sospensiva potestativa »); MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 342 ss. (secondo il quale « nulla osta a dedurre in condicione un evento che si presenta "interno" al negozio »); SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 140-141; D'ANGELO, *Promesse unilaterali*, cit., p. 303 ss., ove il richiamo ad « una risalente tradizione che nella condizione coglie un momento ed una tecnica di emersione della causa, secondo l'efficace formula di Bartolo: *ipsa enim conditio est sufficiens causa* ».

non presentano alcun elemento di incompatibilità con le figure in esame. Le norme sulla condizione illecita o impossibile (art. 1354 c.c.), nella misura in cui prevedono l'estensione della nullità all'intero negozio, sono anch'esse sicuramente applicabili. Dubbi potrebbero invece sorgere per l'applicazione della regola *vitiatur sed non vitiat*, codificata con riferimento alla condizione risolutiva impossibile (art. 1354, 2° comma, c.c.); più in generale, possono sorgere dubbi sulla « scindibilità » della condizione dal complesso regolamento di interessi, come conseguenza della nullità della condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.) o della finzione di avveramento (art. 1359 c.c.)<sup>(111)</sup>. Sotto questo particolare profilo, peraltro — rinviando al successivo capitolo IV per l'esame della problematica della scindibilità della condizione — può anticiparsi la conclusione che non vi è una soluzione unitaria, riferibile all'intero istituto della condizione, e quindi sia alle condizioni « estrinseche » che a quelle « intrinseche » alla causa negoziale; esistono invece, nel nostro ordinamento, soluzioni variegata, che risentono del diverso tipo di legame che la condizione può presentare con il resto del programma negoziale, sì da determinare, con riferimento all'intero fenomeno condizionale — nelle ipotesi in cui tale legame sia particolarmente intenso — una « inscindibilità » della previsione condizionale dal programma medesimo.

Questa inscindibilità si rinviene particolarmente nell'ipotesi in esame, in cui — senza la condizione — il regolamento d'interessi finisce col risultare addirittura privo di causa. Si pensi all'effetto che avrebbe una revoca — unilaterale o bilaterale — della clausola condizionale, o anche l'applicazione della finzione di avveramento della condizione, o la nullità della sola condizione risolutiva impossibile: eliminata soltanto la condizione, residuerebbe una promessa

---

<sup>(111)</sup> Propende per l'applicabilità della finzione di avveramento, facendo leva sul carattere sanzionatorio dell'art. 1359 c.c., soprattutto nell'ipotesi in cui l'avveramento della condizione venga impedito dal promittente, MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 348-349, il quale tuttavia evidenzia che, in tal caso, lo stesso promittente « sarebbe costretto ad adempiere un'obbligazione svuotata della sua causa, che nessuna *factio iuris* potrebbe sostituire », e si chiede quindi « fino a che punto si possa travalicare e ad un tempo porre nel nulla un caposaldo fondamentale del nostro diritto delle obbligazioni qual è quello della causa dell'attribuzione patrimoniale ». Si tratta, a ben vedere, del generale problema della scindibilità della condizione allorché la stessa risulta compenetrata nello schema causale, su cui cfr. *infra* nel testo.

« nuda », non giustificata causalmente, che il promittente sarebbe comunque tenuto ad adempiere. L'inaccoglibilità di questo risultato conferma nella convinzione della inapplicabilità di quegli istituti che presuppongono la scindibilità della condizione.

Anche con riferimento alla disciplina degli atti conservativi *pendente condicione*, è evidente la necessità di un adattamento alla peculiarità della fattispecie: poiché il promittente *sub condicione* non ha alcun diritto di credito nei confronti del promissario, non saranno applicabili quelle misure conservative che richiedono, per loro stessa natura, la preesistenza di un rapporto obbligatorio: saranno quindi evidentemente inapplicabili le misure di conservazione della garanzia patrimoniale (azione revocatoria e surrogatoria), come pure l'azione di risoluzione per inadempimento e l'azione di risarcimento del danno per violazione dell'obbligo di buona fede *ex art. 1358 c.c.* <sup>(112)</sup>; non saranno neanche esperibili il sequestro conservativo, l'apposizione di sigilli, l'azione surrogatoria e l'azione revocatoria, la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, la denuncia di nuova opera o danno temuto, la richiesta di idonea garanzia (arg. *ex art. 640 c.c.*), o eventuali misure cautelari atipiche; l'intervento nel processo di espropriazione immobiliare e nel processo fallimentare, la partecipazione alle procedure di concordato preventivo o concordato fallimentare, l'iscrizione di ipoteca su beni del debitore condizionale, o l'ottenimento di fideiussione per lo stesso credito. Saranno in genere inapplicabili tutte quelle misure conservative che presuppongono la preliminare qualificazione in termini di obbligatorietà della posizione del promissario <sup>(113)</sup>.

---

<sup>(112)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 248 ss.

<sup>(113)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 440 ss., spec. nota 275 (che ritiene in generale inapplicabile la disciplina disposta a tutela dell'aspettativa).

Può addirittura sorgere il dubbio circa l'applicabilità in genere della disposizione dell'art. 1356 nella misura in cui attribuisce il potere di compiere atti conservativi, in considerazione della posizione di assoluta libertà in cui si trova l'oblato nelle fattispecie in esame, libertà che non tollera, probabilmente, alcun tipo di limitazione. Potrebbe forse distinguersi tra promessa unilaterale condizionata e contratto, e ritenersi che, in quest'ultima ipotesi, l'accettazione del vincolo contrattuale da parte del promissario comporti l'assoggettamento del medesimo al dovere di preservare le ragioni della controparte, con conseguente applicazione di quelle misure conservative che siano compatibili con l'inesistenza di un rapporto

Salvi questi profili peculiari, non vi sono ostacoli all'applicazione della disciplina condizionale alle fattispecie in oggetto, e l'unico ostacolo all'inquadramento dogmatico nell'ambito del fenomeno condizionale è dato dalla pretesa accidentalità ed estrinsecità assiologica della condizione. Una volta dimostrato che l'accidentalità non è prevista quale requisito della condizione nel nostro diritto positivo, né è desumibile in alcun modo dai principi generali, quale presupposto dalla cui mancanza possano discendere conseguenze di disciplina, ne deriva chiaramente che, nelle promesse condizionate ad una prestazione — in cui certamente ricorre l'estrinsecità strutturale richiesta dall'art. 1353 c.c. — *si ha condizione in senso tecnico*, non estrinseca bensì intrinseca rispetto al « tipo », cui devono ritenersi applicabili tutte le norme previste dal codice per tale istituto.

18. *La condicio iuris: tutela di interessi esterni al programma negoziale (di carattere generale, o facenti capo a terzi estranei al negozio), incompatibili con l'immediata e piena efficacia del negozio.*

L'istituto della condizione legale, o *condicio iuris*, è tuttora oggetto di vive controversie, che riguardano sia la sua collocazione sistematica e natura giuridica, sia la disciplina applicabile, con particolar riferimento alla finzione di adempimento ed alla retroattività <sup>(114)</sup>. Rinviando al prosieguo dell'indagine per la soluzione

---

obbligatorio (si pensi, ad esempio, al mantenimento della destinazione economica, ed alla custodia della cosa).

<sup>(114)</sup> Sulle problematiche indicate nel testo, cfr. in vario senso BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 67 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 48 ss., e p. 110 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 94 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 8 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 636 ss.; CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 408 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 591 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 521 ss.; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 5 ss.; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 768 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 111 ss., e p. 152 ss.; BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 218 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 133 ss.; DEROUIN, *Pour une*

del problema circa l'utilità di una categoria dogmatica unitaria di *condicio iuris*, problema a cui, si può anticipare, verrà data soluzione positiva (cfr. *infra*, paragrafo 44), occorre in questa sede interrogarsi sull'effettiva consistenza e natura degli interessi sottostanti alla condizione legale. Come per la condizione volontaria, la risposta non può che venire da un'analisi fenomenica delle principali ipotesi di condizione legale disciplinate positivamente.

Si possono indicare i seguenti, principali esempi:

— le alienazioni di immobili siti in zone di confine, sottoposte alla condizione legale dell'approvazione prefettizia <sup>(115)</sup>;

— gli acquisti a seguito di esercizio della prelazione agraria, *ex art. 8 della legge 26 maggio 1965 n. 590*, sottoposti alla condizione legale sospensiva del pagamento del prezzo entro il termine stabilito <sup>(116)</sup>;

---

*analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 14 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 343 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 532 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 142 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 332 ss.; TATARANO, *Retroattività (dir. priv.)*, cit., p. 88-89; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 86 ss.; Id., *La condizione nei contratti*, cit., p. 421 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 39 ss. AVONDOLA, *Condizione legale e applicabilità dell'art. 1359 c.c.*, in *Contratti*, 1998, p. 557 ss.

<sup>(115)</sup> A norma dell'art. 1 della legge 3 giugno 1935 n. 1095, come sostituito dalla legge 22 dicembre 1939 n. 2207, « Tutti gli atti di alienazione totale o parziale dei beni immobili siti nelle zone delle Province di confine terrestre devono essere sottoposti all'approvazione del prefetto della Provincia. L'approvazione è necessaria anche per l'aggiudicazione di tali beni a seguito di vendita in via esecutiva. In mancanza di tale approvazione, gli atti sopraindicati sono privi di efficacia giuridica ».

Per la qualificazione della fattispecie come *condicio iuris*, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 108; GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 44 ss.; Cass. 30 gennaio 1951 n. 253, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, p. 340, con nota di CARRESI; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 261.

<sup>(116)</sup> Sul pagamento del prezzo nella prelazione agraria come *condicio iuris* sospensiva, cfr. per tutti TRIOLA, *La prelazione agraria*, Milano, 1984, p. 110 ss. In giurisprudenza, Cass. S.U. 9 maggio 1977 n. 1767, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 438; Cass. 20 febbraio 1979 n. 1092, in *Giur. agr.*, 1980, p. 219; Cass. 21 gennaio 1980 n. 465, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Agricoltura*, n. 281; Cass. 15 gennaio 1981 n. 356, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Agricoltura*, n. 282; Cass. 14 febbraio 1981 n. 915, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 262; Cass. 11 febbraio 1981 n. 848, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Agricoltura*, n. 280; Cass. 27 ottobre 1981 n. 5617, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Agricoltura*, n. 279; Cass. 10 maggio 1982 n. 2886, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Agricoltura*, n. 191; Cass. 24 febbraio 1983 n. 1432, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 188, ed

— i contratti di locazione con patti in deroga, sottoposti all'approvazione dell'associazione di categoria <sup>(117)</sup>;

— le alienazioni di beni culturali, sottoposte alla condizione sospensiva legale del mancato esercizio della prelazione da parte dello Stato, ex art. 32 della legge 1° giugno 1939 n. 1089 <sup>(118)</sup>;

— il trasferimento di farmacia, sottoposto alla condizione sospensiva legale dell'approvazione da parte del medico provinciale, ex art. 12 della legge 2 aprile 1968 n. 475 <sup>(119)</sup>;

---

in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 47 ss.; Cass. 10 giugno 1988 n. 3950, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1964; Cass. 18 luglio 1992 n. 8726, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Agricoltura*, n. 138; Cass. 26 febbraio 1993 n. 2455, in *Vita not.*, 1993, p. 1436; Cass. 26 ottobre 1994 n. 8789, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Agricoltura*, n. 168; Cass. 22 febbraio 1996 n. 1374, in *Vita not.*, 1996, p. 832.

Secondo questa giurisprudenza, il pagamento del prezzo « costituisce *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del contratto conclusosi con l'accettazione della proposta di alienazione notificata dal proprietario, con la conseguenza che il mancato avverarsi della condizione travolge automaticamente il contratto medesimo ».

In termini critici sulla configurabilità, in questa ipotesi, del pagamento come condizione sospensiva in senso tecnico, FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 110.

<sup>(117)</sup> Nel senso che l'assistenza delle associazioni di categoria (ex art. 11 della legge 8 agosto 1992 n. 359) costituisce una condizione legale sospensiva dell'efficacia del contratto di locazione in deroga, Pret. Rovigo 24 luglio 1995, in *Arch. locazioni*, 1996, p. 778.

<sup>(118)</sup> Ai sensi dell'art. 32 della legge 1089/1939, in pendenza del termine per l'esercizio della prelazione da parte dello Stato, « il contratto rimane condizionato sospensivamente all'esercizio del diritto di prelazione ». La norma è stata ora sostituita dall'art. 60, comma 3, del D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490, a norma del quale « l'ipoteca del termine prescritto dal comma 1 l'atto di alienazione è inefficace ». Cfr., sul punto, FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 91; ALIBRANDI-FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 1985, p. 479 ss.; CACCIA, *La tutela dei beni culturali e l'intervento del notaio*, in *Atti del XVIII Congresso Nazionale del Notariato*, Roma, 1985, p. 94 ss.; CARBONI, *Natura negoziale della prelazione dello Stato e sua riconducibilità nella categoria delle prelazioni legali*, in *Prelazione e retratto*, a cura di Benedetti e Moscarini, Milano, 1988, p. 540 ss.; GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 44; CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali sub condizione dell'esercizio del diritto di prelazione*, in *Foro amm.*, 1992, p. 975; T.A.R. Lazio 2 dicembre 1981 n. 1137, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Giustizia amministrativa*, n. 452; Cons. Stato 23 marzo 1982 n. 129, in *Foro it.*, 1982, III, c. 285; T.A.R. Lazio 15 marzo 1985 n. 548, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Antichità*, n. 61; Cons. Stato 24 maggio 1995 n. 348, in *Foro it.*, 1996, III, c. 226.

<sup>(119)</sup> Cass. 8 novembre 1983 n. 6587, in *Foro it.*, 1984, I, c. 465; T.A.R.



- il riconoscimento dell'ente destinatario di un'attribuzione *mortis causa* o di una donazione <sup>(120)</sup>;
- i contratti della pubblica amministrazione, sottoposti ad approvazione tutoria <sup>(121)</sup>;

---

Lombardia 6 novembre 1986 n. 871, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Farmacia*, n. 60; Comm. Trib. Centr. 15 febbraio 1990 n. 1206, in *Il Fisco*, 1990, p. 1946; Comm. Trib. Centr. 9 gennaio 1991 n. 137, *Corr. trib.*, 1991, p. 1217; Cass. 30 maggio 1995 n. 6050, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Vendita*, n. 27; Cass. 28 giugno 1995 n. 7263, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Farmacia*, n. 74; App. Roma 13 maggio 1997, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Farmacia*, n. 60.

<sup>(120)</sup> In senso dubitativo, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 41.

<sup>(121)</sup> L'approvazione dei contratti dello Stato è disciplinata dall'art. 19 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 (ai sensi del quale « Gli atti di aggiudicazione definitiva ed i contratti... non sono obbligatori per l'amministrazione, finché non sono approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato e non sono eseguibili che dopo l'approvazione »), e dagli artt. 103 ss. del R.D. 23 maggio 1924 n. 827.

Per la natura di *condicio iuris* dell'approvazione, SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 15; TORRENTE, *In tema di approvazione di contratti della Pubblica amministrazione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, I, p. 644 ss.; VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo* (nota a Cass. 30 aprile 1953 n. 1220), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, p. 765; Cass. 30 gennaio 1951 n. 253, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, p. 340, con nota di CARRESI, *Efficacia giuridica dell'autorizzazione prefettizia*; Cass. 14 agosto 1953 n. 2736, in *Foro it.*, 1954, I, c. 471, con nota di COLETTI; Cass. 18 luglio 1953 n. 2390, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1584, con nota di SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della P.A.*; Trib. Firenze 18 aprile 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1543; Cass. 15 novembre 1960 n. 3042, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1031; Cass. 9 gennaio 1961 n. 21, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1031; Cass. 27 marzo 1973 n. 839, in *Giust. civ.*, Rep. 1973, voce *Pubblica Amministrazione*, n. 23; Cons. Stato 8 maggio 1973 n. 504, in *Foro it.*, 1973, III, c. 373; Cass. 22 aprile 1974 n. 1150, in *Mass. Giust. civ.*, 1974, p. 531, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 421 ss.; Cass. 4 dicembre 1975 n. 4010, in *Giust. civ.*, Rep. 1975, voce *Pubblica amministrazione*, n. 41, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 451 ss.; Cass. 5 agosto 1977 n. 3559, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, p. 1429; Cass. 26 gennaio 1978 n. 369, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 645, ed in *Riv. not.*, 1978, II, p. 504; Cass. 1° febbraio 1985 n. 651, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1667; Cass. 26 luglio 1985 n. 4342, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Opere pubbliche*, n. 112; Cass. 4 marzo 1987 n. 2255, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 473 ss.; Cass. 8 luglio 1991 n. 7529, in *Rass. avv. Stato*, 1991, I, p. 490; Cass. 12 novembre 1992 n. 12182, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Comune*, n. 472; App. Roma 26 settembre 1995, in *Temi romana*, 1996, p. 361; Cass. 14 ottobre 1995 n. 10751, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratti della pubblica amministrazione*, n. 281.

Cfr. anche, sul punto, BUSCEMA S.-BUSCEMA A., *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1987, p. 357 ss., spec. p. 394 ss.; BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1989, p. 60 ss.

- il subingresso in concessione demaniale, subordinato all'approvazione dell'Autorità concedente <sup>(122)</sup>;
- i contratti di acquisto di merci, sottoposti alla condizione legale del rilascio della licenza amministrativa di importazione <sup>(123)</sup>;
- alcune figure di omologazione giudiziaria (art. 158 c.c., art. 1968 c.c., art. 135 l. fall.), in cui l'omologazione è espressamente prevista ai fini dell'efficacia dell'atto <sup>(124)</sup>;
- le autorizzazioni e approvazioni giudiziarie prescritte ai fini dell'efficacia dell'atto <sup>(125)</sup>;
- alcune figure di notificazioni <sup>(126)</sup>;
- l'iscrizione della società di capitali nel registro delle imprese <sup>(127)</sup>;
- i rifiuti c.d. eliminativi, con i quali vengono risolti gli effetti

<sup>(122)</sup> Cass. 11 novembre 1967 n. 2718, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 1375, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 438 ss.; Cass. 11 luglio 1968 n. 2444, in *Giust. civ.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 121, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 456.

<sup>(123)</sup> Sulla licenza amministrativa di importazione come *condicio iuris*, Cass. 28 maggio 1954 n. 1731, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, II, p. 169, con nota di VARELLI; Cass. 16 novembre 1960 n. 3071, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 237 ss., ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 477 ss.; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1990, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 1604, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 209 ss.; Trib. Napoli 10 maggio 1985, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 466 ss.

<sup>(124)</sup> Sull'omologazione della transazione in giudizio di falso, e del concordato nel fallimento come *condicio iuris*, SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 16. Per la natura di *condicio iuris* dell'omologazione del concordato preventivo o fallimentare, e, più in generale, per l'individuazione di una serie di *condiciones iuris* nel processo fallimentare, cfr. DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 15 ss.

Per la configurazione come condizione sospensiva dell'omologazione delle convenzioni matrimoniali, GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 44; nel diritto francese, cfr. DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, in *Revue trim. droit civ.*, 1978, p. 6.

Nel senso che l'omologazione della separazione tra coniugi è « elemento imprescindibile per la validità della separazione consensuale », COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 41.

<sup>(125)</sup> Cfr. *infra*, nota 154 del capitolo VI. Per alcuni esempi di autorizzazioni il cui difetto importa inefficacia dell'atto, VERDE, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 1989, p. 205 ss.

<sup>(126)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 109.

<sup>(127)</sup> TATARANO, « Incertezza », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 129.

diretti prodotti con i negozi a favore di terzo (es., artt. 649, 1411, comma 3, c.c.) <sup>(128)</sup>.

Secondo qualche opinione, è configurabile come *condicio iuris* sospensiva anche l'iscrizione dell'ipoteca (art. 2808, 2° comma c.c.) <sup>(129)</sup>, e come condizione legale risolutiva dell'acquisto compiuto in violazione del diritto di prelazione legale, il riscatto <sup>(130)</sup>.

---

<sup>(128)</sup> Sulla categoria dogmatica del rifiuto eliminativo (come tale distinto sia dalla rinuncia abdicativa, sia dal rifiuto c.d. impeditivo), cfr. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 107 ss.; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 155 ss.; ID., *Il contratto a favore di terzi*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, p. 73 ss.; MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, p. 142 ss.

Sulla c.d. rinuncia al legato come *condicio iuris* risolutiva, cfr. TRABUCCHI, *Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 914; GIORDANO-MONDELLO, *Legato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 747 (ed ivi ulteriori riferimenti); BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, edizione aggiornata a cura di Liserre e Floridia, Torino, 1993, p. 1221; LOPS, *Il legato*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 1008-1009; RIZZI, *Acquisto e rinuncia al legato: forma, trascrizione e disciplina fiscale*, in *Notariato*, 1995, p. 569 ss. *Contra*, CICU, *Testamento*, cit., p. 235; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 507; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, p. 379 ss.

<sup>(129)</sup> La configurazione dell'iscrizione ipotecaria come *condicio iuris* era stata proposta vigente il codice civile del 1865: cfr., tra gli altri, SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 16; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 109. È stato tuttavia obiettato che l'iscrizione può influire non solo sul se o sul quando della nascita degli effetti, ma anche sul contenuto dei medesimi (quando, ad esempio, con l'iscrizione si determina il bene da vincolare se il titolo è generale, o il valore da garantire se il credito è illiquido): RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 228-229; TAMBURRINO, *Le ipoteche*, Torino, 1976, p. 52; BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1984, p. 454. Stante, poi, il valore costitutivo dell'iscrizione e la sua valenza negoziale (GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 119 ss.), è preferibile configurare la stessa come uno degli elementi centrali (quindi non marginale) di una fattispecie a formazione progressiva.

<sup>(130)</sup> Per il riscatto agrario come *condicio iuris* risolutiva, Cass. 20 febbraio 1979 n. 1092, in *Giur. agr.*, 1980, p. 219, con nota di TRIOLA; Cass. 13 novembre 1979 n. 5899, in *Giur. agr.*, 1980, p. 494; Cass. 21 gennaio 1980 n. 465, in *Giur. agr.*, 1980, p. 672, con nota di TRIOLA; Cass. 14 febbraio 1981 n. 915, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 262. L'opinione prevalente fa riferimento alla categoria del diritto potestativo (che, tuttavia, non è incompatibile con il congegno della condizione legale): cfr., per tutti, TRIOLA, *Il diritto di riscatto nella prelazione legale: struttura, modalità ed effetti del suo esercizio*, in *Vita not.*, 1989, p. 370 ss. Sembra, in realtà, che più che alla *condicio iuris* debba farsi riferimento alla categoria delle fonti di imputazione,

Certamente configurava, inoltre, una fattispecie di *condicio iuris* l'autorizzazione dell'Autorità governativa per gli acquisti delle persone giuridiche ex art. 17 c.c., ora abrogata (dall'art. 13 della legge 15 maggio 1997 n. 127) <sup>(131)</sup>. Discussa è la qualifica di condizione legale dell'accettazione di eredità, rispetto al testamento contenente l'attribuzione *mortis causa* <sup>(132)</sup>. Non possono

---

o di qualificazione soggettiva dell'effetto: l'esercizio del riscatto comporta la sostituzione (con effetto *ex tunc*, secondo la prevalente opinione) del retraente al retrattato, e quindi non incide sul prodursi dell'effetto traslativo, ma soltanto sull'individuazione del destinatario degli effetti.

<sup>(131)</sup> Per la configurazione dell'autorizzazione ex art. 17 c.c. come requisito di efficacia, e non di validità, e quindi per l'autorizzazione successiva come *condicio iuris*, GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 251 ss.; Cass. 9 gennaio 1961 n. 21, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 1025, con nota di CARON; Cass. 5 febbraio 1982 n. 675, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 253; Cass. 24 gennaio 1992 n. 810, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Enti e beni ecclesiastici*, n. 15; Cass. 19 luglio 1995 n. 7862, in *Vita not.*, 1995, p. 1340.

<sup>(132)</sup> La concezione dell'accettazione di eredità come *condicio iuris* è stata sostenuta con vigore da FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 265 ss., spec. nota 73. L'Autore individua tre fasi della vicenda successoria: la redazione del testamento, che acquisterebbe immediatamente rilevanza oggettiva; la morte del testatore, che fungerebbe da fonte di imputazione, o di qualificazione soggettiva dell'effetto giuridico, individuando il destinatario degli effetti e quindi attribuendo rilevanza anche soggettiva alla disposizione testamentaria; l'accettazione di eredità, elemento estrinseco cui l'Autore assegna la connotazione di concausa e coelemento accidentale di efficacia.

In senso contrario, cfr. soprattutto LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, p. 166 ss. (quest'ultimo nell'ambito di una ricostruzione tendente a negare la negozialità del testamento, e quindi la riconducibilità degli effetti successivi ad una fattispecie complessa di cui il testamento individui il negozio e l'accettazione di eredità la condizione); CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 377 ss. Cfr. anche, sul punto, LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 202 ss.

La questione è indubbiamente complessa, ed esula dall'economia del presente lavoro. Qualche spunto per una soluzione può rinvenirsi, peraltro, anche dalle conclusioni qui raggiunte. Sotto un primo profilo, l'accettazione di eredità, che non tollera termini, condizioni e non può in alcun modo influire sul contenuto dell'effetto successorio, determinandone solamente l'*an* ed il *quando* (oltre a individuare il soggetto cui imputare l'effetto), ben si presterebbe, sotto il profilo strutturale, ad essere qualificata come concausa dell'effetto giuridico (e precisamente come fonte di imputazione, piuttosto che *condicio iuris* in senso tecnico). Inoltre non costituisce ostacolo il problema dell'accidentalità o estrinsecità, che pur nella ricostruzione di Falzea poteva ingenerare qualche dubbio, trattandosi di

invece essere ricomprese nella nozione di condizione legale altre situazioni, in cui la legge subordina all'evento non già l'efficacia, ma l'esecuzione (art. 2411 c.c.), ovvero l'opponibilità dell'atto (artt. 1264, 2644, 2913 c.c.) <sup>(133)</sup>. Neanche costituisce condizione legale il

---

requisiti che, come dimostrato nel presente studio, non sono essenziali ed indefinibili per la configurazione di una condizione in senso tecnico. Non osterebbe neanche l'esigenza di configurazione dell'istituto in termini unitari nella successione testamentaria e legittima: in questo secondo caso la fattispecie principale sarebbe costituita, secondo Falzea, dalla particolare situazione di fatto (rapporto di parentela, o altro) cui l'ordinamento ricollega la vocazione legittima. Non vi sono, tuttavia, problemi per l'utilizzo della categoria condizionale (legale) quando la fattispecie principale sia data da una mera situazione di fatto, e non da un negozio giuridico o un atto giuridico in senso stretto: si vedrà (paragrafo 44) che la *condicio iuris* può incidere anche sull'efficacia di una fattispecie non negoziale.

Il vero problema è dato, invece, dal ruolo dell'accettazione di eredità, che non sembra comprimibile al ruolo di mera concausa di efficacia. Ciò appare evidente, tra l'altro, dalle norme sulla trascrizione degli acquisti *mortis causa* (artt. 2648, 2660 c.c.), che chiaramente individuano l'accettazione dell'eredità come elemento primario della fattispecie acquisitiva.

Neanche alla morte sembra possibile attribuire un ruolo di semplice concausa: sembrano, in questo senso, corretti i rilievi di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 37 ss., 58 ss., il quale evidenzia che, prima della morte, il negozio difficilmente può ritenersi provvisto di rilevanza esterna, come risulta chiaramente dall'inesistenza di qualsiasi effetto preliminare prima dell'apertura della successione. La morte fungerebbe quindi non da mera concausa di efficacia, bensì da elemento centrale della fattispecie complessa: elemento imprescindibile per l'attribuzione all'atto testamentario, già perfetto al momento della sua redazione, di rilevanza nei confronti dei terzi; elemento essenziale, per altro verso, ai fini dell'individuazione sia del soggetto che dell'oggetto dell'attribuzione.

Si muove in questo senso la ricostruzione teorico-generale di Pugliatti (*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 104 ss.), secondo il quale il fenomeno della successione in senso tecnico (a differenza del trasferimento dei diritti) gravita sulla persona del successore (e non dell'alienante), e quindi sull'atto di accettazione: quest'ultimo assume quindi rilievo principale nella fattispecie complessa, e non è riducibile al ruolo di mera concausa.

In ogni caso, il codice civile regola minutamente l'istituto dell'accettazione di eredità, lasciando poco spazio ad un'integrazione analogica della disciplina tramite le disposizioni sulla condizione, sì da rendere probabilmente inutile, oltre che non corretto, l'utilizzo del suddetto concetto.

<sup>(133)</sup> Per la netta differenziazione dell'inopponibilità — quale limitazione attinente alla fase di attuazione dell'effetto rispetto a determinati terzi — rispetto all'inefficacia, cfr. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 353 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 11.

Sul ruolo della notifica al debitore ceduto della cessione del credito, cfr.

riscatto a seguito di violazione di prelazione legale, posto che, con l'esercizio del diritto potestativo di riscatto, il bene viene acquistato da parte del retraente a titolo derivativo dall'acquirente, e non dall'alienante come se l'acquisto si fosse risolto retroattivamente<sup>(134)</sup>. Non è condizione legale, secondo la dottrina, neanche la ricezione della dichiarazione recettizia<sup>(135)</sup>.

Caratteristica precipua della *condicio iuris* è, come acutamente

DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 295 ss. (ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

Sulla immediata produzione degli effetti dell'atto soggetto a trascrizione, sia tra le parti che nei confronti dei terzi, e sul significato dell'inopponibilità *ex art.* 2644 c.c., cfr. per tutti SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 352 ss. (ivi, alla nota 224, citazioni di dottrina a favore e contro la definizione della trascrizione come *condicio iuris*). Escludeva la configurabilità della trascrizione come *condicio iuris* già RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 52, nota 1: « la trascrizione opera nei riguardi di un solo effetto (definitivo) singolo (cioè l'effetto reale-traslativo), e di questo stesso effetto non sospende la nascita, ma semplicemente impedisce che si faccia valere di fronte ad una particolare categoria di terzi ».

Nel senso che « L'atto con cui viene alienato un bene immobile precedentemente sottoposto a pignoramento, pur essendo inopponibile ai creditori a norma dell'art. 2913 c.c., è immediatamente produttivo di effetti tra le parti e non può quindi considerarsi come atto sottoposto alla *condicio iuris* della estinzione del vincolo espropriativo », Cass. 16 marzo 1981 n. 1475, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2217.

Sul ruolo del c.d. *transfert* dei titoli di credito nominativi, e per l'esclusione della condizionalità, cfr. GALGANO, *Mancata esecuzione del « transfert » ed esercizio dei diritti sociali nel trasferimento per girata delle azioni nominative*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 418 ss. (ed ivi riferimenti).

Per quanto riguarda gli effetti dell'omologazione delle modificazioni statutarie di società di capitali, cfr. ANGELICI, *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 621 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Brevi note sulle deliberazioni in attesa di omologazione*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Milano 1991, p. 229 ss.; LANDOLFI, *La polivalenza della « omologazione-iscrizione » degli atti societari*, in *Impresa e tecniche*, cit., p. 241; SALAFIA, *Omologazione e pubblicità in rapporto all'efficacia delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo*, in *Impresa e tecniche*, cit., p. 289; GABRIELLI, *Procedimento per le modificazioni dell'atto costitutivo di società di capitali*, in *Vita not.*, 1982, p. 561 ss.

<sup>(134)</sup> Per Cass. 20 febbraio 1979 n. 1092, in *Giur. agr.*, 1980, p. 219, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 440-441, l'atto di vendita a terzi di un fondo soggetto a prelazione agraria deve considerarsi sottoposto alla *condicio iuris* dell'esercizio del diritto di riscatto.

<sup>(135)</sup> GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 389-390, il quale evidenzia come, prima della ricezione, la dichiarazione non

rilevato <sup>(136)</sup>, e come può ravvisarsi dagli esempi sopra riportati, la presenza di un *interesse esterno poziore e incompatibile* — facente capo alla comunità giuridica in genere (*interesse pubblico*), o più semplicemente a soggetti terzi rispetto alle parti del negozio (*interesse privato esterno*) — che, essendo di *ordine superiore* e prevalendo quindi sull'interesse interno negoziale, determina l'inefficacia del negozio finché, con il verificarsi dell'evento condizionante, il medesimo interesse esterno possa dirsi realizzato o comunque non più incompatibile con la realizzazione dell'interesse negoziale. Mentre, quindi, nel caso della condizione volontaria l'interesse alla condizione fa capo allo stesso soggetto autore del negozio, « nel caso della condizione legale viceversa a quest'ultimo fa capo solo il sistema interno, e quello esterno concerne invece un altro soggetto il quale non può tutelarlo perché non partecipa all'atto. Onde il congegno condizionale è volto alla esclusiva tutela dell'interesse di questo soggetto estraneo all'atto, ed in nessun caso, neanche quando l'evento si verifichi, può dirsi destinato alla tutela dell'interesse dell'agente » <sup>(137)</sup>.

La teoria del piano di interessi esterni ed incompatibili, teorizzata da Falzea per l'intera categoria condizionale, mantiene quindi interamente la sua validità con riferimento alla *condicio iuris* <sup>(138)</sup>.

#### 19. *Rilevanza causale degli interessi tutelati in alcune fattispecie di condizione legalmente tipizzate.*

La delimitazione degli esatti contorni del fenomeno condizionale — da effettuarsi, secondo un corretto criterio metodologico, a partire dalla disciplina positiva e non per astratte concettualizzazioni — richiede l'analisi, oltre che delle norme codicistiche dedi-

---

produca alcun effetto preliminare, concludendo che trattasi non già di elemento marginale, ma di elemento centrale della fattispecie complessa.

<sup>(136)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 107 ss.

<sup>(137)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 111.

<sup>(138)</sup> Non può essere quindi integralmente accolta — quanto meno in relazione alla *condicio iuris* — l'affermazione di AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., secondo la quale « il c.d. interesse esterno altro non è che la mancanza (intesa come mancato concretamento, nella condizione sospensiva, o come mancato consolidamento, nella risolutiva) dell'(unico) interesse interno regolato »: prospettiva certamente valida relativamente alla *condicio facti*, ma inapplicabile all'ipotesi in esame.

cate *ex professo* alla condizione, delle altre disposizioni, sparse nella disciplina delle obbligazioni e del contratto in genere, o dei contratti speciali, che « tipizzano » alcuni specifici contratti condizionali, particolarmente ricorrenti nella pratica e come tali fatti oggetto di una puntuale e specifica regolamentazione. Il fenomeno, ben noto anche al di fuori dell'istituto della condizione <sup>(139)</sup>, è quello della regolamentazione di alcuni effetti — il cui effettivo ambito di applicazione è più ampio di quello apparente — nell'ambito di una disciplina settoriale. L'analisi della regolamentazione condizionale contenuta in alcuni tipi o sottotipi negoziali può quindi risultare utile, oltre che per l'integrazione della disciplina contenuta negli artt. 1353 ss. del c.c. <sup>(140)</sup>, anche sotto il profilo teorico generale, al fine di individuare un concetto di condizione ricostruito non deduttivamente, ma induttivamente. A tal fine, l'analisi delle specifiche fattispecie negoziali, nelle quali la legge ricollega il prodursi od il venir meno degli effetti al verificarsi di un evento futuro ed incerto, deve verificare le caratteristiche strutturali delle fattispecie medesime e gli interessi da esse evidenziati, raffrontandoli quindi con struttura ed interessi desumibili dalle

---

<sup>(139)</sup> ALLARA, *La vendita*, Torino, 1958, p. 31; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 439 ss., spec. p. 441, ove si evidenzia che « I regolamenti dei cosiddetti contratti tipici sono dunque destinati, più che a "contratti" veri e propri, a clausole, "a pezzi di contratto" ». Per DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 53 e 54, « è nell'elenco dei tipi che si rinviene la sede principale della disciplina legislativa in materia contrattuale »; infatti « il nostro sistema legale dei tipi contrattuali non rispetta talora l'esigenza logica secondo cui « il regolamento di ciascun tipo di contratto dovrebbe, a rigore, essere costituito da un complesso di norme, oltre che integrative o deroganti al regolamento generale, *esclusive* del tipo »: è noto l'esempio delle norme sulla garanzia per evizione e per vizi, che, pur previste nella disciplina della vendita, non si applicano soltanto ad essa, poiché tali garanzie non sono effetto tanto della vendita, quanto dell'alienazione a titolo oneroso. Ed altri esempi possono essere ricordati: si pensi alle norme relative alla vendita di cosa futura e alla vendita di cosa altrui, non esclusive della vendita, ma comuni a tutti i contratti nei quali è deducibile una cosa futura o una cosa altrui; o alla norma che precisa i requisiti dell'inadempimento necessari per la risoluzione, dettata per la somministrazione, ma applicabile a tutti i contratti di durata ».

<sup>(140)</sup> In questa direzione si muove PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 151 ss., e spec. p. 371 ss., il quale, dalla considerazione di una serie di fattispecie tipiche di negozi risolutivamente condizionati trae la disciplina della situazione giuridica soggettiva dell'alienante sotto condizione sospensiva e dell'acquirente sotto condizione risolutiva, qualificate dall'Autore come « proprietà risolubile ».



disposizioni generali sulla condizione; l'analisi deve quindi spostarsi sul piano degli effetti, al fine di verificare, da un lato, se la disciplina generale sulla condizione sia applicabile a tali fattispecie tipiche<sup>(141)</sup>, e, dall'altro, se la disciplina settoriale delle stesse fattispecie tipiche sia suscettibile di estensione all'ambito più generale della condizione<sup>(142)</sup>.

Particolarmente importanti, ai fini della valutazione del dogma dell'estrinsecità assiologica della condizione, si rivelano una serie di disposizioni di diritto positivo, che contemplano vere e proprie condizioni volontarie, tipizzate dal legislatore in quanto particolarmente ricorrenti nella pratica, ma in nulla dissimili dalle altre condizioni che le parti volontariamente appongono ai negozi dalle stesse stipulati. La caratteristica di queste condizioni è la loro *rilevanza causale*, l'incidenza cioè della clausola e dell'evento condizionante sulla funzione concreta del negozio, e quindi sull'interesse fondamentale « interno » del negozio medesimo. È quindi lo stesso diritto positivo, in queste ipotesi, a smentire la tesi della estrinsecità assiologica della condizione, e a fornire un'importante conferma della natura variegata degli interessi coinvolti nel meccanismo condizionale, e del frequente utilizzo di esso per la migliore tutela dello stesso interesse interno negoziale.

a) Viene innanzitutto in considerazione la c.d. *vendita a prova*, che le parti subordinano al positivo accertamento di requisiti convenzionali o legali del bene; essa, secondo l'art. 1521 c.c. « si presume fatta sotto la condizione sospensiva che la cosa abbia le

---

<sup>(141)</sup> Secondo PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 158 ss., le norme sulla condizione sono applicabili direttamente, e non per analogia, alle fattispecie di negozi « tipicamente » condizionati che rappresentino un « sottotipo » e non un tipo autonomo, con l'unico limite della loro compatibilità con le particolari disposizioni sancite per il sottotipo in questione. Trattandosi, invece, di tipizzazione che abbia condotto alla creazione di un tipo autonomo, la condizione perderebbe il suo carattere di marginalità ed estrinsecità, e la disciplina condizionale sarebbe applicabile solo per analogia. Ove si concordi sulla ricostruzione proposta nella presente indagine, che nega la rilevanza dei requisiti di estrinsecità ed accidentalità per la definizione del concetto di condizione, non potrà distinguersi tra tipi e sottotipi, e la disciplina condizionale risulterà sempre applicabile — con l'ovvio limite della compatibilità — a tutte le specifiche ipotesi di condizioni « legalmente tipizzate ».

<sup>(142)</sup> Per esempi di applicazione della disciplina di condizioni tipiche al più generale ambito condizionale, cfr. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 350-351, e p. 373 ss.

qualità pattuite o sia idonea all'uso a cui è destinata ». È da condividersi l'orientamento dottrinale che evidenzia il carattere decisivo della qualificazione condizionale sospensiva attribuita dal legislatore alla fattispecie in esame, ai fini della identificazione della sua natura giuridica <sup>(143)</sup>. Anche la giurisprudenza, del resto, è

---

<sup>(143)</sup> Per la natura condizionale sospensiva della vendita a prova, NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 444; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 79-80; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 784; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 152-153; SMIROLODO, *Condizione unilaterale di vendita*, cit., c. 564, e nota 20; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 414 ss., 421 ss.; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 8; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 263 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 82-83; ID., *La condizione e gli altri elementi accidentali*, cit., p. 813; MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 118.

Secondo parte della dottrina, nella vendita a prova ricorrerebbe piuttosto una condizione impropria, in quanto riferita al passato e non al futuro: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 415 ss.; GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1287 ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 268, e MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 287; MIRABELLI, *I singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, p. 166. È preferibile la teoria condizionale propria, dovendosi ritenere che sia dedotto in condizione il fatto della « prova », come tale futuro ed incerto, e non l'esistenza in sé delle qualità pattuite: v., in questo senso, GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 415-416 (per il quale nella vendita a prova si ha incertezza oggettiva e non soggettiva, « in quanto non si tratta soltanto di accertare elementi preesistenti, come le qualità pattuite, ma di sperimentare se e come tali qualità agiranno o reagiranno in quelle particolari condizioni e per quei peculiari fini che si intendono realizzare o raggiungere dal compratore subordinando a questo riscontro l'efficacia del negozio »); MAIORCA, *op. ult. cit.*, p. 288, nota 58 (in senso dubitativo). Del resto, anche Autori che parlano di condizionalità impropria (come Rubino e Gabrielli) ammettono che la disciplina condizionale trova comunque applicazione diretta, e non analogica, alla vendita a prova, per espressa volontà legislativa.

BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 264-265, assume una posizione intermedia, evidenziando per un verso il ruolo svolto dalla prova nella vendita di beni futuri ed in altre fattispecie in cui detta prova è evento futuro rispetto all'atto; per altro verso, ammette che in alcuni casi la prova sia solo soggettivamente incerta. Evidenzia anche la possibilità che la prova attenga alla fase esecutiva, e non all'efficacia del contratto: ciò spiega, tra l'altro, la disposizione dell'art. 1521 c.c., che parla di « presunzione di condizione sospensiva », presunzione quindi di sospensione dell'efficacia, salvo prova di una diversa volontà delle parti. Peraltro, la prova contraria potrebbe riguardare la natura risolutiva della condizione: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., p. 79; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 419; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 415; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 167.

pacificamente per la natura condizionale della vendita a prova <sup>(144)</sup>. Né, d'altra parte, può effettuarsi una qualificazione in termini di coelemento necessario, trattandosi di condizione posta dalle parti nell'ambito della propria autonomia, la cui funzione è essenzialmente quella di evitare che il rischio della mancanza di determinate qualità venga addossato al creditore quale conseguenza del suo inadempimento <sup>(145)</sup>. Dalla qualificazione condizionale della fattispecie discendono una serie di conseguenze, puntualmente segnalate dalla dottrina, come la retroattività <sup>(146)</sup>, l'applicazione della finzione di avveramento <sup>(147)</sup>, la qualificazione come condizione unilaterale (con conseguente rinunciabilità alla prova da parte del compratore) <sup>(148)</sup>, l'accollo del rischio, nelle more della prova, al venditore (*ex art. 1465, ult. comma,*

---

BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972, p. 297, ritiene trattarsi di una vendita obbligatoria, nella quale l'effetto traslativo, nonché l'obbligo di pagamento del prezzo, sono sospesi fino all'esperimento positivo della prevista qualità.

<sup>(144)</sup> Cass. 27 luglio 1956 n. 2910, in *Giust. civ.*, Mass. 1950, 980; Cass. 21 ottobre 1957 n. 1014, in *Giust. civ.*, Mass. 1957, 1517; Cass. 14 marzo 1964 n. 567, in *Giust. civ.*, Mass. 1964, 249; Cass. 2 marzo 1967 n. 483, in *Giust. civ.*, Mass. 1967, 252; Cass. 16 ottobre 1969 n. 3384, in *Giur. it.*, Rep. 1969, voce *Vendita*, n. 213; Cass. 7 giugno 1976 n. 2082, in *Foro it.*, 1977, I, c. 471; Cass. 27 febbraio 1986 n. 1270, in *Vita not.*, 1986, p. 293.

<sup>(145)</sup> BIANCA, *op. e loc. ult. cit.*, secondo cui nella vendita a prova « la qualità *da sperimentare* esula dall'impegno dell'alienante ». L'Autore inquadra la fattispecie tra le vendite obbligatorie, pur ammettendo, almeno in parte, l'applicazione della disciplina condizionale.

<sup>(146)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., p. 80; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 423; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 167, nota 5.

<sup>(147)</sup> Sull'applicabilità della finzione di avveramento nella vendita a prova, Cass. 14 marzo 1949 n. 504, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 395; App. Milano 9 gennaio 1970, in *Mon. trib.*, 1970, p. 383; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 422, nota 110-bis; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 423; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 167; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 266 ss. In senso critico (ma sulla base di un preteso automatismo della finzione di avveramento), BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 298, nota 1, e p. 299, nota 10.

<sup>(148)</sup> Nel senso che si tratti di condizione unilaterale, e che il compratore possa rinunciare all'esperimento della prova, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 421-422; SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita*, cit., c. 565; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 423; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 167-168; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 268; MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 118-119.

c.c.) <sup>(149)</sup>. In base al dovere di buona fede *ex art.* 1358 c.c. può spiegarsi agevolmente l'obbligo del compratore di eseguire la prova, e del venditore di consentire la prova medesima <sup>(150)</sup>. L'accertamento dei requisiti del bene è un atto non negoziale <sup>(151)</sup>: tale natura, e le caratteristiche dell'accertamento — e quindi l'ancoraggio a criteri obiettivi di verifica e la responsabilità in caso di rifiuto ingiustificato di acquisto nonostante l'esito positivo della prova — dimostrano che si tratta di condizione potestativa semplice, e non meramente potestativa <sup>(152)</sup>.

Ciò che più preme, qui, segnalare, è l'inconciliabilità della natura condizionale della vendita a prova, pur costantemente affermata, con il dogma dell'estrinsecità della condizione <sup>(153)</sup>, visto

<sup>(149)</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 418; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 299; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 423.

<sup>(150)</sup> Gli obblighi relativi all'esperimento della prova sono ricollegati dalla dottrina al dovere di buona fede *ex art.* 1358 c.c. (con conseguente applicazione, in caso di violazione, dell'art. 1359 c.c.): RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 421; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 423; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 167; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 269 ss., 271 ss.

<sup>(151)</sup> MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., p. 368; ID., *I singoli contratti*, cit., p. 167; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 419; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 273.

<sup>(152)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 82-83, esclude che si tratti di condizione meramente potestativa *ex art.* 1355 c.c.: in primo luogo perché la fattispecie opera a favore del compratore, e non dell'alienante; in secondo luogo, perché « l'arbitrarietà dell'evento « condizionante » è assai relativa, posto che esistono in ogni caso dei limiti oltre i quali il rifiuto dell'acquirente risulta ingiustificato ». Cfr. sul punto anche BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 19-20, e p. 153, nota 4. L'esclusione della mera potestatività discende anche dalla possibilità di esperire un accertamento giudiziale in caso di controversia sull'esito della prova: RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 425; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 301 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 422; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 168; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 274; Cass. 15 giugno 1942 n. 1678, in *Foro it.*, Rep. 1942, voce *Vendita*, nn. 101-102; Cass. 11 agosto 1943 n. 2177, in *Foro it.*, Rep. 1943-1945, voce *Vendita*, n. 123; Cass. 14 marzo 1949 n. 504, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 395.

<sup>(153)</sup> Per l'esclusione della condizionalità della vendita a prova sulla base dell'assenza del presunto requisito della estrinsecità, sembra, GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1320, secondo cui l'esame delle qualità della cosa rappresenta « nella conclusione di qualsiasi contratto, un momento ineliminabile del processo psichico di formazione del consenso: rappresenta una delle operazioni gnoseologiche sulle quali necessariamente si fonda la valutazione finale di

che l'interesse tutelato attraverso questa tipologia di condizione volontaria è lo stesso interesse interno negoziale all'esistenza di date qualità nel bene compravenduto <sup>(154)</sup>.

b) La *donazione con riserva di disporre di cose determinate* (art. 790 c.c.) è inquadrata, pressoché pacificamente, nell'ambito dei negozi risolutivamente condizionati <sup>(155)</sup>; più precisamente, si è

---

opportunità». L'opinione di Gabrielli è espressa, peraltro, nell'ambito di un'indagine focalizzata sulla vendita con riserva di gradimento, nella quale, per precisa scelta legislativa, il gradimento è elemento di perfezionamento del contratto. Portata generale ha invece l'affermazione dell'Autore (p. 1320) per cui « condizione in senso proprio può essere soltanto un fatto o circostanza accidentale, nel senso di estraneo alla normale fattispecie del negozio », per la cui confutazione si rinvia a quanto detto nel testo.

L'accettazione del dogma della estrinsecità della condizione induce coerentemente anche GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 126 ss., e p. 237-238, a negare la condizionalità della vendita a prova, pur essendo costretto l'Autore a riconoscere che la prova — definita dallo stesso come « concausa necessaria » — non assume neanche « la funzione di fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto », in quanto elemento « imposto da un particolare atteggiamento conferito volontariamente dalle parti al contenuto precettivo del negozio »: si verrebbe quindi a creare un *tertium genus*, la subordinazione dell'efficacia del negozio — per volontà delle parti — al sopravvenire di un coelemento necessario ed « intrinseco », di cui non viene chiarita né la natura, né la disciplina giuridica, pur facendosi cenno ad « un meccanismo identico a quello riscontrabile in ogni ipotesi di vendita condizionata ».

<sup>(154)</sup> GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 415: « Queste circostanze, di regola, non costituiscono materia di condizione, ma elementi che rientrano nel contenuto dell'obbligazione del venditore, se non altro sotto il riflesso della garanzia (vizi). Ma le parti, nella loro autonomia contrattuale e nel loro insindacabile giudizio sulle esigenze del proprio rapporto, possono estrarre dati elementi dall'obbligazione del venditore e farne oggetto di una condizione ».

<sup>(155)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 465 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 316, e nota 59 (per il quale la donazione può considerarsi condizionata « solo relativamente a quella parte del suo oggetto per cui è prevista la riserva e sempreché la riserva abbia per oggetto i beni donati »); GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 339 ss.; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 113-114 (quando la riserva si eserciti su un oggetto determinato); PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 18 ss., e p. 317 ss.; PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Pietro Rescigno, cit., p. 207-208; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 535.

In senso contrario, CASULLI, *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 987 (« non può parlarsi di rapporto sottoposto a condizione né sospensiva né risolutiva, ma piuttosto di una particolare limitazione dell'importo della dona-

individuato in essa una condizione risolutiva meramente potestativa, in cui l'evento condizionante è rappresentato dall'atto di disposizione da parte del donante. La figura in esame, ed in particolare le restrizioni previste dall'art. 790 (limitazione della riserva a parte dei beni donati, non esercitabilità della stessa da parte degli eredi del donante), risultano preziose per la ricostruzione sistematica dell'istituto condizionale, e della condizione risolutiva meramente potestativa in particolare. Come si vedrà (cfr. *infra*, paragrafo 27), la condizione meramente potestativa si caratterizza per la tendenziale indeterminatezza dell'interesse sottostante alla clausola condizionale, che viene per lo più identificato con lo stesso interesse al contratto o al negozio, e quindi, per definizione, con l'interesse interno costituente la stessa causa del negozio: la condizione *ex art. 790 c.c.* costituisce quindi una delle testuali previsioni di condizione assiologicamente « intrinseca », in quanto posta a servizio dello stesso « interesse al contratto », e non di interessi esterni.

c) Le superiori conclusioni valgono anche per la *donazione sottoposta a condizione di reversibilità* (artt. 791 e 792 c.c.), anch'essa pacificamente inquadrata — trattandosi di reversibilità « reale » e quindi automatica — tra le condizioni risolutive <sup>(156)</sup>, e

---

zione qualora la facoltà venga ad essere effettivamente esercitata »); COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 82 (secondo la quale la clausola di riserva « ha la funzione di strumento diretto a definire l'oggetto della liberalità in ragione della regola di determinabilità del contenuto dei rapporti giuridici ». Non sembra peraltro che tale formulazione apporti chiarezza alla comprensione del fenomeno); CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 269, nota 174 (che esclude la natura condizionale del fenomeno, la particolarità dell'art. 790 consisterebbe nel fatto che il donante, avvalendosi della riserva, può « ridurre secondo il proprio mero arbitrio l'efficacia del contratto già perfezionatosi »: sembra, quindi, che l'obiezione consista nel fatto che la « condizione », in questo caso, finirebbe con l'influenzare non solo l'*an* ed il *quando* dell'efficacia, ma altresì il contenuto degli effetti negoziali).

<sup>(156)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 468 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 153 ss. (che ritiene applicabili in via diretta le norme sulla condizione, e quindi, tra l'altro, gli artt. 1356, 1358, 1359 c.c.); GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 344; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 340; PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 20 ss., e p. 326 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 39, e p. 124; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 561. *Contra*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 33 e 41, secondo il quale — ma si tratta di affermazione difficilmente comprensibile — la clausola di reversibilità non sarebbe « parte intrinseca della

caratterizzata dall'inesistenza di un interesse esterno al negozio quale presupposto della clausola condizionale. Con tale tipo di condizione, si consegue infatti la risoluzione del contratto di donazione, o per il caso di premorienza del solo donatario, ovvero per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti. Si è rilevato che il patto costituisce l'espressione di un particolare *intuitus personae* in relazione alla figura del donatario (ed eventualmente dei suoi discendenti) <sup>(157)</sup>: vale a dire, di una particolare conformazione dello spirito di liberalità e dell'interesse a donare, atteggiandosi quindi la donazione come il mezzo tecnico per la realizzazione di questa peculiare causa donativa.

d) Sempre nell'ambito della disciplina delle donazioni, una figura importante, sotto il profilo di che trattasi, è la *donazione obnuziale*, o donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio (art. 785 c.c.). Pressoché pacifica è la natura condizionale in senso tecnico dell'evento futuro ed incerto costituito dal matrimonio (estraneo strutturalmente al ciclo formativo interno della fattispecie, e necessario solo per il prodursi dell'efficacia del negozio), e la riconducibilità alla figura della *condicio facti* della clausola in esame <sup>(158)</sup>. Sembra tuttavia essere sfuggita alla prevalente dottrina l'essenzialità della condizione in esame nella fattispecie dell'art. 785: la donazione ivi contemplata è un negozio a formazione unilaterale, caratterizzato da una propria specifica disciplina che non potrebbe trovare applicazione se si estrapolasse da essa la condizione. L'essenzialità ed inscindibilità di questa peculiare condizione è stata rilevata dalla dottrina più attenta, che ha individuato nella fattispecie una incidenza della stessa condizione

---

dichiarazione di volontà di donare », bensì resterebbe « fuori dal contenuto proprio della donazione »; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 822 ss. (sulla base della presunta essenzialità e non accidentalità della clausola di riversibilità rispetto al tipo, e di alcune rilevate differenze di disciplina).

<sup>(157)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 469; PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 20 (secondo il quale « l'*intuitus personae* caratterizza l'essenza stessa della liberalità »).

<sup>(158)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 460 ss.; PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 13 ss., e p. 269 ss.; PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, cit., p. 174 ss.; App. Napoli 16 febbraio 1959, in *Giust. civ.*, Rep. 1959, voce *Donazione*, n. 36. *Contra*, CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 569, che parla di *condicio iuris*.

sulla causa del negozio <sup>(159)</sup>. Ciò significa che l'interesse tutelato dalla condizione è lo stesso interesse interno negoziale: ogni e qualsiasi evento patologico riguardante la clausola condizionale

---

<sup>(159)</sup> PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 272, il quale ritiene « che la celebrazione del matrimonio per me di sé la stessa causa del negozio e non possa, quindi, essere relegata al ruolo di semplice elemento accidentale... Né vi è contraddizione tra il fatto che la celebrazione del matrimonio caratterizza la causa della donazione obnuziale e, al tempo stesso, ne condiziona la produzione degli effetti: la più recente dottrina tende, infatti, ad ammettere che uno stesso elemento possa sia caratterizzare la causa del negozio che condizionarne gli effetti ». Diversa è la conclusione di TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 461, che si muove nell'ambito di una concezione astratta e tipizzata della causa negoziale: « la donazione obnuziale non è destinata organicamente a sostenere i pesi del matrimonio, quindi, il matrimonio non inerte alla causa del negozio, come avviene per le convenzioni essenzialmente matrimoniali... la donazione obnuziale non dà luogo, secondo la concezione legislativa, ad un negozio diverso dalla donazione tipica ».

La difficoltà connessa al tradizionale rilievo del requisito di accidentalità spinge invece parte della dottrina e della giurisprudenza (PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, cit., p. 176 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 569; Cass. 6 settembre 1968 n. 2874, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 938 ss.) a distinguere la donazione obnuziale in senso stretto, in cui « il matrimonio entra nella causa del contratto, così caratterizzandola anche sul piano della disciplina », e la donazione sottoposta alla condizione sospensiva del matrimonio, in cui lo stesso matrimonio « costituisce solo una condizione di efficacia del contratto e rimane consegnato pertanto al normale regime della condizione ». La prima fattispecie sarebbe caratterizzata da una diversa disciplina rispetto a quella propria della condizione: la irretroattività, la unilateralità e non contrattualità, la caducazione in caso di annullamento del matrimonio, l'inapplicabilità della disciplina *ex art. 1357 c.c.* Questa ricostruzione non sembra tuttavia accettabile, e del resto la dottrina più autorevole (TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 460 ss.) identifica le due ipotesi. Non sembra infatti possibile che, data una fattispecie identica a quella delineata dall'art. 785 c.c., le parti possano ricollegare ad essa effetti diversi da quelli previsti dalla legge (che tra l'altro, dimostrando la peculiare rilevanza in questa fattispecie del *favor matrimonii*, deroga anche alle norme sulla capacità a donare, sulla revoca per ingratitudine o per sopravvenienza di figli e sull'obbligo degli alimenti: artt. 774 1° comma, 777 2° comma, 805, 437 c.c.). Non sembra, inoltre, che la disposizione dell'art. 1357 c.c. sia inapplicabile durante la fase di pendenza della donazione obnuziale (come riconosce anche la dottrina criticata, che tuttavia non giustifica con alcuna norma l'efficacia reale e non meramente obbligatoria dell'atto, e la prevalenza del donatario sugli eventuali terzi acquirenti dal donante durante la pendenza): una volta qualificata la fattispecie come donazione condizionale (e non vi sono motivi per qualificarla diversamente, anche alla luce di quanto detto in ordine al presunto requisito di accidentalità della condizione), ne discende automaticamente l'applicabilità degli artt. 1353 ss. c.c., e quindi anche dell'art. 1357 (in questo senso TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 462; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit.,



determinerebbe, inevitabilmente, l'estensione della patologia all'intero negozio. La condizione viene considerata qui irretroattiva per la natura del rapporto <sup>(160)</sup>; si rivela inoltre inapplicabile, per evidente e assoluta inscindibilità della condizione, l'istituto della finzione di avveramento (*ex art. 1359 c.c.*).

e) L'art. 1273, 2° comma, c.c. prevede che, in caso di *accollo*, le parti possono stabilire come « condizione espressa della stipulazione » l'adesione del creditore alla convenzione: fattispecie qualificata come condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte creditoris* <sup>(161)</sup>, ed in cui certamente non può ravvisarsi un interesse « esterno » alla cui tutela è preordinata la condizione.

---

p. 835, secondo cui « le alienazioni poste in essere in pendenza della condizione sono destinate a divenire definitive o a venir meno a seconda che la condizione si avveri o manchi »). Del resto, non avrebbe senso sostenere il contrario, di fronte ad una disciplina improntata al massimo favore per il donatario. Quanto alla retroattività, essa è un effetto solo naturale e non essenziale del negozio condizionato, come espressamente previsto dall'art. 1360, che la esclude quando essa sia incompatibile con la « natura del rapporto », come avviene in questo caso.

Altro e diverso discorso è l'inapplicabilità della disciplina *ex art. 785 c.c.* a fattispecie diverse, che difettino di alcuno dei requisiti ivi previsti (come ad esempio la donazione condizionata ad un matrimonio qualsiasi, e non ad un determinato matrimonio con una persona individuata). Su tale diversa fattispecie, disciplinata secondo le regole ordinarie dei contratti condizionati, cfr. Cass. 6 settembre 1968 n. 2874, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 940; Cass. 19 dicembre 1980 n. 6565, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 107 ss.; Cass. 22 ottobre 1988 n. 5731, in *Vita not.*, 1988, p. 73 ss.; Cass. 7 dicembre 1989 n. 5410, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 15 ss.

<sup>(160)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 129; Cass. 18 febbraio 1967 n. 403, in *Dir. econ.*, 1968, I, p. 62, con nota di MOLteni; Cass. 23 giugno 1971 n. 1987, in *Foro it.*, 1972, I, c. 114; Cass. 4 aprile 1973 n. 945, in *Foro it.*, Rep. 1973, voce *Donazione*, n. 22; Cass. 13 marzo 1976 n. 904, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Donazione*, n. 12; Cass. 6 luglio 1977 n. 2963, in *Foro it.*, 1978, I, c. 406.

<sup>(161)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 301. Secondo COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 82, il fatto che la dichiarazione debba provenire dal creditore, e non dall'obbligato, basta per escludere che la fattispecie sia da ricondurre alla *ratio* dell'art. 1355 c.c.

Parlano espressamente di *condicio facti* con riferimento alla « condizione espressa » di cui all'art. 1273, 2° comma, c.c. (trattandosi di condizione apposta su iniziativa delle parti e non per volontà di legge), FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 302-303 (che la definisce come condizione potestativa, con la quale si subordina « la pretesa del creditore verso il nuovo debitore all'evento potestativo della liberazione del primo debitore ad opera del titolare del credito: ed in tal caso l'accollo varrà a produrre gli effetti particolari della sostituzione soggettiva del debitore »); RESCIGNO, *Studi sull'ac-*

f) I negozi di *alienazione in garanzia* sono caratterizzati dal fatto che l'effetto traslativo è condizionato — sospensivamente o risolutivamente — all'adempimento o inadempimento dell'obbligazione garantita: in essi, pertanto, la condizione si atteggia come essenziale rispetto allo schema causale dell'atto, essendo evidente che non è in alcun modo possibile l'estrapolazione della clausola condizionale senza con ciò alterare irrimediabilmente la causa del negozio, o addirittura privare il negozio della causa medesima, con conseguente nullità.

Ciò vale, innanzitutto, per le alienazioni in garanzia lecite ed ammissibili, almeno secondo l'orientamento prevalente. La *cessione del credito in garanzia*, per la cui liceità si pronuncia la giurisprudenza unanime <sup>(162)</sup> e buona parte della dottrina <sup>(163)</sup>, è stata configurata proprio come una cessione risolutivamente condizionata all'adempimento da parte del cedente-debitore <sup>(164)</sup>, con

---

*collo*, Milano, 1957, p. 112; GIACOBBE G.-GIACOBBE D., *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 104; BIANCA, *Diritto civile, IV - L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 684. Parla viceversa di *condicio iuris*, sia pur dubitativamente, CICALA, *Accollo*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 292 (ove citazioni di dottrina e giurisprudenza in questo senso). Ritiene non trattarsi di condizione in senso tecnico, ma di clausola appositamente inserita o nell'atto in cui il creditore stipula l'adesione, ovvero di dichiarazione indipendente dalla suddetta stipulazione, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 238.

<sup>(162)</sup> Cass. 20 novembre 1975 n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, c. 126; Cass. 2 agosto 1977 n. 3421, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, p. 1361; Trib. Milano 13 ottobre 1986, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, II, p. 82; App. Milano 31 ottobre 1989, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, II, p. 42.

<sup>(163)</sup> Per la liceità della cessione del credito in garanzia, anche alla luce dell'art. 2803 c.c., PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 37 ss. (ed ivi riferimenti di dottrina); ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1997, p. 189 ss.

Per il contrasto della cessione del credito in garanzia con il divieto dell'art. 2744 c.c. e con il principio della *par condicio creditorum*, cfr. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 157 ss.; DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1985, p. 279 ss. Per l'inidoneità della causa di garanzia a costituire idonea giustificazione dell'effetto traslativo, cfr., tra gli altri, PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 20, nota 29 (ed ivi riferimenti dottrinali).

<sup>(164)</sup> Sull'inquadramento della cessione del credito in garanzia nella categoria del negozio condizionale, PAVONE LA ROSA, *Apertura di credito, cessione « pro*

la conseguente applicabilità, in particolare durante la fase di pendenza, di tutte le norme previste in tema di condizione <sup>(165)</sup>; senza peraltro che con ciò la prevalente dottrina si sia posto il problema della non estrinsecità di questo tipo di condizione <sup>(166)</sup>, e della sua indispensabilità sotto il profilo causale e tipologico. Analoghe osservazioni valgono per il *patto marciano*, comunemente ritenuto ammissibile <sup>(167)</sup>. Del resto, il congegno condizionale dimostra, nella specie, tutta la sua utilità nella misura in cui consente di opporre ai terzi la finalità di garanzia, e quindi permette all'alienante di riacquisire il bene alienato libero da eventuali diritti costituiti dal creditore (art. 1357 c.c.) <sup>(168)</sup>.

Analoga struttura presenta il *patto commissorio* (art. 2744 c.c.), con il quale si conviene che, « in mancanza del pagamento del

---

*solvendo* » e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1959, II, p. 540 ss.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 349 ss.; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 43 ss.; DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 277 ss., e 282 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 100 ss.

<sup>(165)</sup> DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 282 ss.

<sup>(166)</sup> ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 372 ss., rileva l'assenza, nel negozio di alienazione in garanzia, del requisito di estrinsecità della condizione, affermando che « la descrizione dell'alienazione in garanzia in termini di contratto risolutivamente condizionato appare accettabile soltanto ammettendo che essa costituisca un negozio *necessariamente e tipicamente* condizionato, in cui l'elemento condizionale penetra all'interno della struttura essenziale del negozio ». L'Autore sostiene peraltro che — in considerazione dell'accessorietà del rapporto di garanzia rispetto al rapporto obbligatorio principale, che comporta il venir meno della prima a seguito dell'estinzione del secondo — un tale effetto non apparrebbe suscettibile di essere spiegato in termini di condizione, quanto piuttosto in termini di « esaurimento della funzione del negozio di garanzia ». Il tutto si risolve peraltro, a ben vedere, in una questione di interpretazione della clausola condizionale, e quindi di individuazione dell'evento condizionante. Non sembra, infine, fondata l'obiezione per la quale non sarebbe coerente con la funzione dell'alienazione in garanzia la cancellazione retroattiva del trasferimento a seguito dell'adempimento.

<sup>(167)</sup> Sul *patto marciano*, v. tuttavia, di recente, MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29 ss.

<sup>(168)</sup> ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 387 ss., si pone il problema dell'opponibilità ai terzi del diritto dell'alienante, risolvendolo mediante un'applicazione analogica delle disposizioni in tema di pubblicità della condizione.

credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore»: detto patto, nella sua configurazione tipica, si atteggia come attribuzione traslativa sospensivamente condizionata all'inadempimento<sup>(169)</sup>. Dato per appropriato il richiamo dell'istituto condizionale, è evidente che la clausola condizionale, nella fattispecie, ha un rilievo causale ben pregnante, qualificando un interesse che non è esterno all'attribuzione traslativa, ma si identifica proprio con il profilo causale dell'atto. Se le parti perseguono il risultato proprio del patto commissorio con un negozio diverso, in particolare con una vendita sospensivamente o risolutivamente condizionata all'inadempimento, questa sarà nulla in quanto posta in essere in frode alla legge<sup>(170)</sup>: la causa concreta

---

(169) Sulla configurazione tipica del patto commissorio come alienazione in garanzia di un bene sospensivamente condizionata all'inadempimento di un debito, BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 128 ss., spec. p. 136 ss. (il quale peraltro — p. 145 ss. — ritiene comunque applicabile il divieto *ex art.* 2744 c.c. anche alle alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato); CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale — disposizioni generali*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 207; DI PAOLO, *Patto commissorio*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 311; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1997, p. 562 ss. In giurisprudenza, cfr. soprattutto Cass. 21 dicembre 1950 n. 2807, in *Foro it.*, 1951, I, c. 573.

Secondo COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 49, nell'alienazione a scopo di garanzia « la condizione, se è sospensiva, determina l'illiceità dell'atto, ponendolo immediatamente in contrasto con il divieto del patto commissorio. Se, invece, essa è risolutiva, l'eventuale invalidità del contratto dipende esclusivamente dall'assetto di interessi definito dalle parti, nel quale la condizione non ha alcuna incidenza causale specifica, operando solo quale strumento della vicenda che definisce gli effetti del negozio ».

(170) Sulla questione delle vendite a scopo di garanzia in frode alla legge, condizionate sospensivamente, ma anche risolutivamente, all'inadempimento, o con patto di riscatto, cfr. di recente, tra gli altri, ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 11 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 564 ss.; LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 238 ss.; DI MAURO, *Sul divieto del patto commissorio e le alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. not.*, 1989, p. 908 ss.; Cass. 13 maggio 1983 n. 3800, in *Vita not.*, 1983, p. 966 ss., con nota di NAPOLEONE, *Un improvviso « revirement » della Suprema Corte sulla vendita a scopo di garanzia*; Cass. 29 febbraio 1992 n. 1074, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3055; Cass. 14 settembre 1994 n. 7878, in *Contratti*, 1995, p. 249, con nota di BOZZOLA; Cass. 4 marzo 1996 n. 1657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 475 ss., con nota di IZZO, *Nullità del contratto*

della compravendita sarà di fatto modificata proprio dall'introduzione del congegno condizionale, il cui rilievo causale, in questa ipotesi, è innegabile <sup>(171)</sup>.

g) *Le condizioni risolutive meramente potestative* — generalmente ritenute valide <sup>(172)</sup> — sono caratterizzate dall'inesistenza di un interesse alla condizione distinto e differenziato rispetto all'interesse che ha determinato a contrarre. Come tali, esse rappresentano un caso paradigmatico di condizione « intrinseca ». Ne esistono di espressamente codificate, come nei casi, della donazione con riserva di disporre e della vendita con patto di riscatto; si pensi altresì al c.d. rifiuto impeditivo, come la dichiarazione del debitore di non voler profittare della *remissione del debito* (art. 1236 c.c.) <sup>(173)</sup>.

Ulteriori fattispecie, analoghe alla condizione risolutiva potestativa ma forse estranee al fenomeno condizionale, sono state ravvisate <sup>(174)</sup> nella revoca della stipulazione a favore del terzo (artt. 1411, 3° comma, e 1412, 1° comma, c.c.) <sup>(175)</sup>, e nel « recesso » del compratore nella vendita a corpo o a misura (artt. 1537-1539 c.c.) <sup>(176)</sup>. In ciascuna di queste fattispecie l'interesse sottostante alla « condizione », o al diverso evento ad essa assimilabile, è proprio

---

*per violazione del divieto di patto commissorio e irrilevanza delle posizioni soggettive diversificate dei contraenti*; Cass. 4 novembre 1996 n. 9540, in *Riv. not.*, 1998, p. 1013 ss., con nota di DE MARTINIS, *Estensione del divieto del patto commissorio a fattispecie procedimentali*; Cass. 11 febbraio 1998 n. 1396, in *Riv. not.*, 1998, p. 745 ss.; Cass. 13 maggio 1998 n. 4816, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Vendita*, n. 40.

<sup>(171)</sup> Con riferimento alle alienazioni a scopo di garanzia, parla espressamente di « interferenza della clausola condizionale nella funzione causale dell'atto », COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 47-48. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 13 novembre 1970 n. 2390, in *Giur. it.*, Rep. 1971, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 159; Cass. 12 maggio 1972 n. 1431, in *Giur. it.*, Rep. 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 113-114.

<sup>(172)</sup> Cfr. *infra*, paragrafi 27, 48 e 49.

<sup>(173)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 301, e p. 325; Cass. 5 agosto 1983 n. 5260, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Obbligazioni in genere*, n. 40.

<sup>(174)</sup> Sugli esempi indicati nel testo, cfr. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 301, e p. 325.

<sup>(175)</sup> *Contra*, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 82, secondo la quale « Gli effetti dell'eventuale revoca dello stipulante non comportano la cessazione degli obblighi del promittente, dato che almeno tendenzialmente, il contratto continua a produrre i suoi effetti fra stipulante e promittente ».

<sup>(176)</sup> Sulla differenza tra recesso e condizione risolutiva potestativa, v. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 139 ss.; CARRESI,

l'interesse interno alla realizzazione della causa negoziale, la cui miglior tutela richiede la subordinazione dell'efficacia del negozio al ricorrere, o al venir meno, di una data situazione o di un dato evento.

Analoghe caratteristiche, sotto il profilo assiologico, presentano le *condizioni sospensive meramente potestative* valide, in quanto non rimesse al mero arbitrio dell'acquirente o del creditore <sup>(177)</sup>.

h) Alcune figure di *negozi aleatori*, e segnatamente alcune figure di *contratti di assicurazione*, nonché alcuni *contratti aleatori atipici*, sono riconducibili al fenomeno condizionale (cfr. *infra*, paragrafo 39), in quanto determinati effetti negoziali sono subordinati al sopravvenire di un evento futuro ed incerto, strutturalmente estrinseco rispetto al perfezionamento della fattispecie centrale. Qui, certamente, il realizzarsi dell'evento condizionante attua, almeno in parte, la funzione del negozio.

i) Si è ravvisata una condizione, mista a termine, anche nella *assunzione in prova del prestatore di lavoro* (art. 2096 c.c.): si tratterebbe di una condizione sospensiva, potestativa da ambo le parti, in cui l'evento condizionante consisterebbe nel gradimento da parte del datore di lavoro e nel mancato recesso da parte del lavoratore in prova <sup>(178)</sup>. La rilevanza del periodo di prova ai fini dell'anzianità del lavoratore (art. 2096, comma 4) deporrebbe per la retroattività di tale condizione. Quanto all'interesse tutelato da tale condizione, non è chi non veda che è tipicamente un interesse interno al negozio, lo stesso interesse che induce prioritariamente le parti a contrarre.

l) Relativamente al contratto di *sconto bancario*, si è qualificato l'inadempimento come condizione incidente sull'efficacia del

---

*Il contratto*, I, cit., p. 268, nota 172-bis; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 77 ss., e p. 82.

<sup>(177)</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 27.

<sup>(178)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 784-785, ed *ivi*, nota 109, indicazioni di dottrina favorevole; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 86-87, nota 141 (e dottrina *ivi* citata). In giurisprudenza, Trib. Cassino 3 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2640, ed in NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 368; Pret. Napoli 24 dicembre 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 135, con nota di TOFFOLETTO; Cass. 6 febbraio 1984 n. 913, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2065; Cass. 25 giugno 1987 n. 5608, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2463; Cass. 11 novembre 1988 n. 6096, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2135.

contratto<sup>(179)</sup>. Non appare dubbia l'incidenza causale e tipologica di questo tipo di condizione, che non potrebbe essere scorporata dal programma negoziale senza pregiudicarne irrimediabilmente l'assetto.

m) Secondo un orientamento diffuso in dottrina, la disposizione testamentaria o la donazione con la quale si prevede una *sostituzione fedecommissaria* (artt. 692 ss., 795 c.c.) si configura come soggetta a condizione risolutiva (irretroattiva)<sup>(180)</sup> rispetto all'istituito, e come condizione sospensiva rispetto al sostituito<sup>(181)</sup>. Si tratta evidentemente di condizioni volontarie, in

---

(179) AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 103-104; AMBROSINI, *Sconto bancario*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, p. 279; Cass. 18 luglio 1986 n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 598, con nota di LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*; Cass. 17 ottobre 1989 n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1575; Cass. 17 ottobre 1989 n. 4170, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 774; Cass. 15 maggio 1990 n. 4163, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2571; Cass. 10 agosto 1990 n. 8128, in *Foro it.*, 1991, I, c. 28, con nota di SIMONE.

(180) Per la natura condizionale della sostituzione fedecommissaria, ed in particolare per la qualificazione della prima istituzione come sottoposta a condizione risolutiva irretroattiva, CICU, *Testamento*, cit., p. 222; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 273 ss.; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1969, p. 26 ss., spec. p. 43 ss.; RICCA, *Fedecompresso (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 122; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 165 ss. (che esattamente rileva la natura condizionale della fattispecie, derivante dall'incertezza della premorienza del sostituito all'istituito); CARBONE, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 635-636 (che parla di proprietà risolubile).

*Contra*, e per la definizione della posizione dell'istituito come proprietà temporanea, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 286-287, e p. 318; PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972, p. 119; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 177-178. Ritiene, di massima, riconducibili a fenomeni diversi il fedecompresso e la disposizione condizionale (con particolare riferimento, peraltro, alla condizione retroattiva), AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 338-339. In giurisprudenza, sul rapporto tra sostituzione fedecommissaria e condizione testamentaria, Cass. 9 dicembre 1980 n. 6365, in *Giust. civ.*, Rep. 1980, voce *Successione testamentaria*, n. 18.

(181) Per la qualificazione della posizione del sostituito come istituzione sottoposta alla condizione sospensiva della morte dell'istituito, NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, cit., p. 44; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 171.

*Contra*, nel senso che il sostituito non è chiamato sotto condizione sospensiva, ma destinatario di una vocazione indiretta, RICCA, *Fedecompresso (dir. civ.)*, cit., p.

quanto dipendono dall'esclusiva autonomia del testatore e non sono imposte dalla legge a tutela di interessi esterni poziori, tenuto anche conto del fatto che il sostituito è erede del testatore, e non dell'istituito: da qui l'inaccettabilità delle teorie che parlano, in proposito, di *condicio iuris* <sup>(182)</sup>.

Sotto il profilo della disciplina positiva, si è tentato di dimostrare l'applicabilità del disposto dell'art. 1357 c.c. agli atti di disposizione compiuti dall'istituito <sup>(183)</sup>. La questione, in effetti, è complessa — per la presenza di un'apposita disposizione, l'art. 694 c.c., che disciplina l'alienazione dei beni da parte dell'istituito — e la sua soluzione esula dall'economia del presente lavoro. In ogni caso, anche ove si concludesse nel senso dell'inapplicabilità, ciò non inficierebbe la ricostruzione proposta, poiché — e si tratta di soluzione comune a tutte le condizioni « legalmente tipizzate » — la disciplina degli artt. 1353 ss. trova applicazione solo nei limiti della compatibilità con le norme speciali previste per i singoli negozi tipicamente condizionati. Certamente compatibili sono, invece, altre norme dettate sulla condizione: il potere di compiere atti conservativi, l'opponibilità al sostituito degli atti di amministrazione compiuti dall'istituito <sup>(184)</sup>, la responsabilità per i debiti ereditari <sup>(185)</sup>, il dovere di buona fede in pendenza della condizione, l'applicazione della finzione di avveramento nell'ipotesi in cui l'avveramento della condizione (premorienza dell'istituito) sia impedita per causa imputabile all'istituito, che uccida il sostituito. Lo stesso obbligo di « conservare per restituire » si colloca perfettamente nell'ambito degli obblighi propri del titolare del diritto risolubile a tutela dell'altrui aspettativa.

---

123-124, e p. 126, con particolar riferimento alle ipotesi in cui il primo chiamato non possa e non voglia accettare.

<sup>(182)</sup> TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 273; CASULLI, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Novissimo Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 984.

<sup>(183)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 177 ss. Per l'applicabilità del principio generale desumibile dall'art. 1357 alla condizione testamentaria, Cass. 28 febbraio 1969 n. 663, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1915. Sul regime degli atti di disposizione posti in essere dagli eredi del chiamato *sub condicione*, Cass. 10 luglio 1975 n. 2737, in *Giust. civ.*, Rep. 1975, voce *Successione testamentaria*, n. 7.

<sup>(184)</sup> NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, cit., p. 51, nota 97, e p. 69; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 185 ss.

<sup>(185)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 187.



Si è ravvisato, in questa condizione, il carattere della « estrinsecità », in quanto essa non influisce sul contenuto degli effetti finali del negozio, ma soltanto sulla loro nascita o cessazione <sup>(186)</sup>. Si tratta, evidentemente, dell'*estrinsecità strutturale*, caratterizzante ogni condizione; sotto il profilo funzionale e assiologico, *la condizione in esame inerisce alla causa stessa della disposizione testamentaria o della donazione*, in quanto essa costituisce lo strumento attraverso il quale il testatore o il donante dispone dei propri beni provvisoriamente a favore di un soggetto (l'istituto), ed in via successiva a favore di un altro (il sostituto); ciò non preclude, ovviamente, la qualificazione condizionale della fattispecie.

n) Parte della dottrina ha ritenuto che le ipotesi di vocazione ereditaria indiretta, ed in particolare la *sostituzione testamentaria ordinaria (o volgare)*, si configurino come condizioni (legali o volontarie).

La tesi della natura condizionale della sostituzione ordinaria è tuttora dominante in dottrina <sup>(187)</sup>. Ad essa si oppone l'opinione che vi ravvisa piuttosto una « condizione impropria », caratteristica di tutte le chiamate ulteriori o successive — in cui si ha delazione indiretta, e non condizionale — e derivante dalla legge <sup>(188)</sup>. In

---

<sup>(186)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 176.

<sup>(187)</sup> Per la natura condizionale della sostituzione volgare, od ordinaria, è la dottrina prevalente. Secondo alcuni, si tratta di *condicio iuris*: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 167-168; BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, edizione aggiornata da Liserre e Floridia, cit., p. 1178. Secondo altri, si tratta invece di condizione volontaria: GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 254 ss.; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 229 ss.; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1978, p. 352; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 545-546; TERZI, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 1153 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 39; CARBONE, *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 629.

<sup>(188)</sup> NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina*, Messina, 1934-1935, p. 54 ss.; CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 216; *Successioni per causa di morte - parte generale*, Milano, 1961, p. 59; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 255 ss.; FERRARI, *La sostituzione ordinaria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 324-325.

particolare, la dottrina che si è occupata *ex professo* del tema della vocazione ereditaria indiretta ha negato recisamente che possa ravvisarsi, in essa, una fattispecie di natura condizionale, nella quale la vocazione (o delazione) successiva sia condizionata al venir meno della vocazione antecedente: non potrebbe, secondo quest'opinione, trattarsi di *condicio facti*, derivando la vocazione ereditaria, anche se testamentaria, in ogni caso dalla legge<sup>(189)</sup>; non potrebbe, neanche, trattarsi di una *condicio iuris*, nel senso tecnico che a questa nozione si attribuisce, poiché « il venir meno della vocazione antecedente rappresenterebbe non già una mera circostanza per l'efficacia della vocazione successiva, ma il presupposto originario ed essenziale perché questa prenda consistenza »<sup>(190)</sup>. Si è affermato, anche, che non esiste, nella specie, uno stato di pendenza produttivo di conseguenze giuridiche, disciplinato secondo le regole condizionali: non vi è alcuna norma che tuteli i successibili eventuali mediante attribuzione agli stessi di un'aspettativa di diritto, diversa dalla mera aspettativa economica ad un lucro futuro, non tutelata dal diritto; la legge attribuisce non solo ai chiamati ulteriori, ma a tutti gli interessati la facoltà di interpellare il primo chiamato con l'*actio interrogatoria*, di chiedere l'apposizione o rimozione dei sigilli, di assistere alla formazione dell'inventario, di chiedere la dichiarazione di assenza<sup>(191)</sup>, ed è quindi da escludersi che tali poteri costituiscano il contenuto di un'aspettativa del chiamato ulteriore. Non si applica quindi, al chiamato ulteriore — ed in particolare al sostituito — l'art. 480, comma 2, ultima parte, che fa decorrere il termine per l'accettazione dell'eredità dall'avveramento della condizione, per cui detto termine decorre dall'apertura della successione (salvo il disposto dell'art. 480, comma 3), e ciò si giustifica per la possibilità — che ha il chiamato ulteriore ma non l'istituto *sub condicione* — di esperire l'*actio interrogatoria*<sup>(192)</sup>. Non trova neanche applicazione l'art. 642 c.c., spettando

---

Ravvisano nella sostituzione ordinaria una delazione indiretta anche GROSSO-BURDESE, *Le successioni - parte generale*, Torino, 1977, p. 173.

<sup>(189)</sup> Per questo punto di vista, cfr. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 16 ss.

<sup>(190)</sup> NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 55.

<sup>(191)</sup> NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 56 ss.

<sup>(192)</sup> CICU, *Successioni per causa di morte - parte generale*, cit., p. 59; LUMINOSO, *Sostituzione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 149. *Contra*,

l'amministrazione dei beni, in pendenza della *condicio substitutio- nis*, al primo chiamato <sup>(193)</sup>.

Di recente, la questione è stata però rivisitata, pervenendosi a risultati che appaiono condivisibili. Si è, in particolare, distinta l'ipotesi in cui istituzione e sostituzione concretano due disposizioni strutturalmente separate (ad esempio, contenute in distinti testamenti), da quella in cui, invece, si tratta di un'unica disposizione <sup>(194)</sup>.

Nel primo caso, si è ravvisata nella sostituzione una vera e propria *condicio facti*, essendo voluta dallo stesso testatore la subordinazione dell'efficacia della sostituzione all'evento futuro ed incerto della mancata accettazione dell'istituto, ed essendo certamente tale condizione estrinseca rispetto al perfezionamento della fattispecie legale della vocazione indiretta <sup>(195)</sup>. Esistono certamente delle particolarità di disciplina, ma, sotto il profilo strutturale, non sussiste alcuna incompatibilità logica o tecnica tra la struttura condizionale e la funzione attuativa di una chiamata ulteriore, o di secondo grado, che è propria della vocazione indiretta <sup>(196)</sup>. Ciò significa che l'applicazione della disciplina condizionale sotto il profilo strutturale non impedisce l'applicazione della disciplina propria della chiamata in subordine per i profili funzionali <sup>(197)</sup>; comunque, come per altre condizioni legalmente tipizzate, l'inapplicabilità di talune norme dettate per la condizione in generale non preclude la qualificazione condizionale della fattispecie, e quindi l'utilità della stessa, nella misura in cui sia possibile l'applicazione delle norme sulla condizione nei limiti della compatibilità con la disciplina speciale.

Diversa è l'ipotesi in cui istituzione e sostituzione siano contenute nella stessa disposizione e costituiscano, sotto il profilo fun-

---

TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 236; FERRARI, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 1155.

<sup>(193)</sup> CICU, *Testamento*, cit., p. 216; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., p. 235; LUMINOSO, *Sostituzione (dir. vig.)*, cit., p. 149; FERRARI, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, cit., p. 1154.

<sup>(194)</sup> LUMINOSO, *Sostituzione (dir. vig.)*, cit., p. 146 ss.

<sup>(195)</sup> LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 147-148, il quale ravvisa anche una estrinsecità di tipo assiologico, per il fatto che il mancato acquisto dell'istituto esprime un piano di interessi estraneo a quello implicato dalla seconda sostituzione.

<sup>(196)</sup> LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 148.

<sup>(197)</sup> LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 149.

zionale come sotto quello strutturale, un unico negozio, un'unica istituzione testamentaria con soggetto indeterminato o alternativo, in cui il mancato acquisto del primo istituito funge da fonte determinativa del destinatario dell'attribuzione <sup>(198)</sup>. Si è esattamente affermato che in questi casi non si ha vera e propria condizione, poiché dal verificarsi dell'evento futuro ed incerto (mancato acquisto dell'istituto) discende non già l'inefficacia della disposizione, bensì l'imputazione degli effetti all'uno od all'altro soggetto <sup>(199)</sup>. Sembra più appropriato, quindi, l'utilizzo della categoria delle *fonti di imputazione*, o di qualificazione soggettiva dell'effetto giuridico, alle quali pure si applica, in via analogica, la disciplina condizionale <sup>(200)</sup>.

In definitiva, la sostituzione testamentaria può atteggiarsi, sotto il profilo strutturale, secondo differenti modalità; sotto il profilo funzionale, si tratta sempre di una chiamata in subordine, da assoggettarsi senz'altro alla relativa disciplina.

Molto più semplice è la soluzione del problema per quanto concerne la natura giuridica della sostituzione nelle *donazioni* (art. 795 c.c.): qui si hanno, in realtà, due distinte proposte di donazione, la prima pura e semplice, la seconda (quella rivolta al sostituito) sospensivamente condizionata al rifiuto del primo designato <sup>(201)</sup>.

Appare evidente che non possa parlarsi di estrinsecità assiologica della condizione, nelle ipotesi di sostituzione ereditaria o donativa: lo strumento sostituzione consente al testatore o al donante previdente di disporre a favore di un dato soggetto per il caso in cui il primo designato non possa o non voglia accettare, ed è quindi strettamente funzionale alla realizzazione dell'intento negoziale (piuttosto che a presunti interessi esterni).

*o) Il contratto estimatorio.*

Il contratto estimatorio, in base alle disposizioni degli artt. 1556 ss. del c.c., è il contratto reale con il quale una parte (il *tradens*) consegna una o più cose mobili all'altra (l'*accipiens*), e quest'ultima si obbliga a pagare il prezzo, salvo restituire le cose nel termine

---

<sup>(198)</sup> LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 151.

<sup>(199)</sup> LUMINOSO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(200)</sup> Per l'approfondimento della categoria dogmatica delle fonti di imputazione, cfr. *infra*, paragrafo 45.

<sup>(201)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 354 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 286; LUMINOSO, *Sostituzione (dir. vig.)*, cit., p. 142-143.

stabilito. Secondo l'impostazione prevalente in dottrina e giurisprudenza, la proprietà non si trasferisce immediatamente, ma solo per effetto del pagamento del prezzo; prima di tale momento, l'*accipiens* soltanto può disporre delle cose, ma i suoi creditori non possono soddisfarsi su di esse. Inoltre, il rischio del perimento delle cose stesse grava sull'*accipiens* sin dal momento della consegna.

Diverse tesi sono state sostenute sulla natura giuridica del contratto estimatorio, sia in relazione al profilo causale dello stesso, sia in riferimento alla vicenda effettuale dallo stesso scaturente. Sotto il primo profilo, è nettamente maggioritaria in dottrina, ed indiscussa in giurisprudenza, la tesi che vede nel contratto in esame una figura *sui generis*, irriducibile al contratto di vendita, al quale pure è stato accostato <sup>(202)</sup>.

Quanto al secondo profilo, interessa qui considerare quelle tesi che hanno fatto riferimento, in un modo o nell'altro, al meccanismo condizionale. Secondo una prima tesi, minoritaria, il contratto produrrebbe un effetto traslativo immediato, con facoltà di recesso dell'*accipiens* <sup>(203)</sup>: si è tentato, così, di risolvere il problema dogmatico della dissociazione del potere di disposizione dal diritto di proprietà, ponendosi però, in tal modo, in irrimediabile contrasto con la funzione economica del contratto e con il diritto positivo <sup>(204)</sup>.

---

<sup>(202)</sup> Ritengono che il contratto estimatorio sia un tipo contrattuale autonomo, tra gli altri, COTTINO, *Del contratto estimatorio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 3 ss. (ivi, nota 5, il rilievo che « in nessuna sentenza, dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, si afferma che l'estimatorio sia una vendita »); MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 227 ss.; GRAZIADEI, *Contratto estimatorio*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 104 ss.

Per la configurazione del contratto estimatorio come vendita, cfr. invece TAMBURRINO, *Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 526; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 224 ss.

<sup>(203)</sup> BUCCISANO, *Contributo allo studio del contratto estimatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 81 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 224 ss.; BALBI, *Il contratto estimatorio*, Torino, 1960, p. 17 ss., 94 ss.

<sup>(204)</sup> COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 11 ss.; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 228 ss. Solo postulando un trasferimento differito della proprietà si giustificano le norme che prevedono esplicitamente l'incidenza del *periculum rei* sull'*accipiens*, l'insensibilità dei beni all'azione dei creditori di quest'ultimo, e disciplinano il suo potere di disposizione. Non ha senso, poi, affermare che la traslazione del rischio all'*accipiens* derivi dalla regola *res perit domino* (così,

Per altri, l'obbligazione di pagare il prezzo sarebbe sospensivamente condizionata alla disposizione delle cose, il che implica un doppio trasferimento di proprietà, dal *tradens* all'*accipiens* e da quest'ultimo al terzo acquirente <sup>(205)</sup>. A parte, però, l'artificiosità della tesi <sup>(206)</sup>, è stato rilevato che l'effettiva disposizione della merce non rileva direttamente nel congegno effettuale, poiché è la mancata restituzione delle cose entro il termine che consolida l'obbligo di pagamento del prezzo, mentre, se la merce rimane invenduta, con la restituzione al tradente si estingue l'obbligo di pagamento <sup>(207)</sup>. Inoltre, l'obbligo di pagare il prezzo, ed il potere di disposizione dell'*accipiens*, sorgono *ab initio*, come risulta dalla testuale formulazione degli artt. 1556 e 1558 c.c., il che sarebbe incompatibile con la condizione sospensiva <sup>(208)</sup>. Senza considerare, infine, che accogliendo questa ricostruzione si configurerebbe, probabilmente, una condizione sospensiva meramente potestativa *ex*

---

invece, BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 109): si tratterebbe, in tal caso di una norma superflua, al pari di quella contenuta nell'art. 1558 c.c. (COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 13-14).

Sulla questione della dissociazione del potere di disposizione dal diritto di proprietà, e quindi della configurabilità, nel nostro ordinamento positivo, dell'istituto dell'autorizzazione a disporre, cfr. BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 56 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 229 ss.; COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 18 ss.; GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, Milano, 1974, p. 123 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 4 ss.; GRAZIADEI, *Contratto estimatorio*, cit., p. 108 ss.

Il problema, in realtà, sembra mal posto: qualunque sia la soluzione che ad esso debba fornirsi in linea generale, è indubbio che, a fronte dell'espressa disposizione dell'art. 1558 c.c., debba quanto meno ammettersi la dissociazione nel caso del contratto estimatorio: ogni diversa argomentazione rischia di apparire concettualistica e meramente deduttiva.

<sup>(205)</sup> DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 471 ss.; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 71, 90 ss.

<sup>(206)</sup> COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 27: « Allorché l'*accipiens* venda la cosa o le cose al terzo, la proprietà passa a questi secondo le norme della vendita, in attuazione del potere di disposizione conferitogli dal *tradens*. Sarebbe puro artificio quello che configurasse un trasferimento di proprietà al *tradens* all'*accipiens* ed un contemporaneo immediato ritrasferimento dall'*accipiens* al terzo, all'atto in cui l'*accipiens* vende a quest'ultimo ».

<sup>(207)</sup> BUCCISANO, *Contributo allo studio del contratto estimatorio*, cit., p. 103 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 230 ss.

<sup>(208)</sup> BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 108; BALBI, *Il contratto estimatorio*, cit., p. 96; COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 23.

*parte debitoris*, nulla *ex art.* 1355 c.c. <sup>(209)</sup>. Le medesime obiezioni valgono per l'altra tesi, secondo la quale si avrebbero due obbligazioni (di pagamento e di restituzione), rispettivamente condizionate, sospensivamente e risolutivamente, all'effettiva disposizione da parte dell'*accipiens* <sup>(210)</sup>.

Sembra preferibile la tesi maggioritaria, che ravvisa, nel contratto estimatorio, un *effetto traslativo differito* (*sospensivamente condizionato* al pagamento del prezzo, con meccanismo analogo a quello della vendita con patto di riservato dominio), e — con riferimento al profilo obbligatorio — l'esclusiva obbligazione dell'*accipiens* di pagare il prezzo, con facoltà alternativa di restituire le cose nel termine pattuito (obbligazione facoltativa); restituzione che si atteggia come *condizione risolutiva potestativa*, apposta all'intero contratto e non soltanto all'effetto obbligatorio <sup>(211)</sup>.

Le due condizioni — quella del pagamento del prezzo che

<sup>(209)</sup> BALBI, *Il contratto estimatorio*, cit., p. 96; COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 23; GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, cit., p. 126, nota 37.

<sup>(210)</sup> ROCCHI, *Sul contratto estimatorio*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 301 ss., spec. 305-310. Per la critica, cfr. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, cit., p. 125-126.

<sup>(211)</sup> Sulla restituzione come condizione risolutiva potestativa, attinente secondo alcuni all'intero contratto, per altri all'obbligo di pagamento ed al potere di disposizione, DE MARTINI, *Scadenza del termine senza restituzione della cosa nel contratto estimatorio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, p. 926 ss.; COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 24-25; GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione*, cit., p. 126 ss.; ID., *Contratto estimatorio*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 90 ss., 94; GRAZIADEI, *Contratto estimatorio*, cit., p. 110 ss.

Esclude la mera potestatività di detta condizione risolutiva nel contratto estimatorio, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 82: « il compratore ha facoltà di restituire l'invenduto e di pagare ciò che invece ha trasferito a terzi, sulla base del prezzo di stima; al compratore è rimessa una scelta non arbitraria e come tale degna di riconoscimento e tutela ». In realtà, l'indifferenziazione dell'interesse alla restituzione rispetto all'interesse al contratto depone per la mera potestatività di tale condizione, valida in quanto risolutiva.

*Contra*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 158, secondo il quale, poiché non vi è trasferimento immediato della proprietà, si avrebbe un contratto sottoposto a condizione sospensiva e risolutiva al tempo stesso. L'Autore non tiene conto, peraltro, che l'effetto risolutivo può prodursi anche in relazione ad un contratto con effetti differiti, come riconosce, del resto, unanimente la giurisprudenza, ritenendo risolubile per inadempimento, durante la fase di pendenza, il contratto sottoposto a condizione sospensiva. Cfr. *infra*, nota 85 del capitolo IV.

sospende l'effetto traslativo, e quella della restituzione che risolve l'intero contratto — si pongono pertanto come elementi qualificanti il tipo contrattuale, al pari di altri elementi, quali il passaggio immediato dei rischi, la realtà, l'*aestimatio*, il passaggio del potere di disposizione <sup>(212)</sup>; si tratta inoltre, a ben vedere, di condizioni a tutela dello stesso interesse interno negoziale, il cui funzionamento attua, in un senso o nell'altro, la causa del contratto estimatorio. Le disposizioni codicistiche in esame contengono quindi una ulteriore, testuale dimostrazione della inconsistenza dei dogmi di estrinsecità ed accidentalità della condizione.

p) La giurisprudenza configura la *clausola penale* come patto sottoposto a condizione sospensiva <sup>(213)</sup>. Dello stesso avviso una parte della dottrina <sup>(214)</sup>, mentre altri nega la condizionalità della fattispecie <sup>(215)</sup>, con argomentazioni che, peraltro, non appaiono probanti. Ciò, vale, innanzitutto, per l'affermazione secondo la quale « il mancato perfezionamento dell'obbligazione penale, per il non verificarsi della condizione, non esclude (ma anzi ricompono) a favore del creditore i mezzi « ordinari » di tutela del proprio credito » <sup>(216)</sup>: l'avverarsi dell'evento dedotto nella clausola penale, infatti, funge da condizione sospensiva rispetto alla obbligazione c.d. penale, e non rispetto alle obbligazioni contrattuali principali. Sotto altro profilo, si obietta che l'evento non presenterebbe il requisito della accidentalità, in quanto non sarebbe ipotizzabile un negozio puro, privo della suddetta condizione, la quale, inoltre, non

---

<sup>(212)</sup> Rileva esattamente BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 363, che, nel contratto estimatorio, la « possibilità di restituire le cose non è una condizione qualsiasi... l'averla spostata da elemento accidentale ad elemento essenziale è forse la ragione di quel singolare regime giuridico ».

Sugli elementi qualificanti del tipo contratto estimatorio, cfr. COTTINO, *Del contratto estimatorio*, cit., p. 10 ss.; MIRABELLI, *I singoli contratti*, cit., p. 232 ss.; GRAZIADEI, *Contratto estimatorio*, cit., p. 104 ss.

<sup>(213)</sup> Comm. Trib. Centr. 10 aprile 1986 n. 3095, in *Comm. trib. centr.*, 1986, I, p. 314.

<sup>(214)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150 (ove si ravvisa una sottospecie della condizione di inadempimento).

<sup>(215)</sup> TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 66 ss.; MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 191; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 486-487.

<sup>(216)</sup> MAZZARESE, *op. e loc. ult. cit.*



sarebbe posta a tutela di interessi estranei <sup>(217)</sup>: si tratta dei tradizionali dogmi della accidentalità ed estrinsecità assiologica, che vengono assunti, aprioristicamente, come argomentazione per escludere la condizionalità, in luogo di essere desunti dal sistema delle norme positive. Né incide sulla questione in esame la soluzione della *vexata quaestio* circa l'autonomia causale o meno della penale rispetto al contratto cui accede <sup>(218)</sup>: anche, infatti, nell'ipotesi in cui la clausola penale fosse da considerarsi come un patto accessorio e non come un negozio autonomo, ben potrebbe detto patto, *ex art. 1353 c.c.*, essere sottoposto a condizione.

In definitiva, l'evento futuro ed incerto, consistente nell'inadempimento, riveste, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale, la qualifica di vera e propria *condizione sospensiva*, non accidentale ed assiologicamente intrinseca al programma negoziale, ma strutturalmente estrinseca ai fini del perfezionamento del contratto.

q) Secondo una tesi avanzata dai primi studiosi del *mutuo di scopo*, esso sarebbe un contratto condizionato risolutivamente alla mancata destinazione della somma mutuata per gli scopi pattuiti <sup>(219)</sup>. La tesi è stata contestata, innanzitutto, sulla base del solito rilievo della mancanza di accidentalità e della rilevanza causale dell'attività di destinazione, che non è tuttavia probante, come più volte rilevato. Sotto altro profilo, si è detto che la destinazione non è un evento futuro ed incerto in senso tecnico, bensì un obbligo che grava sul mutuatario fin dall'inizio, previsto come originario ed intrinseco al momento genetico del contratto e delle obbligazioni da esso scaturenti: in altri termini, come l'adempimento della controprestazione nei contratti sinallagmatici non è condizione in senso tecnico, non lo è, secondo questa ricostruzione, neanche l'adempimento dell'obbligo di destinazione derivante dal mutuo di scopo. Si è altresì esclusa la ricorrenza della figura della *condicio iuris*, implicando la clausola di destinazione non un evento futuro ed incerto, bensì un comportamento attivo, dovuto *ab ori-*

---

<sup>(217)</sup> TRIMARCHI V.M., *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(218)</sup> Cfr. sul punto, da ultimo, MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 334 ss. (ed ivi riferimenti).

<sup>(219)</sup> RATTIN, *Il mutuo di scopo come contratto condizionato*, in *Temi*, 1972, p. 443 ss.

gine da parte del beneficiario del finanziamento agevolato rispetto alle finalità perseguite dalla legge di incentivazione <sup>(220)</sup>.

Le argomentazioni surriportate sono certamente valide in relazione all'ipotesi in cui la destinazione sia oggetto di uno specifico obbligo contrattuale del mutuatario, il che avviene probabilmente nella maggior parte dei casi, anche in base alla legislazione speciale agevolativa. Non è tuttavia da escludere la possibilità che — in assenza di specifici vincoli normativi — l'attività di destinazione venga dedotta non in obbligazione, ma *in condicione* <sup>(221)</sup>: in tal caso, l'inattuazione dello scopo previsto può determinare la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1353 ss. del c.c. Si tratta quindi, in tali ipotesi, di una condizione in senso proprio, che, dal punto di vista assiologico, svolge un ruolo essenziale rispetto alla causa concreta del negozio, costituendo un'ulteriore applicazione del principio della neutralità del congegno condizionale, e della sua utilizzabilità per gli scopi più svariati.

## 20. (Segue): *la vendita con riserva di proprietà.*

La configurazione della vendita con patto di riservato dominio come vendita condizionale è discussa in dottrina <sup>(222)</sup>, mentre la

<sup>(220)</sup> Escludono, di recente, la condizionalità del mutuo di scopo, sulla base delle argomentazioni riportate nel testo, RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 567; MASTROPAOLO, *I singoli contratti*, 7 - *I contratti reali*, Torino, 1999, p. 574.

<sup>(221)</sup> In tal senso, MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 4.

<sup>(222)</sup> Per la tesi del patto di riservato dominio come condizione sospensiva, dopo l'emanazione del codice civile del 1942, GIORDANO, *Obbligazioni delle parti nella vendita con riserva di dominio*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, p. 198; DE MARTINI, *Vendita reale, vendita obbligatoria e promessa di vendita*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 469-470; MICCIO, *La vendita con riserva della proprietà e gli effetti dell'inadempimento del compratore*, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1195; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 82; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 784; BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 228 ss.; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 533; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 22; ID., *La condizione e gli altri elementi accidentali*, cit., p. 813 e 823. Si tratterebbe, in ogni caso, di condizionamento del solo effetto traslativo della vendita, nascendo immediatamente sia l'obbligazione di pagamento del prezzo, sia gli effetti obbligatori in capo al venditore. Per l'orientamento della dottrina sotto il codice civile del

giurisprudenza la accetta correntemente <sup>(223)</sup>. Mentre una parte della dottrina afferma la natura condizionale della fattispecie, in particolare configurando il pagamento del prezzo come condizione sospensiva del trasferimento della proprietà, altri rigetta tale concezione, configurandola come una vendita obbligatoria <sup>(224)</sup>, o

---

1865, prevalentemente nel senso di attribuire natura condizionale alla vendita con riserva di proprietà, cfr. gli autori cit. in PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 205, nota 33.

Per la tesi che ravvisa nel patto di riservato dominio una condizione risolutiva, cfr. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 189 ss.

Per l'esclusione della natura condizionale, in dottrina, PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1945, p. 11; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 214 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 430; CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 974 ss.; GATTI, *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 476-477; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1975, p. 188 ss.; TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva di proprietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 335 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 432 ss.; BIANCA, *La vendita*, cit., p. 522 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 341-342; BARALIS-BOERO, *La compravendita delle abitazioni*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II - *Aspetti civilistici*, Milano, 1986, p. 316 ss.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 173-174; BOTTARO, *La vendita con riserva di proprietà*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, I, 1, Milano 1992, p. 247 ss.; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 297; CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi — il patto di differimento degli effetti reali*, cit., p. 60 ss.

<sup>(223)</sup> In giurisprudenza, per la natura condizionale della vendita con riserva di proprietà, Cass. 4 maggio 1945 n. 315, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, p. 196; Cass. 23 dicembre 1947 n. 1736, in *Foro it.*, 1948, I, c. 949; Cass. 14 aprile 1951 n. 920, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1194; Cass. 13 aprile 1960 n. 864, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Fallimento*, n. 449; Cass. 3 ottobre 1973 n. 2475, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1307; Cass. 3 aprile 1980 n. 2167, in *Riv. not.*, 1980, p. 1288; Cass. 13 luglio 1998 n. 6813, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Edilizia popolare*, n. 135; Cass. 8 aprile 1999 n. 3415, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Vendita*, n. 20.

In senso contrario, App. Genova 4 gennaio 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 585 (quest'ultima sulla base della errata considerazione che non si può condizionare il contratto all'adempimento di una prestazione, elemento essenziale del contratto).

<sup>(224)</sup> GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 221; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 428 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 433 ss.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 173-174. Le critiche alla teoria della vendita obbligatoria fanno leva, essenzialmente, sull'automaticità dell'acquisto della proprietà a seguito del pagamento del prezzo, e quindi sull'inesistenza di un'obbligazione positiva del venditore di far acquistare la proprietà (ex art. 1476 n. 2 c.c.); se poi « si vuole avere riguardo ad una mera obbligazione del venditore di non impedire che il compratore acquisti il diritto, non sembra che il contenuto meramente negativo di

come un particolare sottotipo di vendita, caratterizzato da una disciplina *sui generis*: l'irretroattività del trasferimento della proprietà (art. 1523 c.c.), la trasmissione immediata del possesso (art. 1523, e art. 1526, comma 1, seconda parte), il passaggio immediato del rischio del perimento della cosa (art. 1523 c.c.), la responsabilità dell'acquirente per i danni cagionati dalla cosa (art. 2054, commi 3 e 4, c.c.), la purificazione operata con la vendita immediatamente traslativa per il caso di fallimento del venditore (art. 73, ult. comma, l. fall.).

La posizione del venditore, nel periodo precedente al pagamento del prezzo, è stata volta per volta qualificata — da chi non accetta la teoria condizionale — come diritto reale di garanzia <sup>(225)</sup>, diritto reale *sui generis* <sup>(226)</sup>, o aspettativa reale <sup>(227)</sup>, con una tutela per certi aspetti più intensa della normale tutela condizionale <sup>(228)</sup>;

---

siffatta obbligazione sia in grado di rappresentare la peculiarità della figura »: BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 296; TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 367 ss. Si è altresì rilevato che il compratore, in questo caso, non è un semplice creditore, ma titolare di un potere sulla cosa valevole nei confronti dell'alienante e dei terzi: BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 524.

<sup>(225)</sup> È di BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 525 ss., la teoria che ravvisa nella posizione del venditore con riserva di proprietà un diritto reale di garanzia *sui generis*, ritenendo correlativamente che all'acquirente compete, sin dal momento della conclusione del contratto, un vero e proprio diritto di proprietà. In senso adesivo, di recente, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 142 ss.

<sup>(226)</sup> Parla di un diritto reale in capo al compratore con patto di riservato dominio, caratterizzato dal potere di godere la cosa e divenirne pieno proprietario, GATTI, *Le situazioni soggettive attive del compratore nella vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 478 ss. Di « autonomo tipo di diritto reale » parlano anche COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1980, p. 253; TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 362 ss.; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 321-322; LUMINOSO, *Vendita*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 634.

<sup>(227)</sup> Per l'individuazione della posizione del compratore con riserva di proprietà come « aspettativa reale », v. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 980 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 189-190.

<sup>(228)</sup> CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 962 ss., spec. p. 977 ss., ravvisa il contenuto dell'aspettativa reale del compratore, oltre che nei poteri conservativi spettanti al titolare dell'aspettativa condizionale, in un « diritto al possesso » di natura reale, e quindi opponibile ai terzi e tutelabile con le azioni possessorie, che trova il suo logico *pendant* nell'assunzione di tutti i rischi inerenti al bene acquistato (e cioè sia il rischio del perimento, *ex art.* 1523 c.c., sia

sono state, peraltro, segnalate le difficoltà in cui incorrono tali dottrine nel rinvenire — vista la lacunosità della disciplina degli artt. 1523 ss. c.c. — una soluzione normativa ad una serie di problemi, che trovano invece un'espressa regolamentazione nelle norme sulla condizione: si pensi alla sottrazione del bene alienato all'azione esecutiva da parte dei creditori del venditore, ai limiti al potere di disposizione in capo al venditore stesso, o all'alienazione della situazione giuridica del compratore, alla disciplina della pubblicità del patto di riservato dominio e dell'avvenuto trasferimento della proprietà<sup>(229)</sup>. La giurisprudenza, peraltro, è ferma nel ritenere — in armonia con il dato letterale dell'art. 1523 c.c. — che la proprietà del bene rimanga al venditore fino all'integrale pagamento del prezzo, traendone le opportune conseguenze in termini di disciplina, allorché si tratta di individuare il momento dell'acquisto della proprietà in capo al compratore<sup>(230)</sup>.

---

la responsabilità per i danni procurati dalla cosa, ex art. 2054, 3° comma, c.c.). All'acquirente competerebbe poi il risarcimento per danni arrecati alla cosa, con applicazione analogica dell'art. 2743 c.c. a tutela del diritto del venditore. Inoltre l'Autore evidenzia come la situazione giuridica soggettiva del compratore sia opponibile ai creditori del venditore, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 2914 c.c. la legge fallimentare sancisce espressamente tale opponibilità all'art. 73, disponendo che « nella vendita a rate con riserva della proprietà il fallimento del venditore non è causa di scioglimento del contratto », sottraendo così sostanzialmente il bene all'esecuzione concorsuale.

La realtà della posizione sia dell'alienante che dell'acquirente giustifica l'applicabilità alla vendita con riserva di proprietà della disciplina dell'art. 1357 c.c. In senso contrario, TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 91 ss., secondo il quale l'ulteriore alienazione da parte del venditore con patto di riservato dominio si profila come fonte di responsabilità, non essendo ivi ipotizzabile un interesse giuridicamente tutelato a disporre del bene venduto in pendenza dell'evento, interesse che presupporrebbe la « mancanza di un dato al momento della programmazione contrattuale ».

<sup>(229)</sup> Sulle problematiche da ultimo indicate nel testo, cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., p. 84 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 433 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 528 ss., 537 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 191 ss., p. 250 ss., 257 ss.; TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 393 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 436 ss., 444 ss.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 176 ss.; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 535 ss., 541 ss.; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 311 ss.; LUMINOSO, *Vendita*, cit., p. 634-635.

<sup>(230)</sup> Trib. Roma 6 giugno 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 303; Trib. Ferrara

Le tradizionali obiezioni alla natura condizionale sono di vario genere, e vanno dall'esistenza di una specifica disciplina confligente con quella condizionale <sup>(231)</sup>, alla diversità di funzione pratica e di valutazione degli interessi delle parti <sup>(232)</sup>, al difetto di estrinsecità dell'evento costituente il pagamento del prezzo <sup>(233)</sup>, al

21 maggio 1985, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 504, con nota di GIONFRIDA DAINO; App. Genova 4 gennaio 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 586; Cass. 15 aprile 1988 n. 2975, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2286.

Si è rilevato che il ritenere sussistente in capo al venditore la proprietà prima del pagamento del prezzo non contrasta con l'affermazione, comunemente ripetuta, della possibilità per il venditore di attuare, in caso di inadempimento, l'ordinaria azione esecutiva sullo stesso bene oggetto di vendita: ciò si giustifica con il carattere unilaterale della condizione sospensiva in cui consiste la riserva di proprietà, ed il venditore può quindi rinunciare a tale condizione (revocando la clausola di riserva di proprietà), all'atto in cui promuove l'azione esecutiva: LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 548-549.

<sup>(231)</sup> CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 974 ss.

<sup>(232)</sup> MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 189; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 524 ss.; CATTANEO, *op. ult. cit.*, p. 976 ss., il quale rileva che la vendita con riserva di proprietà « tende ad operare il passaggio immediato e definitivo al compratore di tutti i vantaggi e di tutti i rischi che sono normalmente attribuiti al proprietario della cosa »; l'acquirente, quindi, « è già sostanzialmente « padrone » della cosa comprata, secondo l'intento tipico perseguito con il contratto: ne ha il godimento e la materiale detenzione, e subisce inoltre tutti i rischi ad essa inerenti, sia con riguardo al suo eventuale perimento, sia ai danni che essa può cagionare a terzi ». Ciò costituisce il riflesso di una diversa intenzione delle parti: « La presenza di una condizione significa che l'intento delle parti è, per così dire, alternativo: il trasferimento è voluto in una certa ipotesi, ma è escluso nell'ipotesi contraria. E la legge non prende in considerazione la maggiore o minore probabilità dell'avveramento nel caso concreto. In caso di vendita con riserva, invece, l'intento delle parti è diretto in ogni caso al trasferimento della proprietà, e la riserva è stipulata solo al fine di garantire il venditore per il caso in cui un evento patologico non voluto renda impossibile l'attuazione dell'intento perseguito ».

Peraltro, se può convenirsi con l'Autore sulla valutazione tipica dell'intento delle parti effettuata dal legislatore, non sembra che ciò costituisca motivo sufficiente per una differenziazione « tipologica » della fattispecie in esame dalla vendita condizionale: sia perché il grado di probabilità dell'evento condizionante può, in concreto, non essere dissimile dal pagamento del prezzo nella fattispecie che ci occupa; sia perché gran parte dei profili funzionali esaminati (godimento, passaggio dei rischi) sono derogabili anche nell'ambito del negozio condizionato, sì da determinare una possibile, analoga regolamentazione. L'unico profilo, sotto quest'angolo visuale, di permanente inderogabile differenziazione rimane il rischio relativo alla responsabilità civile per danni procurati dalla cosa.

<sup>(233)</sup> Per il difetto di estrinsecità del pagamento del prezzo rispetto al contratto di compravendita con riserva di proprietà, AMBROGIO, *Ancora sulla*

carattere meramente potestativo dell'eventuale condizione di pagamento del prezzo <sup>(234)</sup>, ma non sembrano tuttavia decisive. Sotto il profilo assiologico, si è visto che la condizione non è necessariamente estrinseca rispetto al negozio cui accede, e ciò rende incongrua l'obiezione da ultimo riportata: l'eventuale estrinsecità dovrebbe essere prevista, negli specifici casi, da una norma positiva che nella specie manca. Sotto il profilo strutturale, occorre tener conto del fatto che, in questo caso, ad essere condizionata è esclusivamente la prestazione del venditore, il che rende ragione di alcune differenze di disciplina; differenze comunque non decisive, e che comunque non impedirebbero l'applicazione della disciplina condizionale, con il limite della compatibilità rispetto alla disciplina speciale <sup>(235)</sup>.

Neanche si può parlare di condizione sospensiva meramente potestativa nulla *ex art. 1355 c.c.*: si è visto che la *ratio* di quest'ultima norma è quella di sanzionare il rinvio di volontà — in quanto riferito al soggetto obbligato — per l'incompatibilità tra l'eccessiva precarietà del vincolo e la disciplina condizionale. Nella fattispecie

---

*vendita con riserva di proprietà*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 145 (secondo il quale il pagamento del prezzo « mancherebbe sempre del requisito della exteriorità, cioè di quella logica accidentalità che è la caratteristica dell'elemento condizionale rispetto agli *essentialia* del negozio »); GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 126 ss., e p. 214 ss. (secondo il quale il pagamento del prezzo nella vendita con riserva di proprietà si attergerebbe come « concausa necessaria » dell'efficacia traslativa, pur non assumendo la funzione di « fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico »: si tratterebbe cioè di un coelemento necessario di efficacia introdotto per volontà delle parti, che — per essere « intrinseco » sotto il profilo dell'interesse tutelato — non sarebbe qualificabile come condizione, con le necessarie conseguenze in termini di disciplina); TULI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 358; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 174; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 297 (« il pagamento del prezzo rappresenta un elemento essenziale dello scambio e non può rappresentare contemporaneamente l'oggetto di un elemento accidentale del contratto »).

<sup>(234)</sup> BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 297: « per legarsi la produzione dell'evento (pagamento del prezzo) alla mera volontà del compratore-debitore, si darebbe luogo ad una condizione meramente potestativa (v. art. 1355 c.c.) ».

<sup>(235)</sup> Rileva LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 533, trattarsi di una figura legalmente tipizzata di vendita condizionale, nella quale « il negozio ad effetto reale condizionato è parzialmente modificato, sul piano obbligatorio, in funzione delle tipiche finalità perseguite dalle parti ».

in oggetto, invece, a fronte di una prestazione traslativa condizionata, esiste un'obbligazione del compratore immediatamente efficace, e l'eventuale mancato pagamento del prezzo, determinando la responsabilità contrattuale del compratore, non può considerarsi conseguenza del suo « mero » arbitrio, che non ricorre mai allorché il comportamento potestativo non sia libero, bensì dovuto (come avviene nel caso in esame).

Meritevole di attenta considerazione è invece l'obiezione che ravvisa un'incompatibilità strutturale del meccanismo condizionale con l'operatività della riserva di proprietà, ritenendo che, in caso di mancato pagamento integrale del prezzo, il venditore possa ottenere la restituzione della cosa solo a seguito della risoluzione per inadempimento, giudiziale o di diritto: ciò perché si ha inadempimento definitivo solo quando è impossibile purgare la *mora debendi*, e questo effetto si realizza solo dopo aver richiesto la risoluzione. Si avrebbe pertanto — secondo questa dottrina — una incompatibilità del congegno condizionale con questo meccanismo di operatività della vendita con riserva di proprietà: se, infatti, si assumesse quale evento condizionante l'adempimento da parte del compratore, e quindi, in negativo, quale presupposto del mancare della condizione, l'inadempimento definitivo, quest'ultimo postulerebbe l'iniziativa del venditore per la richiesta di risoluzione, rendendo quindi complesso il contenuto della condizione, in difformità dal dettato normativo <sup>(236)</sup>. Sembra, in realtà, che l'ostacolo — se tale è — sia ravvisabile solo nel caso che si intenda la vendita con riserva di proprietà come vendita risolutivamente condizionata all'inadempimento del compratore, nella quale la risoluzione dell'effetto traslativo a seguito dell'inadempimento definitivo avvenga *ipso iure* a seguito della proposizione della domanda di risoluzione, mentre la risoluzione dell'obbligo di pagare il prezzo avrebbe luogo solo con la pronuncia della sentenza di risoluzione <sup>(237)</sup>: in questa ipotesi, infatti, l'evento condizionante sarebbe l'inadempimento definitivo. Viceversa, accogliendo l'impostazione che ravvisa nell'ipotesi in esame una vendita sospensivamente condizionata, l'evento condizionante è dato dall'adempimento, ed il problema

---

<sup>(236)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 224 ss.; BARALIS-BOERO, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 322 ss.

<sup>(237)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 274.



dell'inadempimento (che come tale deve essere imputabile, di non scarsa importanza, definitivo) e della proposizione della domanda di risoluzione giudiziale si pone esclusivamente per qualificare definitivamente mancata la condizione. Se poi il pagamento del prezzo è legato ad un termine essenziale, la scadenza di quest'ultimo senza che detto pagamento sia intervenuto e senza che il venditore abbia comunque richiesto l'adempimento (nel termine di tre giorni da esso, *ex art. 1457 c.c.*) <sup>(238)</sup>, comporta senz'altro il mancare della condizione.

Rimane quindi senz'altro salvaguardata l'automatica operatività dell'evento condizionante, considerata comunemente caratteristica essenziale ai fini della qualificazione dell'evento futuro ed incerto come condizione <sup>(239)</sup>.

Pertanto, pare più rispondente alla realtà la concezione che vede nel patto di riservato dominio una condizione « legalmente tipizzata » <sup>(240)</sup>, caratterizzata da specifici caratteri di disciplina, rispetto a quelli generali della condizione. Tra questi profili di disciplina, alcuni potrebbero essere previsti dall'autonomia privata anche in un normale negozio condizionato (così la trasmissione anticipata del godimento, l'irretroattività, il trasferimento del rischio relativamente al *periculum rei*), altri, viceversa, rimangono tipici e caratteristici del riservato dominio: la responsabilità dell'acquirente per danni cagionati dalla cosa <sup>(241)</sup> e, correlativamente, il

---

<sup>(238)</sup> Non sembra condivisibile l'opinione di BARALIS-BOERO, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 322-323, secondo la quale la disciplina del termine essenziale sarebbe derogata dall'adozione del meccanismo condizionale, nel senso che non vi sarebbe la possibilità di attendere il decorso dei tre giorni di cui all'art. 1457 c.c.: se, infatti, evento condizionante è l'adempimento, il pagamento del prezzo, per qualificarsi come tale, deve intervenire nel termine pattuito; se così non avviene, e tuttavia il venditore entro tre giorni, *ex art. 1457 c.c.*, manifesta la permanenza del proprio interesse alla prestazione, anche il pagamento tardivo si qualificherebbe come adempimento e quindi come evento condizionante. Il problema, a ben vedere, non si pone in termini di automatismo o meno del verificarsi della condizione, ma esclusivamente ai fini della qualificazione della prestazione, nel contesto di altre circostanze, come idonea a costituire avveramento della condizione.

<sup>(239)</sup> Sull'automatismo della condizione, cfr. *infra*, paragrafo 38.

<sup>(240)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 784; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 533.

<sup>(241)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 83; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 534. In giurisprudenza, la *ratio*

diritto al risarcimento per danni subiti dalla cosa <sup>(242)</sup>, la disciplina inderogabile sulle rate di prezzo già pagate o sul parziale inadempimento, la posizione del compratore in caso di fallimento del venditore *ex art. 73, ult. comma, della l. fall.* <sup>(243)</sup>. In ogni caso, sono applicabili alla vendita con riserva di proprietà, in quanto non specificamente derogate dagli artt. 1523 ss. c.c., anche le norme sul negozio condizionato compatibili con la disciplina speciale sopra richiamata.

Anche la dottrina che nega l'inquadramento condizionale del patto di riservato dominio ammette, poi, l'applicazione analogica della disciplina sulla condizione <sup>(244)</sup>; applicazione che avviene invece in via diretta, con il suddetto limite della compatibilità.

---

dell'art. 2054, comma 3, c.c. è stata ravvisata nel mancato controllo sulla cosa in capo al venditore con riservato dominio, e quindi nel difetto dello *ius prohibendi* sulla circolazione del veicolo, spettante invece al compratore: Cass. 30 maggio 1977 n. 2209, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1658. Si tratta, evidentemente, di una *ratio* suscettibile di estensione anche ai beni diversi dai veicoli.

<sup>(242)</sup> Secondo CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 997 ss., nel negozio condizionato il risarcimento del danno spetterebbe al venditore, quale necessario *pendant* del rischio a lui accollato dall'art. 1465, ult. comma, c.c.; «l'acquirente potrà forse, in caso di avveramento della condizione, ottenere solo un risarcimento pari alla differenza fra i vantaggi economici da lui non conseguiti e il prezzo promesso». Nella vendita con riserva di proprietà, invece, la soluzione dovrebbe essere più articolata; l'Autore ritiene applicabile per analogia l'art. 2743 c.c., con la possibilità, per il venditore, di chiedere all'acquirente idonea garanzia in caso di perimento o deterioramento del bene; il risarcimento sarebbe dovuto al compratore se è fornita la garanzia, altrimenti occorrerebbe attendere l'esito del contenzioso tra le parti per determinare il titolare del diritto al risarcimento.

<sup>(243)</sup> Sulla disciplina dell'art. 73 l. fall., ed in genere sui riflessi del patto di riservato dominio sul fallimento del venditore e del compratore, cfr. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 984-985; MIGNOLI, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 329 ss.; TARZIA, *La tutela del riservato dominio nell'esecuzione singolare e collettiva a carico del compratore*, in *Dir. fall.*, 1975, I, p. 113 ss. Cfr. anche la dottrina citata *supra*, alla nota 229 di questo capitolo.

<sup>(244)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 215 ss. (ed *ivi*, alla nota 63, altre indicazioni di dottrina), è per l'applicazione analogica, ritenendo che la peculiare «intrinsecità» di questo tipo di condizione impedisca di ravvisarvi una condizione in senso tecnico. Nello stesso senso, LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 154-155.

Per l'esclusione dell'applicazione della disciplina condizionale, CATTANEO, *op. ult. cit.*, p. 974 ss.

Saranno quindi senz'altro estensibili alla fattispecie in oggetto, ad esempio, le norme sull'efficacia degli atti di disposizione (art. 1357 c.c.)<sup>(245)</sup>, sul potere di compiere atti conservativi (art. 1356 c.c.), sul comportamento di buona fede durante la fase di pendenza (art. 1358 c.c.) e sugli atti di amministrazione compiuti durante la pendenza<sup>(246)</sup>; deve altresì ritenersi applicabile la finzione di avveramento della condizione (art. 1359 c.c.)<sup>(247)</sup>, in particolare allorché si verifichino i presupposti della *mora credendi* e sia stato conseguito — con la procedura dell'offerta reale — l'effetto della liberazione coattiva del debitore (artt. 1206 ss. c.c.).

Ulteriori conferme della natura condizionale dell'istituto possono trarsi, del resto, sia dall'evoluzione storica dell'istituto<sup>(248)</sup>, sia dal diritto comparato: il paragrafo 455 del BGB tedesco, con norma interpretativa, nel dubbio considera il trasferimento della proprietà come sottoposto alla condizione sospensiva del paga-

---

<sup>(245)</sup> In tal senso anche CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 982 ss.

<sup>(246)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 269.

Più in generale, può condividersi la tesi che ravvisa la posizione del compratore come situazione complessa, scomponibili « in due situazioni giuridiche diverse, ancorché collegate: a) il diritto personale di godimento attuale sulla cosa, b) l'aspettativa del futuro acquisto della proprietà in dipendenza del verificarsi dell'evento condizionante »; ciò anche in considerazione del fatto che « il godimento esercitato non presenta tutti i requisiti di pienezza e absolutezza, corrispondenti all'esercizio di un diritto reale, in quanto l'acquirente è sempre obbligato a conservare integro il bene in modo da salvaguardare le ragioni del venditore, in base ai principi stabiliti dall'art. 1358 c.c. »: LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 535.

<sup>(247)</sup> Ritiene inapplicabile la finzione di avveramento della condizione, nell'ambito della particolare teoria che individua nella vendita con riserva di proprietà una condizione risolutiva di inadempimento, PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 276. L'obiezione è fondata sulla asserita « coincidenza tra il fatto che opera in analogia con l'evento condizionale e la fattispecie della risoluzione per inadempimento », e non ha ragione di proporsi se si ragiona in termini di condizione sospensiva di adempimento. L'applicazione diretta, e non analogica, della finzione rende altresì irrilevante, sotto il profilo *de quo*, la questione — sollevata anche dall'Autore — circa la pretesa eccezionalità della disposizione dell'art. 1359.

<sup>(248)</sup> Nel vigore del codice civile del 1865 la vendita di proprietà, non espressamente disciplinata dalla legge, era configurata, dalla dottrina assolutamente prevalente, come vendita condizionata: cfr. sul punto PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 204-205, e la dottrina ivi citata, alla nota 33.

mento completo del prezzo; in senso analogo, in assenza di esplicite disposizioni, si pronunciano la dottrina e la giurisprudenza francesi e svizzere, per parlare solo dei sistemi giuridici più vicini al nostro <sup>(249)</sup>.

## 21. (Segue): *la vendita con patto di riscatto*.

La concezione della vendita con patto di riscatto come vendita condizionale, ed in particolare del patto di riscatto come condizione risolutiva meramente potestativa, è comune sia in dottrina <sup>(250)</sup> che in giurisprudenza <sup>(251)</sup>; l'obiezione principale a tale ricostruzione è

<sup>(249)</sup> Cfr. sul punto PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 205 ss., ove altre indicazioni relativamente a sistemi giuridici di diritto continentale e di *Common Law*, tutti orientati, in maggioranza, per il congegno della condizione sospensiva.

<sup>(250)</sup> Sulla vendita con patto di riscatto come negozio tipicamente condizionato, PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina, 1945, p. 7; ID., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, p. 33-34; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 124; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 443, nota 4; BARBERO, *Contestualità del riscatto convenzionale con la vendita*, in *Temi*, 1949, p. 281 ss. (che parla di negozio tipicamente condizionato, nel quale il patto di riscatto comporterebbe una modificazione della causa e quindi del tipo negoziale); RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 784 (che vi ravvisa una vera e propria condizione risolutiva meramente potestativa); PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 351 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 334; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 301 e 325; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 78 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 22 e 124 (ma v. p. 83, ove l'Autrice afferma che «l'eventuale integrazione della norma relativa alla vendita con patto di riscatto con quella della condizione può essere solo una conseguenza di già riscontrate analogie, non un motivo di identità o similitudine»); ID., *La condizione e gli altri elementi accidentali*, cit., p. 813 e 823.

<sup>(251)</sup> Cass. 13 marzo 1954 n. 721, in *Foro it.*, Mass. 1954, 151; Cass. 26 maggio 1954 n. 1682, in *Mass. Giur. it.*, 1954, c. 381-382; Cass. 30 luglio 1957 n. 3229, in *Foro it.*, Mass. 1957, 632; Cass. 19 ottobre 1957 n. 3994, in *Vita not.*, 1958, p. 46; Cass. 19 aprile 1958 n. 1300, in *Giust. civ.*, Mass. 1958, 469; Cass. 7 febbraio 1962 n. 250, in *Mass. Giur. it.*, 1962, c. 83; Cass. 14 maggio 1962 n. 1004, in *Giust. civ.*, Mass. 1962, 512; Cass. 23 ottobre 1965 n. 2219, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1118; Cass. 12 ottobre 1967 n. 2416, in *Mass. Giur. it.*, 1967, c. 911-912; Cass. 17 maggio 1969 n. 1712, in *Mass. Giur. it.*, 1969, c. 708; Cass. 6 giugno 1969 n. 1980, in *Mass. Giur. it.*, 1969, c. 819; Cass. 30 giugno 1969 n. 2380, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1279; Cass. 16 maggio 1975 n. 1895, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 1589; Cass. 3 novembre 1979 n. 5705, in *Giust. civ.*, Rep. 1979, voce *Vendita*, n. 54; Cass. 3 luglio 1980 n. 4254, in *Giust. civ.*, Mass. 1980; Cass. 4 novembre 1996 n. 9540, in *Riv. not.*, 1998, p. 1013.

quella che rileva il difetto del requisito di estrinsecità <sup>(252)</sup>, già più volte confutata.

Qui, peraltro, si pone soprattutto in evidenza un peculiare concetto di *estrinsecità*, che va opportunamente valutato. Non è, ovviamente, in questione l'estrinsecità strutturale del negozio di riscatto rispetto alla compravendita originaria, trattandosi di fattispecie completamente autonoma, come è facile rilevare: l'autonomia dell'evento risolutivo rispetto al negozio condizionato risolutivamente è stata posta in evidenza dallo stesso Falzea, che opportunamente ha differenziato la fattispecie da quella della

---

Cfr. anche le sentenze citate in LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, p. 22, nota 48.

*Contra*, Cass. 25 gennaio 1992 n. 812, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 128.

<sup>(252)</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1028 ss. (che nega la configurabilità del riscatto come condizione, in quanto trattasi non di fatto estrinseco al negozio, bensì di negozio a sé stante, che opera come « intento » rivolto agli effetti, « direttamente ed esclusivamente rivolto a risolvere gli effetti della vendita »); PULEO, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, cit., p. 134 ss. (il quale sviluppa un'obiezione alla configurazione del patto di riscatto come condizione risolutiva potestativa, basata, essenzialmente, sul difetto di estrinsecità nell'atto di riscatto, il quale ultimo, a differenza dell'evento condizionante, non sarebbe mera « occasione », bensì vera e propria « causa » dell'effetto); CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 249, nota 89 (che fa leva sul carattere negoziale della dichiarazione di riscatto per escludere la natura condizionale del relativo patto); BIANCA, *La vendita*, cit., p. 569 ss. (che sottolinea l'esigenza di tenere distinto « l'esercizio del potere dispositivo del rapporto rispetto alla condizione come evento »; nella fattispecie si sarebbe in presenza di « un atto che dispone direttamente del rapporto quale atto di autonomia privata »); GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 90 (il quale parla di « differenza intrinseca, ormai da tempo messa in luce, che corre fra la subordinazione del negozio a un ordine di interessi estraneo a quello con esso regolato e, viceversa, l'attribuzione a una delle parti del diritto di compiere una valutazione d'opportunità contraria a quella già estrinsecatasi con la conclusione del negozio »); CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, p. 4-5 (con la stessa motivazione della estraneità al fenomeno condizionale dell'ipotesi in cui un negozio è rivolto direttamente ed immediatamente ad incidere sul rapporto scaturente da altro negozio); MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 124, e nota 3 (secondo il quale l'evento condizionante è necessariamente atto non negoziale); LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 26 ss. (« Anche quando... la condizione apposta al negozio sia costituita da una dichiarazione di volontà di una delle parti, questa — dovendo esprimere un ordine di interessi estraneo a quello regolato col negozio — non può mai identificarsi nella stessa volontà diretta alla produzione degli effetti del negozio o alla loro risoluzione »); LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 133 ss.

condizione sospensiva, in cui si pone un problema di distinzione tra causa e concausa dell'effetto. Non rileva neanche l'elemento psicologico della volontà diretta agli effetti giuridici, profilo che il superamento del dogma della volontà nell'interpretazione dei fenomeni giuridici rende irrilevante, essendo altresì ormai pacifico che gli effetti giuridici derivano in ogni caso dalla legge, sia che si tratti di negozi, di atti giuridici in senso stretto o di meri fatti (cfr. *supra*, paragrafo 2). Non si parla neanche di estrinsecità nel senso di presenza di un « piano di interessi esterno » al negozio, che pure non sussiste. Ciò che rileva, nelle suddette impostazioni dottrinali, non è il profilo teleologico ed assiologico del negozio condizionato, bensì quello del negozio di riscatto, atto di autonomia privata finalizzato esclusivamente a risolvere gli effetti di un precedente negozio: in tale rilevanza dell'autonomia privata viene ravvisato un elemento di incompatibilità con la natura dell'evento condizionante, in conformità al tradizionale insegnamento secondo il quale l'evento condizionante può essere costituito anche da un negozio giuridico, purché lo stesso venga in considerazione ai fini del condizionamento come *mero fatto* o al limite come atto non negoziale <sup>(253)</sup>.

Non sembra, in realtà, che la natura del negozio condizionante quale atto di autonomia privata, ed il suo venire in considerazione in tale veste ai fini del condizionamento, sia incompatibile con la natura del fenomeno condizionale risolutivo: è vero che l'art. 1353 c.c. parla di evento, ma è altresì vero che dal sistema può sicuramente desumersi la validità di alcune condizioni meramente potestative (arg. *a contrario ex art.* 1355 c.c.), in cui si riscontra la presenza di un atto di autonomia direttamente incidente sull'« interesse al contratto »: basti pensare alla donazione con riserva di disporre, e, per l'appunto, alla vendita con patto di riscatto. Il profilo verrà ulteriormente approfondito (cfr. *infra*, paragrafo 49); la conclusione che ne deriverà, e che si può senz'altro anticipare, è la *piena ammissibilità di un evento condizionante di tipo risolutivo che sia rappresentato da un negozio, il cui fine precipuo ed esclusivo*

---

<sup>(253)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 135; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., p. 103 ss.; PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 151 ss. Parla di *rilevanza riflessa* del negozio condizionante rispetto al negozio condizionato, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 134 ss.

*sia quello di incidere sull'efficacia del negozio condizionato*, quanto meno nelle ipotesi e nei limiti in cui è da ammettersi la configurabilità di una condizione risolutiva meramente potestativa.

Non vi sono quindi ostacoli, sotto questo profilo, all'accoglimento della tesi condizionale per il patto di riscatto. Né valgono ad escludere tale configurazione le obiezioni che sottolineano le peculiarità di disciplina dell'istituto in esame, peculiarità che non escludono la rilevanza condizionale della fattispecie, limitatamente a quei profili di disciplina che non si rivelino incompatibili <sup>(254)</sup>. Non esiste infine incompatibilità tra la configurazione condizionale dell'istituto e la spettanza, in capo al venditore, di un diritto potestativo <sup>(255)</sup>.

Si avrà modo di precisare (*infra*, paragrafo 49) il meccanismo operativo della condizione risolutiva, che opera sugli effetti del negozio condizionato come causa risolutiva in senso tecnico, sia pure con le peculiarità che derivano dall'essere la risoluzione già programmata con il negozio, dal quale quindi scaturiscono non effetti pieni, ma effetti precari e risolubili, come tali opponibili ai terzi (art. 1357 c.c.). Questo peculiare meccanismo operativo rende ragione della legittimità della condizione risolutiva meramente potestativa, e della configurabilità del negozio di riscatto — in quanto diretto in via esclusiva alla risoluzione degli effetti di un altro negozio — come condizione risolutiva in senso tecnico. Non hanno quindi pregio, sotto il profilo dogmatico e costruttivo, le complesse argomentazioni volte a distinguere, nell'ambito di operatività del riscatto, un'efficacia risolutiva a titolo « condizionale » (nei confronti del titolare della proprietà risolubile) ed un'efficacia risolutiva di tipo « causale » (nei confronti del titolare dell'aspettativa e quindi del potere di riscatto) <sup>(256)</sup>: l'efficacia risolutiva della condizione è sempre di tipo « causale », salvo il particolare atteg-

---

<sup>(254)</sup> Sulla differenza della disciplina del riscatto rispetto a quella della condizione risolutiva, relativamente ai conflitti con i terzi, GABRIELLI, *Recesso unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 95 ss., e nota 189.

<sup>(255)</sup> FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 124; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 257; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 343.

<sup>(256)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 304 ss.

giarsi dell'effetto risolubile sin dalla formazione del negozio condizionato.

Le peculiarità di disciplina della vendita con patto di riscatto non precludono quindi — nonostante qualche contraria opinione <sup>(257)</sup> — la qualificazione condizionale della fattispecie: è caratteristica, infatti, dei negozi tipicamente condizionati l'esistenza di una disciplina speciale <sup>(258)</sup>, che si cumula — salvo il limite della compatibilità — con la disciplina generale della condizione. Pertanto, devono ritenersi applicabili all'istituto in esame — in via diretta e non semplicemente analogica <sup>(259)</sup> — le norme generali sulla condizione, in quanto non incompatibili con la disciplina tipica di questa figura <sup>(260)</sup>.

---

<sup>(257)</sup> LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 29 ss. (ed ivi ulteriori riferimenti).

<sup>(258)</sup> Tra le particolarità di disciplina, si possono evidenziare le diverse condizioni di opponibilità dell'effetto risolutivo (trascrizione della dichiarazione di riscatto ex art. 2653 n. 3 c.c.), la necessità di versamento del prezzo e delle spese affinché il riscatto sia operativo (art. 1503 c.c.), il divieto di pattuire la restituzione di un prezzo maggiorato a seguito del riscatto.

<sup>(259)</sup> Per l'applicazione diretta, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 352. Per l'applicazione analogica delle norme sulla condizione, pur negando la natura condizionale del patto di riscatto, BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 569, e p. 593, nota 1 (relativamente agli artt. 1356 e 1359 c.c.); LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 143.

<sup>(260)</sup> Sull'applicabilità alla vendita con patto di riscatto della finzione di avveramento della condizione, quando il compratore maliziosamente frapponga ostacoli all'esercizio del riscatto stesso, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 361 ss.; Cass. 6 ottobre 1949 n. 2451, in *Foro pad.*, 1950, II, c. 1313; Cass. 9 luglio 1953 n. 2202, in *Foro it.*, 1954, I, c. 27; Cass. 16 giugno 1956 n. 2126, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1025; Cass. 15 febbraio 1958 n. 198, in *Mass. Giust. civ.*, 1958, p. 173; Cass. 15 febbraio 1958 n. 499, in *Giust. civ.*, Rep. 1958, voce *Vendita*, n. 174; Cass. 26 maggio 1964 n. 1297, in *Giust. civ.*, Rep. 1964, voce *Vendita*, n. 79; App. Napoli 22 ottobre 1968, in *Dir. e giur.*, 1969, p. 886. *Contra*, LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 345.

Su altri profili di disciplina della condizione (in particolare, gli artt. 1356, 1357, 1358, 1361, 2659 ult. comma c.c.), per la loro applicabilità alla vendita con patto di riscatto cfr. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 124; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1036, p. 1041, nota 22, p. 1045, e p. 1056-1057; PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 7; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 593, nota 1; PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 338 ss., 356 ss. Sulla pubblicità del patto di riscatto, cfr. peraltro GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 149 ss.

Alcune problematiche, da tempo discusse con riferimento al patto di riscatto, si prestano ad essere risolte in maniera analoga alle corrispondenti questioni sorte



La qualificazione condizionale della vendita con patto di riscatto, ricostruita in base alla concreta disciplina positiva — evitando quindi una tipica *Inversionsmethode* che, partendo dal dogma dell'estrinsecità, risolve inevitabilmente la questione in senso negativo — consente pertanto, con procedimento di tipo induttivo, un'ulteriore dimostrazione dell'inconsistenza del preteso requisito di estrinsecità assiologica della condizione, oltre a fornire preziose soluzioni di disciplina per la regolamentazione dei negozi condizionali in generale <sup>(261)</sup>.

22. *Conclusioni: inesistenza di un paradigma unico e generale di interessi tutelati tramite la condizione. Rilevanza delle specifiche situazioni di interesse per la valutazione di essenzialità o meno della clausola condizionale nell'ambito del programma negoziale. Applicabilità del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, 2° co., c.c., con riferimento agli interessi realizzati tramite il meccanismo condizionale.*

È giunto il momento di tirare le fila del discorso relativo alla natura degli interessi tutelati mediante la clausola condizionale. Si è visto che non esiste un paradigma unico e generale sotto il quale sussumere la varia gamma degli interessi in questione; esistono,

---

in tema di negozio condizionato: così la questione della forma del patto di riscatto, della sua contestualità o meno con la vendita, del riscatto parziale, della cedibilità del diritto di riscatto. Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto, deve ritenersi che il venditore, nella misura in cui sia facoltizzato a cedere la propria aspettativa condizionale, possa senz'altro (e forse debba), contestualmente, cedere il diritto di riscatto che, rispetto alla suddetta aspettativa, costituisce una situazione giuridica strumentale ed accessoria. Cfr. sul punto, da ultimi, LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 318 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 337 ss. Per la negativa, in giurisprudenza, cfr. da ultima Cass. 20 dicembre 1988 n. 6963, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 759 ss.

<sup>(261)</sup> Alcune delle norme dettate per il patto di riscatto devono ritenersi estensibili alla condizione in genere (si pensi all'art. 1502, comma 1, c.c., sul rimborso al compratore delle spese sostenute per la cosa); altre devono ritenersi applicabili analogicamente a tutte le condizioni risolutive meramente potestative, consistenti in una dichiarazione negoziale (in particolare, l'art. 1501 quanto al termine entro il quale esercitare il riscatto, l'art. 1503, comma 3, sulla forma della dichiarazione di riscatto di beni immobili, e gli artt. 1504, comma 2, e 1506 ss., in caso di parti negoziali soggettivamente complesse o di alienazione in pendenza della condizione risolutiva potestativa).

piuttosto, diverse possibili situazioni di fatto, che si atteggiavano diversamente sia in relazione ai diversi interessi introdotti nel programma tramite il meccanismo condizionale, sia in relazione al diverso meccanismo di combinazione con l'interesse tipico negoziale.

La giurisprudenza si è dimostrata consapevole di ciò, sia avallando costantemente, come evidenziato nei paragrafi precedenti, fattispecie di condizionamento nelle quali il piano di interessi sottostante alla clausola condizionale non è assolutamente esterno rispetto al programma negoziale, sia affermando esplicitamente che « la condizione *non deve essere necessariamente* collegata ad un interesse delle parti complementare od integrativo degli interessi direttamente riconducibili alla causa del contratto, ma *può anche* servire interessi ulteriori e diversi, in modo da adattare gli effetti pratici del contratto alle concrete esigenze delle parti »<sup>(262)</sup>: la polifunzionalità dell'istituto condizionale riceve, con tale massima, l'avallo ufficiale della Suprema Corte.

Pur consapevoli della difficoltà e, in una certa misura, dell'inutilità<sup>(263)</sup> di una elencazione degli interessi che concretamente possono ricorrere nella pratica, si è preferito schematizzare, sia pure approssimativamente e senza pretese classificatorie, le più ricorrenti situazioni prospettabili. Limitandosi, per semplicità, alle ipotesi di condizionamento dell'intera efficacia negoziale, sono state individuate le seguenti situazioni:

---

<sup>(262)</sup> Cass. 3 febbraio 1993 n. 1333, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3085, con nota di LENER, *Gli interessi deducibili in condizione*. Nella fattispecie esaminata da quest'ultima sentenza, un contratto di compravendita veniva sottoposto alla condizione risolutiva della cancellazione di un'ipoteca sia dai beni compravenduti, sia da altri beni rimasti in proprietà della parte venditrice. L'interesse realizzato con la clausola condizionale coincideva quindi in parte con l'interesse negoziale, mentre in parte realizzava interessi esterni, nella specie facenti capo alla parte venditrice. Nell'ottica propria della concezione tradizionale, il Lener, nella nota a sentenza, critica la massima sopra riportata: secondo l'Autore è « inesatto affermare che "la condizione... può anche servire interessi ulteriori e diversi", in quanto l'essenza della condizione è per l'appunto di servire interessi ulteriori e diversi ».

<sup>(263)</sup> L'utilità di una ricognizione fenomenica degli interessi sottostanti alle clausole condizionali deve essere individuata, più che in un tentativo di generalizzazione, in sé sterile ed improduttivo, nell'opposto risultato di evidenziazione della plurivocità e plurifunzionalità dell'istituto condizionale e delle sue molteplici possibilità di utilizzo.

- a) condizionamento determinato dalla non attualità o precarietà dell'interesse interno negoziale;
- b) condizionamento determinato dall'idoneità dell'evento condizionante alla realizzazione dell'interesse interno negoziale;
- c) condizionamento posto a tutela di interessi ulteriori rispetto a quello interno, con esso compatibili;
- d) condizionamento caratterizzato da una compenetrazione tra interessi ulteriori ed interesse interno, con conseguente trasformazione concreta di quest'ultimo;
- e) promesse condizionate ad una prestazione, in cui viene a difettare l'accidentalità della condizione anche rispetto allo schema astratto;
- f) condizioni legali, caratterizzate dalla tutela di interessi esterni ed incompatibili, facenti capo a soggetti diversi dagli autori del programma negoziale.

Nella maggior parte di queste situazioni, l'interesse sottostante alla condizione — quale interesse al differimento o alla precarietà dell'efficacia — è astrattamente e logicamente scindibile dall'interesse negoziale in senso stretto, anche se in concreto questa scindibilità può non operare: sia perché, pur rimanendo i due interessi ben distinti, la scelta condizionale comporti inderogabilmente l'attuazione congiunta dei due interessi; sia perché può verificarsi una compenetrazione tra i due interessi, che vengono a costituire insieme un interesse composto ulteriore, suscettibile di realizzazione solo nella sua completezza; sia perché l'interesse condizionale, pur rimanendo autonomo e distinto, può assumere rilievo e rango proprio, in quanto appartenente a soggetti diversi dagli autori del negozio.

L'autonomia dell'interesse condizionale rispetto all'interesse negoziale vero e proprio pone il problema dell'applicabilità anche al primo del controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c.: la dottrina più recente, espressamente affrontando il problema, ha ritenuto tale controllo senz'altro applicabile all'istituto della condizione <sup>(264)</sup>; altra dottrina ha limitato tale esigenza

---

<sup>(264)</sup> Nel senso dell'applicabilità del controllo di meritevolezza *ex art.* 1322, 2° comma, c.c. all'interesse di cui è espressione la clausola condizionale, cfr. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 765-766; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 265 (il quale peraltro ritiene che, nella valutazione di meritevolezza, si dovrà procedere con criteri di maggior larghezza rispetto a quelli che si impiegano ai sensi

alle condizioni potestative, al fine di distinguerle dalle condizioni meramente potestative invalide, e richiedendo quindi una sorta di *expressio causae* condizionale il cui fondamento sarebbe rinvenibile nell'art. 1355 c.c. <sup>(265)</sup>; la giurisprudenza, viceversa, ha escluso che dal contratto debbano risultare anche gli interessi sottostanti alla clausola condizionale <sup>(266)</sup>.

Per la soluzione di tale problema occorre tener conto di diversi aspetti. Come evidenziato in precedenza, il programma negoziale può tutelare, oltre all'interesse fondamentale che si qualifica come causa del negozio, anche interessi secondari ed ulteriori: manca peraltro nell'art. 1322, 2° comma, qualunque distinzione fondata sulla natura principale o secondaria dell'interesse che il contratto è diretto a realizzare, il che legittima la tesi dell'estensibilità del controllo anche agli interessi secondari. Sotto altro profilo, è stata evidenziata l'esigenza di emersione dell'interesse in esame nell'ambito della problematica del dovere di buona fede *ex art.* 1358 c.c.,

---

dell'art. 1322 c.c.); MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 279; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 114 ss.

<sup>(265)</sup> BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 60-61, che ritiene « possibile apporre validamente una clausola condizionale di tipo potestativo da parte del debitore o dell'alienante sotto condizione sospensiva soltanto nell'ipotesi in cui il comportamento in questa dedotto sia ricollegabile ad un interesse della parte oggettivamente apprezzabile espressamente indicato nel contratto ovvero inequivocabilmente desumibile dalla formulazione della clausola... la mancata indicazione del concreto interesse sottostante all'apposizione della clausola condizionale non può che tradursi nel difetto *tout court* di un interesse oggettivamente apprezzabile e quindi tale da provocare una dichiarazione di nullità dell'accordo ». Nello stesso senso, sostanzialmente, con riferimento alla condizione potestativa, STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 88 (« è necessario — affinché possa esserne effettuata una valutazione oggettiva — che l'interesse dedotto nel contratto o sia espressamente indicato o si desuma chiaramente dal modo in cui è formulata la clausola »); ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 336 (per la quale è « necessario che il motivo individuale che ha determinato la parte all'apposizione della condizione potestativa emerga chiaramente dal contratto, cosicché la sua meritevolezza possa essere controllabile anche dall'altra parte »).

<sup>(266)</sup> Cass. 12 maggio 1972 n. 1431, in *Giust. civ.*, Rep. 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 82, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 340 ss.: « allorquando la condizione risulti da una espressa manifestazione di volontà dei contraenti non è necessario che dal contratto risultino anche i motivi che l'hanno determinata né che siano oggettivizzate le ragioni per cui le parti hanno avuto interesse a pattuire la condizione stessa ».

poiché la conformità del comportamento delle parti a quest'ultima norma deve spesso misurarsi con la coerenza del comportamento stesso rispetto all'interesse manifestato al momento della conclusione del contratto <sup>(267)</sup>. Ma soprattutto, l'identificazione dell'interesse sottostante alla condizione assume importanza fondamentale, come si vedrà, per risolvere il problema della scindibilità o meno della clausola condizionale in presenza di una serie di vicende — coeve o successive alla formazione del negozio — che possono incidere sulla validità o l'efficacia della clausola stessa.

Ciò non significa, peraltro, che l'interesse alla condizione debba essere necessariamente espresso nell'atto, potendosi il più delle volte individuarsi *in re ipsa*, cioè nella stessa natura e tipologia del condizionamento, o comunque chiaramente desumersi attraverso le regole legali di interpretazione <sup>(268)</sup>: è evidente, ad esempio, l'interesse che spinge a condizionare un contratto di compravendita al conseguimento di una concessione ad edificare. Solo laddove la natura della condizione renda equivoco il profilo assiologico della stessa — il che si verifica soprattutto nell'ambito delle condizioni di tipo potestativo, rinviando queste ad una successiva valutazione da parte di una delle parti — sarà necessaria una *expressio* degli interessi sottostanti.

Questa ricostruzione non contrasta con il riconoscimento della validità di alcune condizioni meramente potestative (quelle non ricomprese nella previsione dell'art. 1355 c.c.), che per definizione non manifestano un interesse autonomo rispetto a quello negoziale: ciò perché, in tali condizioni, l'interesse al differimento o alla precarietà dell'efficacia negoziale si identifica, sostanzialmente, con l'interesse della parte a disporre del negozio stesso, e quindi non vi è un profilo assiologico ulteriore rispetto alla causa negoziale da

---

<sup>(267)</sup> BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 65.

<sup>(268)</sup> In un'ottica più generale, è stato chiarito che « sarebbe inesatto pensare che l'area degli interessi che rientrano nell'economia del contratto debba identificarsi con la serie di quelli indicati da una sua clausola »; il criterio di distinzione tra interessi apprezzabili e interessi invece esclusi dal « piano economico » delle parti, e come tali irrilevanti, deve tener conto — alla stregua del principio della sopportazione dei rischi dell'iniziativa economica — dell'esigenza di attribuire rilevanza ai soli interessi in relazione ai quali si è pagato un costo (BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 268 ss., spec. p. 274 ss.).

assoggettare ad autonomo controllo e da evidenziare separatamente.

Si prospetta, a questo punto, il problema della sorte della clausola condizionale che non risponda ad interessi meritevoli di tutela giuridica: si è parlato, in proposito, di mancanza di una « causa giuridica » della condizione, con conseguente nullità della relativa clausola ed eventualmente dell'intero negozio in relazione alla causa o all'oggetto dello stesso <sup>(269)</sup>. Accolta la tesi della nullità della clausola condizionale, sembra che la soluzione dei connessi problemi vada ricercata, per analogia, nelle disposizioni codicistiche che disciplinano la condizione illecita, alla cui trattazione quindi si rinvia, potendo anticiparsi che si avrà nullità dell'intero negozio, e non della sola clausola, allorché la condizione si caratterizzi per l'essenzialità nell'economia funzionale del programma negoziale.

È evidente che, quanto maggiore è il livello di compenetrazione dell'interesse tutelato dalla condizione con l'interesse tipico del negozio, tanto più difficile sarà ipotizzare, anche solo logicamente, una scindibilità della clausola condizionale dal contesto, senza con ciò determinare la caducazione dell'intero programma negoziale.

Nell'individuazione di questo livello di compenetrazione, un ruolo importante può competere all'autonomia delle parti, che può espressamente stabilire — con riferimento a casi limite, essenzialmente ricollegabili a patologie negoziali ovvero ad uno *ius poenitendi* attribuito ad una di esse — la scindibilità della clausola condizionale dal resto del regolamento.

Decisivo è peraltro, con riferimento al profilo della *scindibilità*, l'esame delle norme di diritto positivo sul fenomeno condizionale. L'analisi deve, a questo punto, concentrarsi sulle disposizioni che possono avere, in misura maggiore o minore, influenza su questo profilo di disciplina dell'istituto, al fine di verificare se dalle suddette disposizioni emerga o meno un principio generale o una linea di tendenza dell'ordinamento positivo.

---

<sup>(269)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 279.



## CAPITOLO IV

### SCINDIBILITÀ O INSCINDIBILITÀ DELLA CONDIZIONE: LA DISCIPLINA POSITIVA

SOMMARIO: 23. Disciplina delle condizioni illecite ed impossibili nel testamento: presunzione di scindibilità ed interessi tipicamente realizzati con la condizione testamentaria. Il rinvio alla disciplina del motivo illecito unico e determinante: significato del richiamo e trasposizione al profilo degli interessi realizzati tramite il programma testamentario. Il problema dell'impossibilità sopravvenuta della condizione testamentaria. La particolare disciplina della condizione captatoria. — 24. Disciplina delle condizioni illecite ed impossibili negli atti tra vivi: la regola dell'invalidità dell'intero atto, e la necessità del suo adattamento nelle ipotesi di condizione scindibile; la tecnica della nullità parziale e quella della conversione del negozio nullo. — 25. La condizione e gli *actus legitimi*: nullità dell'intero atto, ovvero *vitiatur et non vitiat*. Ragioni della diversa disciplina. — 26. La disciplina della finzione di avveramento della condizione: origine storica dell'istituto e suoi limiti; la finzione di avveramento come sanzione e come reintegrazione in forma specifica; necessità di applicazione dell'istituto con specifica considerazione degli interessi tutelati, e problema dell'operatività automatica della finzione. — 27. Le conseguenze della nullità della condizione meramente potestativa: nullità dell'intera disposizione condizionata e valutazione del profilo della scindibilità. Condizioni meramente potestative valide. — 28. Il problema della revoca, unilaterale o bilaterale, della clausola condizionale: importanza del profilo della scindibilità ai fini della soluzione del problema della revocabilità; profilo effettuale dell'atto di revoca parziale. — 29. Il problema della condizione unilaterale; la c.d. rinuncia alla condizione come peculiare meccanismo di revoca unilaterale; effetti della revoca precedente o successiva all'avveramento della condizione. — 30. Il problema dell'apposizione della clausola condizionale in data successiva alla formazione del regolamento negoziale. — 31. La forma della clausola condizionale.

23. *Disciplina delle condizioni illecite ed impossibili nel testamento: presunzione di scindibilità ed interessi tipicamente realizzati con la condizione testamentaria. Il rinvio alla disciplina del motivo illecito unico e determinante: significato del*



*richiamo e trasposizione al profilo degli interessi realizzati tramite il programma testamentario. Il problema dell'impossibilità sopravvenuta della condizione testamentaria. La particolare disciplina della condizione captatoria.*

L'art. 634 c.c. dispone che, nelle disposizioni testamentarie, si considerano non apposte le condizioni impossibili <sup>(1)</sup> ed illici-

---

(1) La dottrina collega generalmente il requisito della possibilità a quello della incertezza: FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7 (« L'evento condizionante impossibile, alla stessa stregua dell'evento condizionante necessario, esclude l'incertezza e, a ben vedere, esclude pure la effettiva collocazione dell'evento nel futuro, dal momento che nel futuro non vi è posto per un fatto impossibile »). Si tende inoltre a distinguere la impossibilità vera e propria, che è impossibilità definitiva, dall'impossibilità meramente transitoria e dalla mera difficoltà: cfr. sul punto BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*, cit., p. 2144 ss.

Sull'identificazione della fattispecie « condizione impossibile » cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 654; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 536; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1100; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 789; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 294-295; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 50 ss.

Di recente CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 66 ss., evidenzia correttamente la relatività del concetto di impossibilità, e l'esigenza della sua esclusiva considerazione alla luce delle pattuizioni delle parti, rimanendo anche parzialmente confermata la tradizionale giustificazione della nullità della condizione impossibile per difetto di serietà del volere delle parti (« un grado anche infinitesimo di possibilità dell'evento, corrispondente ad un « giudizio sociale » di impossibilità, basta ad escludere che la serietà delle parti possa essere negata *a priori*. La volontà contrattuale può essere serissima anche nel caso le parti siano consapevoli dell'estrema improbabilità dell'evento dedotto in condizione; se esse lo ritengono comunque possibile — per quanto assurda questa convinzione possa apparire alla generalità dei soggetti — non v'è ragione — secondo la stessa logica del rispetto dell'autonomia privata che ispirava la giurisprudenza romana — di negare rilievo alla volontà di subordinarvi un certo effetto giuridico »). D'altra parte, la condizione impossibile potrebbe « denotare non la mancanza di serietà delle parti, ma l'ignoranza dello stato di fatto che esclude la verifica »). Più che di impossibilità — alla luce della « crisi » di questo concetto — dovrebbe quindi parlarsi di « certezza » della impossibilità, quale fondamento della sanzione di nullità *ex artt. 634 e 1354 c.c.*

Quanto all'impossibilità giuridica, occorre distinguerla dalla illiceità: la sanzione di nullità non deriva qui dal perseguimento di un risultato illecito, bensì dal fatto che l'evento condizionante « per un ostacolo posto dalla legge, non potrebbe in nessun caso raggiungere un effetto determinato » (NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 440). Cfr. anche, per la distinzione, Cass. 16 settembre 1977 n. 4206, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 132. Per MESSINEO, *Il*

te <sup>(2)</sup>, salvo che, a norma dell'art. 626, tali condizioni realizzino un motivo illecito, che sia stato il solo a determinare il testatore a disporre. Si tratta di norma risalente al diritto romano classico, in cui, in realtà, esistevano due distinte regole: la c.d. regola sabiniana riferita alle condizioni impossibili, e la *remissio* pretoria riguardante le condizioni illecite, entrambe limitate alle disposizioni testamentarie (istituzioni di erede e legati) <sup>(3)</sup>. Nel diritto giustiniano, la regola viene unificata con riferimento ad entrambi i tipi di condizione, ed estesa anche alle donazioni <sup>(4)</sup>. Oggi la disposizione viene

---

*contratto in genere*, II, cit., p. 264, « L'evento è giuridicamente impossibile (e si avrà allora impossibilità *giuridica*), quand'esso è tale che, secondo le norme imperative dell'ordinamento, quale esso era, al tempo in cui il contratto si è perfezionato, non può mai verificarsi ». Per l'erronea assimilazione dell'impossibilità giuridica alla illiceità, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 791; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2 - *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 765-766.

Volendo definire in modo più rigoroso la nozione in esame, può affermarsi che si ha impossibilità giuridica allorché l'evento condizionante presenta determinate caratteristiche ontologiche: più precisamente, *si ha condizione giuridicamente impossibile quando viene dedotto come evento condizionante un effetto giuridico impossibile* in quanto non previsto da alcuna norma giuridica, *ovvero un fatto che presuppone un effetto giuridico impossibile* (ad esempio, l'alienazione di un bene incommerciabile).

<sup>(2)</sup> Il requisito della liceità deve attenersi, più che all'evento condizionante, al risultato che le parti intendono ottenere mediante l'inserimento della clausola condizionale. In questo senso, l'illiceità viene ricollegata dalla dottrina alla clausola condizionale, o per meglio dire alla « relazione negoziale condizionata »: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 537; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 438; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1101; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 791; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 295 (« è perfettamente ammissibile il ricollegamento della condizione ad un fatto contrario alla legge o all'ordine pubblico o al buon costume, sempreché ciò risponda ad un interesse degno di tutela ai fini dell'effetto proprio della clausola condizionale. D'altro canto, potrà essere illecito l'intento di costrizione, che si vuol realizzare attraverso la clausola condizionale, pur in riferimento a un fatto in sé perfettamente lecito »); SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 41 ss.

Nel senso, viceversa, di focalizzare il controllo di liceità sull'evento condizionante: FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 6.

<sup>(3)</sup> Sulla distinzione della *remissio* pretoria delle condizioni testamentarie illecite, rispetto alla regola sabiniana, riguardante le condizioni impossibili, cfr. COSENTINI, *Conditio impossibilis*, cit., p. 136 ss.; ARCHI, *Condizione (dir. rom.)*, cit., p. 748.

<sup>(4)</sup> COSENTINI, *op. ult. cit.*, p. 35 ss., e p. 151 ss.; ARCHI, *Condizione (dir. rom.)*, cit., p. 748-749.

in prevalenza ritenuta applicabile alle sole disposizioni testamentarie attributive, con esclusione di quelle facenti parte del c.d. contenuto atipico del testamento <sup>(5)</sup>, ed è ormai pacificamente ritenuta inapplicabile alle donazioni <sup>(6)</sup>.

La norma ha sempre rappresentato un vero e proprio rompicapo, in quanto ritenuta dalla dottrina in contrasto con il dogma della inscindibilità della volontà condizionata <sup>(7)</sup>. Né le spiegazioni

---

<sup>(5)</sup> Nel senso che la regola sabiniana si applica solo alle istituzioni di erede ed ai legati, con esclusione del rimanente contenuto del testamento, CICU, *Testamento*, Milano, 1951, p. 144; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 155 ss., e p. 274; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 186, e p. 188-189; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 45; SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 454. *Contra*, per l'applicabilità anche alle disposizioni non attributive, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 149.

<sup>(6)</sup> Per l'inapplicabilità della regola *ex art. 634 c.c.* alle donazioni, cfr. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 439; MESSINEO, *Brevi note sulla condizione illecita od impossibile nella donazione*, in *Giur. it.*, 1953, IV, c. 33 ss. (che considera eccezionale la norma dell'art. 634); TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 478 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 502 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 185-186; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 118-119; REGNI, *Le condizioni limitative della libertà personale nella donazione e nel testamento*, in *Vita not.*, 1982, p. 1389 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 294; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 76 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 57 ss.

Nel senso, viceversa, che alla condizione nella donazione debba applicarsi il regime di scindibilità analogo a quello *ex art. 634 c.c.*, attraverso l'estensione analogica della disciplina del *modus illecito* o *impossibile ex art. 794 c.c.*, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 794; FRANCESCHELLI, *Conseguenze giuridiche dell'apposizione di condizione impossibile od illecita alla donazione*, in *Il nuovo dir.*, 1963, p. 225; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 279.

<sup>(7)</sup> In questo senso tutta la dottrina tradizionale. Basti citare, a titolo indicativo, ARNDTS, *Trattato delle pandette*, I, tradotto da Serafini, I, Bologna, 1877, p. 135 (secondo cui l'estensione della nullità all'intero negozio deriverebbe dalla « natura delle cose »); COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 430; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656 (« possono aversi due risultati: tutto il negozio è *invalido*; il negozio è *valido* e la condizione si considera *non apposta*. Il primo è il solo rispondente ai principi della logica e del diritto: infatti, se la volontà condizionata è unica ed inscindibile, se si vuole dalla parte o dalle parti esclusivamente in un modo, cioè condizionatamente, come può ritenersi valido il negozio giuridico trasformando la volontà da condi-

tradizionalmente fornite circa la *ratio* della regola sono risultate appaganti <sup>(8)</sup>: non lo è né quella che fa riferimento al *favor testamenti* <sup>(9)</sup>, né quella che rinvia ad una presunta volontà del

---

zionata a pura e semplice? »); FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 320 (« Certezza oggettiva di un rapporto di necessità fra clausola e negozio si ha infatti quando la clausola ha contenuto condizionale. La deduzione di essa non permette allora scissioni di sorta nel contenuto della volontà, sorgendo in tal caso unica questa volontà, dato che gli autori del negozio hanno voluto che gli effetti del medesimo si producano soltanto se l'evento si verifichi o non si verifichi, e dato che essi prevedono l'effetto del negozio soltanto in quanto prevedono l'avveramento o il non avveramento di un fatto »); CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1065 (« la condizione non è, a differenza del *modus*, un qualcosa che sta oltre e a fianco del negozio cui accede, bensì è tutt'uno con esso; in altre parole, il soggetto non esprime una certa volizione e, accanto, una condizione, ma vuole il negozio condizionato nella sua interezza, il che rende concettualmente molto difficile l'inquadramento della regola sabiniana, secondo la quale la volontà del testatore viene « artificialmente » scissa, sopravvivendo in parte »).

Alla stessa conclusione perveniva, sia pure in un'ottica precettivistica, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 536: « In linea teorica l'unica soluzione logica almeno per la condizione sospensiva è che il vizio di questa si comunichi all'intero negozio: perché, se il vigore di questo è legato alla condizione da una subordinazione normativa, è chiaro che, ove quella non possa avverarsi, neppure questo deve poter prendere vigore. Decidere in senso contrario significherebbe far violenza all'autonomia privata ».

Secondo la Relazione al codice civile, n. 310, la norma dell'art. 634 si basa sulla « eventualità che l'apposizione della condizione non sia stata considerata dal testatore come un tutto inscindibile con la disposizione, in modo da far logicamente presumere che egli avrebbe ugualmente disposto se avesse saputo dell'impossibilità o dell'illiceità della condizione ».

Secondo BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1102, il trattamento delle condizioni illecite ed impossibili, come delle condizioni inapponibili, non è affatto uniforme, e « non è neanche ispirato a criteri di coerenza; anzi è dominato da una specie di spregiudicato empirismo ».

Per una soluzione opposta a quella adottata dal nostro codice — e quindi per l'applicazione anche in campo testamentario della regola *vitiatur et vitiat*, quanto meno per la condizione sospensiva — sono i codici austriaco (par. 698), tedesco e svizzero (art. 482), nonché il diritto inglese (Trib. Genova 18 luglio 1989, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1990, p. 674): per una panoramica delle legislazioni straniere, cfr. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 185; DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 17 ss.

<sup>(8)</sup> Per una recente sintesi delle posizioni dottrinali sulla c.d. regola sabiniana, cfr. TRIOLA, *Il testamento*, cit., p. 232 ss.

<sup>(9)</sup> La tradizionale spiegazione della regola sabiniana, facente leva sul *favor testamenti* (su cui cfr., ad esempio, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commer-*

testatore <sup>(10)</sup>, né quella che fa leva sulla irripetibilità della disposizione di ultima volontà <sup>(11)</sup>. A fronte di ciò, parte della dottrina si è rifugiata o in una lettura sostanzialmente abrogativa della norma (ritenendo che la stessa si riferisca al *modus* e non alla condi-

---

*ziale*, VI, cit., p. 187; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 201, e la Relazione al codice civile, n. 619), è stata giustamente criticata, rilevandosi che quest'ultimo principio « non può essere considerato espressione di un criterio di politica legislativa diretto a mantenere in vita una disposizione che non possa in alcun modo dirsi rispondente alla volontà del *de cuius* »: D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 103. Nello stesso senso, LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, cit., p. 253 ss.; Cfr. in particolare, nell'ambito di un'ampia indagine volta a contestare la vigenza nel nostro ordinamento del principio del *favor testamenti*, PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 162 ss.

<sup>(10)</sup> Per il riferimento alla volontà presunta del testatore, cfr. in particolare GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 189 ss., spec. p. 190 (« posto che queste disposizioni hanno normalmente carattere di liberalità, si può fondatamente presumere che, in regola, ossia nella maggior parte dei casi, il testatore avrebbe ugualmente fatto la disposizione anche quando egli avesse saputo che la condizione non avrebbe potuto avere alcun effetto... è possibile che il testatore non abbia considerato la condizione come un elemento inscindibile dalla disposizione e che quindi abbia voluto che la disposizione rimanesse valida ed efficace anche quando la condizione non potesse essere adempiuta o non potesse avere alcun effetto perché impossibile o illecita »). Per la non risolutività di tale impostazione, D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 108 ss., che fa leva soprattutto sul fatto che la ricerca della volontà va condotta solo nella direzione dell'art. 626 c.c.: gli artt. 634 e 626 determinano la nullità dell'intera disposizione quando la condizione abbia costituito l'unico motivo determinante, senza che dal sistema legislativo sia possibile attribuire alcun rilievo all'ipotetica volontà del testatore di conservare la disposizione come pura e semplice. Nello stesso senso, GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 56.

<sup>(11)</sup> Il fondamento dell'art. 634 è stato ravvisato nella irripetibilità della disposizione testamentaria, tra gli altri, da CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656-657; CICU, *Testamento*, cit., p. 203. Si è però esattamente rilevato che il principio di conservazione non è limitato al testamento ma ha portata generale; inoltre, tale fondamento sarebbe giustificato solo se la conoscenza del vizio da parte del testatore rendesse inefficace l'intera disposizione condizionata: dal combinato disposto degli artt. 634 e 626 c.c. si desume, viceversa, che in presenza di altri motivi leciti che abbiano determinato il testatore a disporre, il testamento rimane valido anche a fronte della conoscenza del vizio, e quindi della possibilità per il testatore di ripetere l'atto: PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, p. 527; PEREGO, *Favor legis e testamento*, cit., p. 174; D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 120.

zione <sup>(12)</sup>), ovvero, infine, nella (comoda) spiegazione della... inspiegabilità della norma, se non quale acritica riproposizione della tradizione storica, priva ormai di razionale giustificazione <sup>(13)</sup>. Non spiega le ragioni della norma neanche quella dottrina che individua nell'art. 634 un'ipotesi di « conversione legale » della disposizione condizionata in disposizione pura <sup>(14)</sup>.

Un passo avanti è stato invece fatto da altra dottrina, che ha evidenziato come il riferimento, tramite il richiamo all'art. 626, al motivo illecito unico e determinante, sottenda in realtà una considerazione degli *interessi* sottostanti alla disposizione testamentaria: allorché il testatore si determina alla disposizione condizionale esclusivamente per realizzare il fine illecito dedotto in condizione, la stessa causa della disposizione testamentaria viene a colorarsi di illiceità e l'intera disposizione è travolta da nullità. Allorché, viceversa, siano rinvenibili altri interessi, diversi ed ulteriori rispetto a quello che ha determinato la previsione della condizione, la legge consente di scindere l'attribuzione *mortis causa* dalla condizione, eliminando solo quest'ultima <sup>(15)</sup>. L'art. 634 pone, quindi, solo una *presunzione di scindibilità*, destinata a cadere allorché si provi che non sussistono altri interessi meritevoli di tutela (nel linguaggio legislativo *ex art. 626 c.c.*, altri motivi), alla cui realizzazione il

---

<sup>(12)</sup> CICU, *Testamento*, cit., p. 141; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 328.

<sup>(13)</sup> In questo senso, cfr. COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 430; nonché, di recente CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1064 ss., il quale, partendo dal presupposto che « l'art. 634 c.c. è una norma che opera una violenza alla volontà del privato, arrivando a sopprimerne una cospicua manifestazione », ritiene che « gli intenti pratici di salvaguardia del negozio ed il retaggio della tradizione hanno preso il sopravvento sulla coerenza interna del codice ».

<sup>(14)</sup> DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, cit., p. 48 ss.

<sup>(15)</sup> D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 113 ss. L'Autrice evidenzia che « se la attribuzione testamentaria altro non è che il mezzo per realizzare l'interesse connesso al verificarsi della condizione, l'illiceità o l'impossibilità di questa implicherà la nullità dell'intera disposizione; se invece la condizione rappresenta il mezzo per realizzare un interesse connesso sì a quello perseguito con la disposizione ma a quest'ultimo aggiunto (corsivo nostro), si applicherà la regola sabiniana »; pertanto, « accertare che la condizione non costituisce il solo motivo determinante significa accertare l'esistenza di altri motivi sufficienti di per sé a determinare, e quindi a sorreggere, la disposizione testamentaria ».

testamento è diretto <sup>(16)</sup>, ovvero che, pur esistendo altri interessi meritevoli, questi non sono attuabili che congiuntamente all'interesse dedotto nella condizione illecita o impossibile <sup>(17)</sup>.

L'intuizione è certamente esatta, pur necessitando di alcune puntualizzazioni. L'analisi storica della regola sabiniana, nata da responsi emessi su casi specifici, dimostra che l'intento dei giuristi romani era essenzialmente equitativo, essendo diretto a salvare la disposizione testamentaria, e quindi a favorire l'onorato <sup>(18)</sup>; lo stesso fondamento equitativo manifestavano le *remissiones* pretorie relative alle condizioni illecite <sup>(19)</sup>. Per altro aspetto, l'esame dei casi contemplati nei passi del Digesto rivela che si trattava sostanzialmente di ipotesi in cui l'interesse del testatore alla condizione era un interesse ben distinto ed autonomo rispetto a quello che determinava l'attribuzione <sup>(20)</sup>. La stessa ricognizione fenomeno-

---

<sup>(16)</sup> D'ANTONIO, *op. ult. cit.*, p. 126. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 523-524, ipotizza il caso in cui il testatore apponga alla disposizione testamentaria una condizione e soggiunga che, ove questa sia ritenuta illecita, la disposizione debba cadere, ritenendo evidente che, in tal caso, non possa trovare applicazione la regola sabiniana.

<sup>(17)</sup> In tal senso, Cass. 5 luglio 1954 n. 2345, con nota di JEMOLO, *Condizione testamentaria che « vitiatur et vitiat »?*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1399 ss. (« la illiceità o impossibilità della condizione rende nulla la disposizione anche quando, pur essendo stata dettata la condizione, si dimostri che i due motivi sono stati considerati dal testatore come realizzabili solo congiuntamente »).

<sup>(18)</sup> COSENTINI, *Condicio impossibilis*, cit., p. 186 ss. In tal senso, con riferimento all'attuale art. 634 c.c., VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 67. Cfr. anche la dottrina citata in AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 522, nota 3 (la quale rileva che, mentre a chi contrae sotto una condizione impossibile o illecita si può rimproverare la partecipazione alla colpa, nessun rimprovero può farsi a chi sia beneficiato in virtù di testamento).

<sup>(19)</sup> COSENTINI, *op. ult. cit.*, p. 195 ss.

<sup>(20)</sup> Cfr. le varie fattispecie riportate in COSENTINI, *Condicio impossibilis*, cit. Si possono ricordare, a titolo esemplificativo: la condizione di manomettere uno schiavo, che in realtà al momento della confezione del testamento era un uomo libero, ovvero era già morto; la condizione di trasferire la proprietà di una *res extra commercium*, ovvero di un bene che era stato distrutto antecedentemente al testamento; la condizione di erigere un monumento al testatore entro un termine brevissimo dalla morte; il classico esempio della condizione *si digito coelum tetigerit*; la condizione di pagare un debito del testatore, che quest'ultimo aveva in realtà già assolto; la condizione di sopravvivenza della madre o della sorella del testatore, in realtà già decedute al momento della confezione del testamento; la condizione di non riscattare il padre dalla prigionia; la condizione di non prestare gli alimenti ad alcuni parenti; la condizione di prestare un giuramento.

logica sopra effettuata (cfr. capitolo III) conferma questa intuizione: l'interesse condizionale del testatore si atteggia in prevalenza come interesse — solitamente di natura non patrimoniale — distinto ed autonomo rispetto all'interesse a disporre. È quindi la considerazione dell'*id quod plerumque accidit* a giustificare la presunzione <sup>(21)</sup> di scindibilità posta dall'art. 634: secondo le risultanze dell'esperienza, l'interesse alla condizione testamentaria, per la sua particolare natura e caratterizzazione, si pone come autonomo e distinto rispetto ad un concorrente ed autonomo interesse all'attribuzione (distinto il più delle volte anche sotto il profilo soggettivo, se è vero che, mentre l'interesse all'attribuzione può considerarsi anche del beneficiario, l'interesse alla condizione è del solo testatore); ciò legittima la presunzione *iuris tantum* di scindibilità dei due interessi e quindi delle due disposizioni. La presunzione è destinata invece a cadere, con conseguente nullità dell'intera attribuzione, allorché si provi che non esisteva un autonomo e distinto interesse all'attribuzione, scollegato rispetto all'interesse al verificarsi dell'evento condizionante <sup>(22)</sup>. Ciò è tanto vero che, allorché il suddetto dato di esperienza viene meno, ed anzi l'*id quod plerumque accidit* è in senso opposto, viene meno la presunzione di scindibilità e l'illiceità della condizione travolge l'intera disposizione: è ciò che avviene per la c.d. condizione captatoria, o di reciprocità, disciplinata dall'art. 635 c.c. Anche in questo caso deve ritenersi che la norma non ponga che una presunzione di inscindibilità, destinata a cadere allorché risulti chiaramente dal testamento

---

<sup>(21)</sup> D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 121.

<sup>(22)</sup> Nella direzione indicata nel testo, sia pure riferendosi al profilo psicologico di una « volontà aggiunta » a quella dell'attribuzione testamentaria, è da intendersi lo spunto rinvenibile in TRABUCCHI, *Il valore attuale della regola sabiniana*, cit., c. 844-845, laddove si evidenzia che « La condizione testamentaria rappresenta pertanto in molti casi il mezzo tecnico per il raggiungimento di ulteriori scopi perseguiti dal testatore ». Di recente, tale spunto è stato ripreso da GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 71 ss., 81 ss., 85: « Va, allora, infine escluso che la disposizione condizionale stia ad esprimere un "motivo" dell'istituzione di erede o del legato, se tale indicazione segna la clausola condizionale-parte od elemento accidentale della (principale) manifestazione di volontà. Essa sta piuttosto a manifestare una volontà, diversa da quella espressa nell'istituzione a titolo universale o particolare: perciò volontà *aggiunta*, per la realizzazione dell'interesse volto all'esecuzione del testamento ».



che il *de cuius*, in previsione dell'eventuale illiceità della condizione, aveva manifestato chiaramente l'intenzione di mantenere in vigore la disposizione come pura ed incondizionata <sup>(23)</sup>.

Interpretata in tal modo, la regola sabiniana ha un significato

---

(23) Attribuiscono carattere assoluto alla nullità della disposizione testamentaria contenente la c.d. condizione captatoria ex art. 635 c.c., ravvisandone il fondamento nel pregiudizio alla libertà di testare e nella perdita dell'essenziale carattere di gratuità della disposizione testamentaria, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., p. 186; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 197 ss.; TAMBURRINO, *Delle successioni*, cit., p. 207 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 525-526; ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit., p. 353-354; CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1072 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 114 ss.; TRIOLA, *Il testamento*, cit., p. 237-238. Peraltro questa giustificazione, sicuramente in grado di dar ragione dell'illiceità della condizione, non spiega il perché della nullità della disposizione condizionata, nell'ipotesi in cui sia configurabile una scindibilità della condizione stessa.

Ritiene invece che la *ratio* della nullità dell'intera disposizione sia riconducibile al fatto che « la condizione riveli un accordo intervenuto, per cui la nullità è da ricondurre al divieto dei patti successori ed al requisito della libertà e spontaneità del volere », CICU, *Testamento*, cit., p. 203, il quale altresì evidenzia che la semplice natura captatoria della condizione non è probante: « si ricadrebbe nella condizione illecita che dovrebbe considerarsi come non apposta, tanto più che sarebbe qui difficile dimostrare che quell'intento ha costituito il motivo determinante della disposizione ». L'argomentazione, tuttavia, non appare probante, in quanto non è da escludersi che la condizione di reciprocità non nasconda alcun accordo con il beneficiario, nel qual caso tuttavia non sembra dubbio che la nullità ex art. 635 trova comunque applicazione. D'altra parte, rinvenire il fondamento dell'art. 635 nel divieto dei patti successori significa riconoscere in ogni caso la nullità della disposizione captata, conclusione, questa, non condivisibile in assenza di un'espressa sanzione di nullità (cfr. in tal senso CIRILLO, *Disposizioni condizionali e modali*, cit., p. 1073; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 526, argomentando anche dalla soppressione della sanzione di nullità, già prevista nell'art. 203 del progetto preliminare del libro delle successioni. Nel senso, invece, della nullità della disposizione reciproca, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 199 ss.; CICU, *Testamento*, cit., p. 204).

Sembra, invero, maggiormente coerente con il sistema ritenere che, anche qui, il legislatore abbia operato una valutazione sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, sanzionando cioè di nullità l'intera disposizione perché, nella maggior parte dei casi, la condizione di reciprocità vizia la libertà del volere e la gratuità dell'atto, ed è quindi determinante del consenso; l'estensione della nullità alla disposizione condizionata ha, cioè, come presupposto, l'inscindibilità della condizione dal resto del negozio, ed è destinata a non operare, secondo la regola *vitiatur et non vitiat*, allorché sia possibile dimostrare il rilievo non determinante della condizione nell'economia della disposizione condizionata.

pienamente razionale, e contribuisce anzi in notevole misura alla comprensione della natura della condizione in generale.

24. *Disciplina delle condizioni illecite ed impossibili negli atti tra vivi: la regola dell'invalidità dell'intero atto, e la necessità del suo adattamento nelle ipotesi di condizione scindibile; la tecnica della nullità parziale e quella della conversione del negozio nullo.*

L'art. 1354 c.c., relativamente alla condizione apposta agli atti tra vivi, pone una regola opposta rispetto a quella sancita nell'art. 634 per gli atti *mortis causa*: la condizione illecita, sia sospensiva che risolutiva, nonché la condizione sospensiva impossibile, determinano la nullità dell'intero negozio. Viceversa, la condizione risolutiva impossibile si considera, in ogni caso, come non apposta (24). Con riferimento a quest'ultima, la regola si spiega facilmente: l'impossibilità di risoluzione del contratto comporta, in realtà, la piena efficacia del contratto stesso, onde non sarebbe stata possibile né logica una diversa disciplina (25).

La regola generale è, invece, quella della nullità dell'intero negozio. Sembrerebbe, quindi, che il legislatore, relativamente agli atti tra vivi, abbia considerato la condizione come assolutamente inscindibile dal negozio (26); sul profilo dell'inscindibilità faceva

---

(24) Per SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 149, la clausola risolutiva impossibile potrà essere, saltuariamente, « indice di un difetto della causa (se lo scopo del negozio fosse ad esempio la traslazione di un rischio inesistente, dedotto in condizione) »; la conseguenza sarebbe, in tal caso, la nullità dell'intero contratto.

(25) La dottrina ritiene sul punto appagante la spiegazione fornita nella Relazione al codice civile, n. 619: « Per la condizione impossibile si sono distinte le conseguenze che essa provoca sul contratto quando ha carattere sospensivo, dagli effetti che essa vi determina quando ha carattere risolutivo (art. 1354, secondo comma). Nel primo caso si ha nullità del contratto, perché colui il quale vuole un effetto sotto la condizione che si produca un evento irrealizzabile, dimostra con ciò stesso di non volere l'effetto stesso (la diversa disposizione dell'art. 634 è informata al tradizionale principio del *favor testamenti*); nel secondo caso il contratto non può rimanere vulnerato dall'irrealizzabilità dell'evento condizionante, perché l'impossibilità del suo verificarsi conferisce precisamente efficacia definitiva al contratto fin dal momento della sua conclusione ».

(26) Nella Relazione al codice, n. 619, la nullità dell'intero negozio per illiceità della condizione viene motivata con il tradizionale principio di inscindi-

leva la dottrina tradizionale di matrice volontaristica <sup>(27)</sup>, e continua a far leva la dottrina più moderna, sia pure in un'ottica di tipo causalistico e precettivistico <sup>(28)</sup>. Anche qui tuttavia, come per le condizioni testamentarie anche se in senso inverso, la disposizione può spiegarsi avuto riguardo all'*id quod plerumque accidit* <sup>(29)</sup>: la ricognizione casistica delle fattispecie condizionali negli atti *inter vivos* ha evidenziato che nella maggior parte di esse la condizione coinvolge lo stesso interesse interno negoziale, o causa del negozio, in modo che l'eliminazione della sola condizione snaturerebbe o modificherebbe, in concreto, la causa del negozio stesso. È ovvio,

---

lità: « La condizione risolutiva illecita, a differenza di quella risolutiva impossibile, per l'art. 1354, primo comma, produce nullità del contratto. La diversità del trattamento si deve rapportare al *carattere inscindibile della volontà condizionata che, quando è prevista una condizione illecita, sorge nella sua interezza come volere inficiato da illiceità* ».

L'art. 111 del Progetto preliminare del 1936 prevedeva la nullità dell'intero contratto, con riferimento alla condizione risolutiva illecita, solo ove questa avesse valore determinante del contratto; si è passati, tuttavia, alla formulazione attuale sul rilievo (Relazione al progetto ministeriale, n. 203) che « *la volontà condizionata sorge come un complesso organico ed inscindibile atto a rendere sempre rilevante il fatto condizionante* ».

<sup>(27)</sup> Cfr. per tutti MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 260 ss.

<sup>(28)</sup> FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 378 (« Da questa essenzialità della condizione rispetto alla funzione economico individuale, deriva appunto che la illiceità della condizione determina nei negozi *inter vivos* la nullità del negozio, per illiceità della causa... l'inserzione della condizione come elemento essenziale (come elemento, quindi, che direttamente incide sulla funzione economico-individuale), fa sì che la sua illiceità valga a travolgere, nella sua interezza, la regola negoziale; dato che è la stessa funzione economico individuale che, per l'inserzione di questo elemento condizionante, diviene illecita »); AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 300 ss. (secondo il quale « il fatto che in presenza di concorrenti interessi, e dunque di una pluralità di spinte motivazionali, venga utilizzato uno strumento idoneo non solo a selezionare uno di questi interessi, ma a subordinare alla sua realizzazione l'efficacia del negozio, non può che tradursi nel riconoscimento del ruolo preminente (o sovraordinato) attribuito a quell'interesse ». L'Autore così giustifica la differenza di disciplina tra condizione illecita e motivo illecito comune).

<sup>(29)</sup> Per questa giustificazione dell'art. 1354 c.c., cfr. D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 121, che sostiene la tesi che « l'inscindibilità del negozio condizionato non sia frutto di una valutazione legislativa effettuata *a priori* e tale da escludere ogni indagine in merito al singolo negozio in concreto, ma sia espressione di una tradizione dottrinale e normativa basata sull'*id quod plerumque accidit*, tale quindi da non vincolare in termini assoluti ».

quindi, che a questa realtà fenomenica debba corrispondere una disciplina positiva che sancisca l'inscindibilità della condizione dal resto del negozio.

Senonché, non può escludersi, seppure in misura statisticamente non significativa, una *diversa realtà pratica*, caratterizzata dall'essere l'interesse alla condizione scindibile dall'interesse al negozio tra vivi <sup>(30)</sup>: si pensi alle donazioni ed in genere agli atti di liberalità, in cui la realtà fenomenica sottostante è molto simile a quella ravvisata nelle disposizioni testamentarie; si pensi altresì alle ipotesi di collegamento negoziale <sup>(31)</sup>, in cui anche i due interessi sono distinti ed autonomi, e le parti potrebbero preferire, in caso di impossibilità o illiceità, salvare uno dei due negozi anziché caducarli entrambi <sup>(32)</sup>. Si pensi, infine, all'ipotesi in cui risulti l'intenzione delle stesse parti del negozio — espressamente disposta in apposita clausola, ovvero ricavabile mediante le regole legali di interpretazione — che il negozio debba sopravvivere nell'ipotesi in cui la condizione venga ritenuta illecita o impossibile <sup>(33)</sup>. In tutte

---

<sup>(30)</sup> A tale eventualità fa riferimento D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 121 ss., che ritiene possibile l'estensione all'art. 1354 c.c. della regola *utile per inutile non vitiatur*, sancita dall'art. 1419 c.c., condizionatamente alla « dimostrazione, in concreto, che la caduta della condizione non implica il venir meno di quella che è la ragione dell'intero regolamento di interessi predisposto dalle parti ». Ciò significa l'estensione agli atti tra vivi della logica sottostante all'art. 634 c.c., a seguito di « un'indagine diretta ad accertare l'esistenza di almeno un motivo, concorrente con quello per cui nel contratto è stato inserito il meccanismo condizionale e di per sé sufficiente a giustificare, in riferimento agli scopi perseguiti e alla volontà delle parti, l'operare del contratto come puro e semplice. Naturalmente, trattandosi di un contratto, questo motivo dovrebbe essere comune ad entrambe le parti ». Facendo quindi riferimento alla teoria di Falzea del duplice piano di interessi, l'Autrice (p. 124) ritiene che si tratti « di vedere se la subordinazione di un piano di interessi all'altro sia sempre determinante ».

<sup>(31)</sup> Sull'utilizzo della condizione per operare un collegamento negoziale, cfr. Cass. 3 febbraio 1993 n. 1333, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3085, con nota di LENER. Cfr. anche, sul punto, LUBRANO, *Riflessi di vicende sospensive dell'efficacia del contratto nel collegamento negoziale*, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 602 ss.

<sup>(32)</sup> Sull'autonomia causale di ciascuno dei negozi collegati, cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 402 ss.

<sup>(33)</sup> L'eventualità che le parti del negozio abbiano espressamente regolamentato l'ipotesi della nullità della singola clausola, prevedendo la salvezza del

queste ipotesi, sembra equo e ragionevole — anche sulla base del principio di conservazione desumibile dall'art. 1367 c.c. — consentire la scindibilità della condizione, dichiarando la nullità della sola disposizione condizionale <sup>(34)</sup>. La stessa dottrina tradizionale, ancorata al dogma dell'inscindibilità, ammette l'esistenza di casi in cui la condizione illecita *vitiatur sed non vitiat* il contratto <sup>(35)</sup>; peraltro, l'inscindibilità della condizione come principio logico trova una smentita nella stessa disciplina della condizione risolutiva impossibile <sup>(36)</sup>, in cui pure le parti hanno instaurato quel « legame unitario » e « indiscindibile » tra evento ed efficacia.

---

negozio, è contemplata dalla dottrina, che riconosce efficacia a tale clausola nel senso voluto dalle parti: cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 206, nota 66 (il quale chiarisce che, se i contraenti hanno previsto l'eventualità che una parte del contratto sia nulla, ed hanno quindi regolato i riflessi di tale nullità sul resto del contratto, tale regolamentazione esplica i suoi effetti nel senso di fornire un dato decisivo « per apprezzare il rilievo che l'elemento colpito da nullità assume nel quadro del regolamento contrattuale e degli interessi con esso concretamente disciplinati »); CRISCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, c. 1164; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 155; FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, cit., p. 324; ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 700; CALÒ, *Nullità parziale a autonomia privata*, in *Vita not.*, 1981, p. 1170.

Con specifico riferimento alla condizione, cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656, secondo cui la regola *vitiatur et vitiat* « non vale per quelle condizioni che, già secondo la volontà delle parti, sono configurate ed apposte in guisa che il loro difetto non può comunicarsi al negozio né influire su di esso: ciò si può dire, ad es., delle condizioni impossibili, che siano negative e sospensive, o positive ma risolutive ».

<sup>(34)</sup> L'art. 111 del progetto preliminare del 1936 comminava la nullità della condizione (risolutiva) illecita solo quando avesse avuto valore determinante del contratto: RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 791.

<sup>(35)</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 261, ritiene che « la condizione illecita sospensiva, talvolta, non importa illiceità del contratto. Così è, nel caso in cui l'evento (illecito), dedotto in condizione, debba essere *opera di chi subisce lo svantaggio economico*, conseguente all'avverarsi dell'evento medesimo (*debitore*), oppure debba esser *opera di un terzo* ».

<sup>(36)</sup> Secondo FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7, la *ratio* della regola sulla condizione risolutiva impossibile « porta ad estenderne l'applicazione, almeno in linea tendenziale, anche alla condizione illecita ». Per MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 261, e p. 265-266, « anche quando la volizione sia subordinata risolutivamente a condizione illecita, sussiste sempre quella tale indiscindibilità

Del resto, non può essere attribuito valore decisivo al fatto che le parti abbiano « subordinato » l'efficacia negoziale alla condizione, attribuendo così alla stessa *ruolo preminente e sovraordinato*: a parte l'ipotesi accennata in cui le parti stesse disciplinino pattiziamente nel senso della scindibilità evenienze di tipo patologico relative alla condizione <sup>(37)</sup>, queste ultime non possono comunque parificarsi — sulla base di una « presunta volontà » degli autori del negozio — allo sviluppo « fisiologico » del meccanismo condizionale. In altri termini, se il condizionamento, inteso come subordinazione ad un interesse poziore, comporta solitamente una valutazione — delle parti e dell'ordinamento — in termini di inscindibilità, in base ad una determinata « dose » di incertezza presupposta dalle parti al momento della formazione della regola negoziale, questa inscindibilità può venir meno, nella stessa considerazione delle parti, a seguito di alterazioni, più o meno fisiologiche, pregresse o sopravvenute, in tale « dose » di incertezza; le parti potrebbero, ad esempio, attribuire un diverso valore — ai fini dell'efficacia negoziale — al mancare della condizione per fatti naturali sopravvenuti, per impossibilità originaria, per colposo o doloso intervento di una delle parti stesse.

Quanto alla possibilità di considerare nulla la sola disposizione condizionale, la dottrina e la giurisprudenza che hanno esaminato il problema hanno concluso, in prevalenza, per l'inapplicabilità della *disciplina sulla nullità parziale* alla fattispecie in esame, che troverebbe la sua regolamentazione in una norma speciale (l'art. 1354), prevalente quindi su quella contenuta nell'art. 1419

---

fra la stessa e l'evento (impossibile) *in condicione...* pertanto, poco s'intende che la legge... nel caso della condizione *impossibile* risolutiva consideri la condizione come non-scritta »; l'Autore conclude per l'incongruenza della disciplina della condizione risolutiva impossibile, che andrebbe « spiegata con ragioni storiche ».

<sup>(37)</sup> Le parti del contratto potrebbero, legittimamente, disporre che, in caso di riconosciuta invalidità della clausola condizionale, questa non infici l'intero contratto: lungi dal trattarsi di una deroga all'art. 1354 c.c., si configurerebbe, piuttosto, una dichiarazione, più o meno esplicita, della non essenzialità della condizione nell'economia dell'accordo. Per la liceità dell'analoga, ma inversa pattuizione che dichiara espressamente l'essenzialità di una clausola ai fini dell'art. 1419 c.c., CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 230 ss.; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 155 ss.

c.c. <sup>(38)</sup>; non sono peraltro mancate opinioni in senso opposto <sup>(39)</sup>.

Per una corretta soluzione del problema, occorre innanzitutto precisare che la disposizione dell'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale contiene, in realtà, *due distinte norme*: quella che sancisce, per l'appunto, la nullità parziale quando la clausola nulla è accessoria e non essenziale, espressione quindi di interessi secondari, tali da non incidere sull'interesse fondamentale programmato (causa), e quindi da far ritenere che il contratto sarebbe stato concluso egualmente senza la clausola nulla <sup>(40)</sup>; e l'ulteriore norma che

---

<sup>(38)</sup> Ritengono che la regola *vitiatur et vitiat*, posta dall'art. 1354 c.c., trovi rigorosa applicazione, con esclusione quindi in ogni caso della regola di nullità parziale ex art. 1419 c.c., NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 439; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 536 ss.; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1102-1103; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 791; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 200-201; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 139; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 296; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 149; BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*, cit., p. 2147-2148.

Interpreta la sanzione ex art. 1354 come inefficacia, e non nullità, BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 518, e nota 58.

Secondo Cass. 3 ottobre 1977 n. 4206, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 135, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 176 ss., l'art. 1419 c.c. non è applicabile — nel senso opposto di invalidare l'intero contratto — nell'ipotesi di condizione risolutiva impossibile, che *vitiatur et non vitiat* ai sensi dell'art. 1354, 2° comma, c.c.

<sup>(39)</sup> Nel senso che la regola *vitiatur et vitiat*, posta dall'art. 1354 c.c. trovi applicazione solo quando non sia possibile provare la scindibilità della condizione dal regolamento negoziale, D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, cit., p. 121 ss. (secondo cui sarebbe applicabile non tanto l'art. 1419 c.c., quanto — previa valutazione della concreta situazione di interessi — il principio utile *per inutile non vitiatur*, di cui la norma da ultimo citata è applicazione); COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 55 ss., spec. p. 57 (« La qualificazione del legislatore, tuttavia, non assume il valore di una presunzione assoluta; ove emerga un diverso intento delle parti, l'essentialità della condizione potrebbe anche mancare. Ma la questione si risolverebbe in un problema interpretativo e soprattutto di prova »).

Secondo FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7, la regola di conservazione dettata dall'art. 1419 c.c. può trovare applicazione con riferimento alla condizione illecita o impossibile quando ricorrono tre circostanze: che si tratti di condizione risolutiva; che la condizione sia apposta a contratti di durata; che la legge attribuisca preminenza alla conservazione del rapporto contrattuale.

<sup>(40)</sup> L'essentialità della clausola nulla e la sua inscindibilità dal regolamento

pone una *presunzione* di nullità parziale, occorrendo, per dichiarare la nullità totale, che venga provata l'incidenza della clausola sull'interesse fondamentale <sup>(41)</sup>. A nostro avviso, la specialità della norma dell'art. 1354 c.c. rispetto all'art. 1419 va colta non nella assoluta negazione del principio *utile per inutile non vitiatur*, bensì

---

negoziale, ai fini dell'estensione della nullità all'intero contratto *ex art. 1419 c.c.*, è affermata a chiare lettere, tra le altre, da Cass. 22 marzo 1983 n. 2012, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 297; App. Torino 28 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 38; Cass. 1° marzo 1995 n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438; Cass. 16 novembre 1996 n. 10050, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Lavoro (contratto)*, n. 22; Cass. 25 marzo 1998 n. 3155, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 463. V. inoltre la giurisprudenza citata in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 503, nota 13.

In dottrina, cfr. per tutti TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, cit., p. 902, e dottrina ivi citata. Per una recente ricostruzione del dibattito dottrinale e della posizione giurisprudenziale sul punto, v. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 1351 ss.; ivi, a p. 1361 ss., la ricostruzione del fenomeno dell'estensione della nullità parziale all'intero contratto in termini di nullità per mancanza di causa concreta, in coerenza con quanto da noi affermato nel testo.

<sup>(41)</sup> Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che — in base al principio di conservazione del contratto — in caso di nullità di una singola clausola l'estensione della nullità all'intero contratto richiede la prova dell'essenzialità della clausola, da fornirsi dalla parte interessata: si vedano in giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cass. 10 marzo 1980 n. 1592, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 1586; Cass. 22 marzo 1983 n. 2012, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 297; Cass. 3 febbraio 1995 n. 1306, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 428; Cass. 1 marzo 1995 n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438; Cass. 16 novembre 1996 n. 10050, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Lavoro (contratto)*, n. 22; Cass. 13 novembre 1997 n. 11248, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 483. In dottrina, v. già in questo senso BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 486 ss. (che rileva come il par. 139 del B.G.B. tedesco adotti l'opposta soluzione, addossando l'onere della prova a chi assume la nullità parziale). Cfr. anche in dottrina, tra gli altri, CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 120; GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 1056 ss.

La presunzione è nel senso della nullità parziale anche nell'art. 20, 2° comma, del codice svizzero delle obbligazioni. La presunzione opposta è invece prevista nel par. 139 del BGB tedesco.

La giurisprudenza afferma anche che l'estensione della nullità parziale all'intero contratto, se questo contiene, per il resto, solo clausole favorevoli ad una delle parti, non può essere eccepita dalla medesima, non avendo quest'ultima alcun interesse all'effetto estensivo: Cass. 3 febbraio 1995 n. 1306, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 252. Per l'operatività d'ufficio, trattandosi di nullità, BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 601.



nel superamento di questa presunzione, e nella statuizione di una presunzione in senso opposto: *il contratto si presume viziato per intero, salvo che si provi la scindibilità della condizione*. Dell'art. 1419 è quindi inapplicabile, in tema di condizione, solo la presunzione di nullità parziale; l'altra disposizione, che regola invece sotto il profilo sostanziale i casi in cui vi è nullità parziale, deve senz'altro ritenersi applicabile alla fattispecie in esame, ricorrendone i presupposti.

Del resto, ove si accettasse la tesi dell'inapplicabilità *in toto* dell'art. 1419 all'ipotesi di illiceità o impossibilità della condizione, rimarrebbe comunque applicabile, in quanto espressione del generale *principio di conservazione*, la disciplina della *conversione* del negozio nullo prevista nell'art. 1424 c.c. <sup>(42)</sup>, a norma del quale il contratto condizionato nullo è convertito in contratto puro ed incondizionato, « qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità »: si tratta, a ben vedere, del medesimo tipo di indagine sulla sostanza degli interessi coinvolti <sup>(43)</sup>, l'esito della quale determinerebbe gli stessi risultati dell'applicazione dell'art. 1419 <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> La distinzione tra nullità parziale e conversione del negozio nullo è chiarita da TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, cit., p. 903: pur trattandosi in entrambi i casi di tecniche di recupero di fattispecie viziate, « la conversione presuppone già la qualificazione negativa e consiste nel riportare il fatto nullo ad uno schema legale diverso, del quale per ipotesi esso abbia i requisiti di sostanza e di forma. Nella nullità parziale non si opera alcuna modificazione dello schema negoziale che rimane lo stesso ». Cfr. anche SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 506, secondo cui, in caso di nullità parziale, « il contratto depurato dalla clausola viziata è conservato salvo che non risulti una diversa volontà ipotetica delle parti... viceversa la conversione opera solo quando si debba ritenere presente la volontà ipotetica ».

<sup>(43)</sup> Evidenzia l'identità del tipo di giudizio nelle fattispecie di cui agli artt. 1419 e 1424, come pure l'identità di fondamento nel principio di conservazione, BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 595. Ricollega il giudizio *ex art. 1424* all'esigenza di individuazione di una causa concreta sostanzialmente corrispondente, anche se non identica, a quella *ante* conversione, GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1365-1366. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 506, rileva che il negozio risultante dalla conversione, « quantunque non sia stato effettivamente voluto dalle parti neppure in modo eventuale, ricompreso nell'orbita dell'*interesse* pratico da loro perseguito: ricompreso nel senso di potere del pari servire, almeno in via approssimativa, al suo soddisfacimento ».

<sup>(44)</sup> Nel senso che, ai fini dell'applicazione dell'art. 1424 c.c., vada svalutato il riferimento a profili di ordine psicologico, in quanto « il richiamo della legge ad

Deve quindi ritenersi, in conclusione, che la condizione illecita o impossibile rende nullo l'intero contratto solo quando essa rivesta, nell'economia dell'accordo, *funzione determinante* <sup>(45)</sup>; l'art. 1354 c.c. *presume* tale ruolo determinante, salva prova contraria.

L'esposta interpretazione delle norme sull'impossibilità e illiceità della condizione consente di risolvere nel modo più confacente all'interesse delle parti alcune questioni interpretative ancora dibattute. L'art. 1161 c.c. del 1865, ad esempio, conteneva una

---

una volontà ipotetica serve soltanto ad indicare la necessaria corrispondenza tra effetto e programma predisposto, tra tutela accordata ed interessi evidenziati nel negozio nullo », TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 895, che rileva come la conversione operi anche se una o entrambe le parti non la vogliono.

Presupposto fondamentale della conversione è quindi la ricostruzione di un assetto di interessi delle parti, individuabile con riferimento al momento della formazione del negozio, favorevole alla conversione medesima. Solo in assenza di tale requisito potrebbe negarsi applicazione all'art. 1424 c.c. La giurisprudenza ha preso in considerazione una fattispecie di conversione da contratto puro a contratto sospensivamente condizionato (in un caso in cui era impossibile l'attuazione immediata del programma negoziale), negandone la praticabilità solo per l'esistenza di una « volontà dei contraenti intesa alla immediata esecuzione del contratto »: Cass. 18 aprile 1953 n. 1036, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1127.

Non potrebbe ostare, alla conversione del negozio con condizione illecita in negozio puro, l'affermazione giurisprudenziale della non convertibilità del negozio illecito (in tal senso, Cass. 2 febbraio 1957 n. 406, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 392; Cass. 26 settembre 1964 n. 2437, in *Giust. civ.*, Mass. 1964, p. 1138). La ragione di tale non convertibilità è individuata nell'impossibilità che l'ordinamento favorisca il raggiungimento di scopi vietati dall'ordinamento o contrastanti con gli interessi fondamentali della società: ma allora è evidente che, ravvisandosi una scindibilità della condizione illecita dal negozio, quest'ultimo, come tale, sarebbe diretto al perseguimento di scopi leciti e meritevoli di tutela.

Parla di « conversione automatica » nell'ipotesi di condizioni che *vitiantur sed non vitiant*, MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 294. Lo stesso Autore, a p. 301, esamina il fenomeno della possibile conversione di condizioni meramente potestative invalide in fattispecie valide, come il recesso, l'opzione, la prelazione. Sui rapporti, in particolare, tra recesso e condizione risolutiva meramente potestativa, v. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 139 ss.

<sup>(45)</sup> Il Tribunale di grande istanza di Parigi, con sentenza in data 22 maggio 1968 (in *Dir. scambi internaz.*, 1968, p. 575), ha affermato che « perché un contratto possa essere dichiarato nullo in quanto contenente una condizione illecita, è necessario che tale condizione sia stata, nell'intenzione di ciascuna delle parti, *causa determinante dell'accordo contrattuale* ». Ciò, in presenza di una disposizione (l'art. 1172 *code civil*) altrettanto tassativa del nostro art. 1354 c.c. (« Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend »).

disposizione, non più riprodotta nel vigente codice, secondo cui la *condizione di non fare una cosa impossibile* non rendeva nulla l'obbligazione contratta sotto la medesima condizione. La questione, dibattuta con riferimento alla condizione sospensiva negativa <sup>(46)</sup>, se si tratti di principio ancor oggi vigente, ovvero se debba ritenersi incompatibile con l'attuale disciplina dell'art. 1354, riguarda essenzialmente l'ipotesi di condizione sospensiva negativa (in quanto la condizione risolutiva impossibile si considera comunque non apposta, *ex art. 1354*, comma 2). Occorre innanzitutto considerare che impossibilità della condizione negativa significa impossibilità di verifica dell'evento negativo, e quindi certezza del mutamento rispetto allo stato di fatto attuale <sup>(47)</sup>. Si consideri ora il seguente esempio: condizione sospensiva apposta all'acquisto di immobile abitativo, consistente nel mancato accoglimento del compratore in una casa di riposo, quando in realtà l'accettazione era già avvenuta prima della stipula del contratto. In questo caso la condizione negativa è impossibile, in quanto è certo che il venditore verrà accolto nella casa di riposo: sarebbe iniquo attribuire efficacia al contratto, considerato che l'interesse al contratto, considerato non attuale nella disposizione condizionale, in realtà non è mai sorto. La disposizione dell'art. 1354 comma 2, che prevede la nullità dell'intero contratto, tutela in realtà perfettamente gli interessi in gioco, per cui, anche sotto il profilo della *ratio* e non solo sotto

---

<sup>(46)</sup> Secondo parte della dottrina, la condizione sospensiva negativa impossibile non rende nullo il negozio, ma si ha per non apposta, dal momento che ne subordina l'efficacia al non-avveramento di un fatto impossibile: NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 440, nota 5 (secondo il quale la norma dell'art. 1161 c.c. 1865 era superflua: « In un simile caso in realtà il negozio sarebbe puro e semplice, non esistendo la condizione neanche apparentemente »); CARIOTA FERARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 536; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, II, Milano, 1972, p. 261 e 265 (secondo il quale la condizione sospensiva negativa si risolve, in tal caso, in condizione impossibile risolutiva positiva); BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*, cit., p. 2149.

La dottrina prevalente non distingue tra condizioni positive e negative, affermando *sic et simpliciter* la nullità delle condizioni sospensive impossibili, sulla base del dettato testuale dell'art. 1354 c.c.: cfr. per tutti RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 767; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 49 ss.

<sup>(47)</sup> CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 74-75, ove interessanti puntualizzazioni sulla natura e sulle vicende della condizione negativa.

quello meramente letterale, il principio sancito dall'art. 1161 del codice abrogato deve ritenersi non più vigente.

Del resto, poiché la disposizione dell'art. 1354 comma 2 pone una mera presunzione *iuris tantum* di invalidità totale, sarà possibile salvare la validità del contratto, provando l'effettiva sostanza degli interessi coinvolti e quindi l'applicabilità, nel caso di specie, della regola di nullità parziale.

L'impossibilità della condizione, si è detto, equivale a certezza del mancato avverarsi della stessa; fenomeno ad esso speculare è la *certezza dell'avveramento della condizione (conditio quae omnimodo exstitura est)*, che può coesistere con un'incertezza soggettiva delle parti <sup>(48)</sup>, inidonea come tale a determinare l'applicazione della disciplina condizionale. Il difetto di incertezza <sup>(49)</sup>, e quindi la certezza

---

<sup>(48)</sup> Per CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 70, la « certezza dell'impossibilità » della condizione, quale limite alla giuridica efficacia della dichiarazione delle parti, non va valutata *de iure condito* in termini di « coscienza sociale », ma « relativamente al convincimento dei contraenti »; il giudizio di « impossibilità » si risolverebbe quindi in un'indagine interpretativa della comune intenzione dei soggetti.

<sup>(49)</sup> Sulla effettiva portata del requisito dell'incertezza, e quindi sul rapporto tra condizione e termine, cfr. da ultimo CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 62 ss., il quale ritiene che « la differenza tra termine e condizione non sta nella natura intrinseca dell'evento, ma nel rapporto dell'evento con l'interesse delle parti », e quindi « nel fatto che l'evento futuro « sia stato considerato dalle parti » come incerto nell'*an* (condizione) o come certo (termine); nel fatto — cioè — che le parti abbiano voluto subordinare gli effetti del contratto o semplicemente determinarli temporalmente »; nello stesso senso BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 513; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 258, nota 140. Cfr. anche Cass. 24 luglio 1985 n. 4339, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 268 ss., con nota di IUDICA. Secondo MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 284-285, va ripensata la diffusa convinzione che l'incertezza debba essere necessariamente oggettiva, consistendo essa piuttosto in una *modalità di rappresentazione* dell'evento futuro, anche tenendo conto delle circostanze della negoziazione e dell'ambiente in cui essa si è svolta (e salvaguardando l'oggettiva *controllabilità* dell'avveramento, o mancato avveramento, dell'evento).

Per la necessaria oggettività dell'incertezza, in quanto incertezza « di *avveramento* e non di sola conoscenza », BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1099 ss. Secondo FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 169-170, « ove si consideri come le norme sulla situazione di pendenza abbiano il fine di tutelare gli interessi dei soggetti nel periodo in cui ancora non si conosce se il rapporto giungerà ad esistenza, e come questa tutela sia predisposta non solo nei rapporti interni tra i contraenti, ma anche rispetto ai terzi, è logico ritenere che, pur non essendo sufficiente una incertezza che sia limitata ad uno o a tutti i

del verificarsi dell'evento dedotto in condizione, nonostante la diversa supposizione delle parti, determina una situazione di interessi esattamente contrapposta a quella scaturente dall'impossibilità originaria. Si pensi all'ipotesi di acquisto di un fondo sospensivamente condizionato all'ottenimento di una servitù attiva, quando, in realtà, tale servitù attiva già esiste. Qui, in realtà, alla condizione sospensiva non corrisponde alcun effettivo interesse delle parti o di una di esse, esistendo viceversa un interesse incondizionato al contratto, per cui la stessa condizione si ha per non apposta<sup>(50)</sup>.

Contrapposta alla precedente è l'ipotesi della *condizione risolutiva certa*. Consideriamo il seguente esempio: Tizio promette a Caio una data prestazione, sottoposta alla condizione risolutiva negativa che lo stesso Caio non venda un dato immobile al figlio di Tizio: immobile in realtà già venduto in precedenza a Sempronio. L'impossibilità dell'evento positivo equivale a certezza dell'evento negativo dedotto in condizione, per cui, in questo caso, difetta

---

soggetti dell'aspettativa, tuttavia sarebbe eccessiva e logicamente inconcepibile una incertezza oggettiva in senso assoluto. È sufficiente quindi che l'evento sia incerto rispetto alla conoscibilità umana ». Anche per NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 435, « non può bastare un semplice dubbio dei soggetti del negozio circa il verificarsi dell'evento a concretare il requisito dell'incertezza, richiesto per l'esistenza della condizione, quando tale dubbio non si giustifichi in base alle normali possibilità di conoscenza e valutazione proprie della generalità dei soggetti ».

Sul requisito dell'incertezza, cfr. in giurisprudenza Cass. 23 aprile 1958 n. 1342, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1035; Cass. 11 giugno 1959 n. 1781, in *Giust. civ.*, Rep. 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 97; Cass. 14 settembre 1965 n. 2005, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 530; Cass. 14 luglio 1965 n. 1499, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1746; Cass. 16 marzo 1968 n. 606, in PECCENINI, *La condizione volontaria*, cit., p. 10-11; App. Napoli 30 dicembre 1968, in *Dir. e giur.*, 1970, p. 282, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, cit., p. 295; Cass. 26 giugno 1971 n. 2018, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 168; App. Napoli 6 aprile 1973, in *Dir. e giur.*, 1974, p. 315; Cass. 7 giugno 1974 n. 1713, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 477; Cass. 16 maggio 1977 n. 1970, in *Arch. civ.*, 1977, p. 896; Cass. 15 settembre 1983 n. 5575, in *Giust. civ.*, Mass. 1983; Cass. 24 luglio 1985 n. 4339, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1636; Cass. 2 giugno 1992 n. 7174, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 1772, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>(50)</sup> ARNDTS, *Trattato delle pandette*, cit., p. 117; CARUSI, *op. ult. cit.*, p. 74. Secondo COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 15, quando l'evento dedotto in condizione non è incerto, la clausola condizionale non è nulla, ma può essere qualificata, a seconda dei casi, come presupposto o come termine, con la conseguente « disapplicazione del regime della condizione ». Nello stesso senso, MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 264, nota 105.

proprio l'elemento dell'incertezza. Qui, in realtà, l'interesse di Tizio è di non adempiere alla promessa se non si verifica l'evento positivo: la concreta valutazione degli interessi determina, ai sensi dell'art. 1419 c.c., la nullità dell'intero contratto per difetto di causa <sup>(51)</sup>.

Merita, infine, analizzare un ultimo profilo. È insegnamento condiviso quello secondo cui l'*impossibilità sopravvenuta della condizione* equivale a mancato avveramento della stessa <sup>(52)</sup>, il che determinerebbe, trattandosi di condizione sospensiva, la definitiva inefficacia (o inutilità) del negozio. Questo risultato può porsi in contrasto con le esigenze prima ravvisate, allorché si sono evidenziate delle fattispecie di scindibilità della condizione: potrebbe, in altri termini, corrispondere all'interesse delle parti una diversa soluzione, consistente nell'attribuire efficacia al negozio nonostante la *sopravvenuta impossibilità della condizione sospensiva*. A questo

<sup>(51)</sup> Per la nullità nell'ipotesi indicata nel testo, CARUSI, *op. ult. cit.*, p. 74.

<sup>(52)</sup> L'equiparazione dell'impossibilità sopravvenuta della condizione al mancato avveramento della stessa è pacifica: cfr. in dottrina FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 231, nota 29. In giurisprudenza, cfr. Cass. 23 ottobre 1956 n. 3947, in *Giust. civ.*, Rep. 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 186; Cass. 11 luglio 1964 n. 1828, in *Giur. it.*, Rep. 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 189, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 170; Cass. 9 maggio 1969 n. 1606, in *Foro it.*, Rep. 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 206; Cass. 24 aprile 1974 n. 1183, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1426 ss.; Cass. 16 luglio 1976 n. 2834, in *Giur. it.*, Rep. 1976, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 178; Cass. 13 luglio 1984 n. 4118, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, n. 153; Cass. 10 gennaio 1986 n. 74, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 249; Cass. 5 gennaio 1993 n. 63, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2141 ss., con nota di BOZZA, *Sul momento di valutazione dell'impossibilità della condizione*, cit. (ove altri riferimenti di dottrina e giurisprudenza), ed in *Contratti*, 1993, p. 147 ss., con nota di RADICE.

Secondo CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 75, in base al canone di interpretazione del contratto secondo buona fede deve ritenersi che, « quando l'evento la cui mancanza è dedotta in condizione risolutiva diviene impossibile, la condizione possa aversi per non apposta anziché per avverata in base al principio di cui all'art. 1366 c.c. ».

Per gli atti *mortis causa*, si ritiene che l'impossibilità originaria vada considerata con riferimento al momento dell'apertura della successione, e non della confezione del testamento: FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 509-510; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 190; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 794; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 524; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 294.

risultato è possibile giungere unicamente quando, dal contenuto del negozio e mediante applicazione delle regole legali di interpretazione, si desuma che, nella programmazione delle parti — ed anche alla luce degli interessi perseguiti con la clausola condizionale — l'impossibilità sopravvenuta della condizione non è equiparabile al mancato avveramento della stessa (perché, ad esempio, decisivo ai fini del condizionamento è stato considerato non tanto il risultato in sé di una data prestazione, quanto, piuttosto, il comportamento del soggetto tendente a conseguirlo) <sup>(53)</sup>.

25. *La condizione e gli actus legitimi: nullità dell'intero atto, ovvero vitiatur et non vitiatur. Ragioni della diversa disciplina.*

La problematica relativa ai profili di scindibilità o meno della condizione trova un importante oggetto di riscontro nei c.d. *actus legitimi*, quegli atti, cioè, di varia natura che non tollerano l'ap-

---

<sup>(53)</sup> La questione è stata esaminata in dottrina nell'ambito del problema del c.d. « avveramento per equipollente », con particolar riferimento alle condizioni testamentarie potestative o miste consistenti nella prestazione del beneficiario o di un terzo. È stato correttamente affermato che — esclusa comunque l'ammissibilità di equipollenti in senso proprio (MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 184) — allorché la condizione diviene impossibile per caso fortuito o comunque per causa non imputabile al beneficiario, e quest'ultimo (o il terzo) ha in realtà fatto tutto il possibile perché la stessa si avverasse, occorre soltanto verificare, secondo le ordinarie regole interpretative, se per il testatore era essenziale il comportamento, ovvero il conseguimento del risultato. Cfr. sul punto COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 435; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 207, nota 197; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 468; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 660; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 215 ss.; BARBERO, voce « Condizione », cit., p. 1105; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 798-799; TRIMARCHI P., *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 823-824; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 248; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 40-41, e p. 105 ss.; Cass. 12 dicembre 1962 n. 3331, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1783; Cass. 14 ottobre 1966 n. 2459, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 207.

Sotto questo profilo, il codice civile del 1865 conteneva una disposizione (l'art. 1166) che recitava: « Qualunque condizione dev'essere adempita nel modo verisimilmente voluto e inteso dalle parti ». La norma non è stata riprodotta nel vigente codice solo perché ritenuta superflua, dovendosi far riferimento alle generali regole di interpretazione che, comunque, conducono alla medesima conclusione.

sizione di condizioni, secondo una regola che risale al diritto romano <sup>(54)</sup>, e che è stata giustificata considerando che, « qualora gli interessi che le parti tendono a soddisfare siano tali che il regolamento di essi non può che essere immediatamente efficace o non può che essere permanente, una condizione non può trovarvi posto » <sup>(55)</sup>. Le numerose figure legislative di questo tipo sono tuttavia disciplinate in modi contrapposti.

In alcune ipotesi è codificata la regola *vitiatur et non vitiat*, e quindi la condizione è considerata scindibile senza pregiudizio della essenza e validità dell'atto: ciò avviene per il matrimonio (art. 108 c.c.), il riconoscimento del figlio naturale (art. 257 c.c.), la girata di titoli all'ordine (art. 2010 c.c.), ed in particolare della cambiale (art. 16 R.D. 21 dicembre 1933 n. 1736).

In altre fattispecie la legge adotta la regola opposta, e prevede espressamente la nullità dell'intero atto illegittimamente condizionato: così per l'accettazione di eredità (art. 475 c.c.), e la rinuncia alla medesima (art. 520 c.c.), e per l'accettazione della cambiale (art. 31 R.D. 21 dicembre 1933 n. 1736).

In altri casi ancora la legge, pur prevedendo il divieto di apposizione, non ne stabilisce espressamente la conseguenza: così per le condizioni testamentarie apposte alle quote di riserva (art. 549 c.c.), l'accettazione dell'incarico di esecutore testamentario (art. 702 c.c.), l'abbandono all'assicuratore della cosa assicurata contro i rischi della navigazione (art. 545 cod. nav.). Altre fattispecie di inapposibilità della condizione sono individuate dalla dottrina: così i negozi di rifiuto, i negozi che tendono a creare uno stato della persona o attribuire uffici di diritto privato (nomina di curatori, adozione, affiliazione, emancipazione), la sottoscrizione di

---

<sup>(54)</sup> FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 546: « Nel diritto classico e nel giustiniano l'esclusione della condizione ha carattere eccezionale, motivata da ragioni speciali al singolo atto. Talora essa deriva dalla necessità di una volontà seria, ponderata, decisa, conducente senz'altro allo scopo, o da quella della certezza dei rapporti giuridici. Tal'altra è il principio logico di contraddizione che esclude ogni modalità o alcune. Si riannoda alla prima serie, p.e., la emancipazione, non permettendo la gravità dell'atto incertezze nella volontà e nell'effetto. Rientra nella seconda categoria l'*acceptilatio*, perché chi solennemente afferma il fatto del pagamento non può soggiungere che questo fatto dipende da condizione o è differito fino a un certo tempo ».

<sup>(55)</sup> MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 237.



azioni di società <sup>(56)</sup>. Si è altresì esclusa l'apponibilità di condizioni agli atti per i quali la legge disponga una pubblicità di tipo costitutivo, come, ad esempio, gli atti costitutivi di società di capitali <sup>(57)</sup>. In giurisprudenza, prevale peraltro l'opinione secondo la quale la condizionabilità è la regola, mentre l'incondizionabilità è l'eccezione, e come tale deve essere espressamente sancita <sup>(58)</sup>.

Secondo la dottrina prevalente, nei casi non espressamente previsti la nullità della condizione determina necessariamente la nullità dell'intero negozio, che viene ritenuta logica conseguenza dell'unicità del contenuto, e dell'inscindibilità della volontà condizionata <sup>(59)</sup>. A ciò si può obiettare quanto finora rilevato: l'inscin-

---

<sup>(56)</sup> Sull'individuazione degli *actus legitimi*, che non ammettono apposizione di condizioni, cfr. FADDA e BENSA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 547 ss.; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 446 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 655; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 524-525; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 584; BARBERO, voce « Condizione (dir. civ.) », cit., p. 1102; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 195-196; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 790-791 (ove anche la problematica dell'apponibilità della condizione ai negozi unilaterali recettizi, ai negozi di rinuncia, al recesso contrattuale); DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 277 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 510; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 136; FALZEA, voce « Condizione (dir. civ.) », cit., p. 6; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 324 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 36 ss.

<sup>(57)</sup> Cfr., sul punto, TONDO, *Regime dell'omologazione ed elementi accidentali nella costituzione di società di capitali*, in *Studi e Materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, III, Milano, 1992, p. 26 ss.; TASSINARI, *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. not.*, 1996, p. 88 ss.; MARASA-IBBA, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, p. 82-83.

<sup>(58)</sup> In giurisprudenza si afferma comunemente la tassatività degli *actus legitimi*, e quindi la generale apponibilità di condizioni in assenza di espresso divieto: Cass. 20 maggio 1981 n. 3307, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 175; Cass. 19 aprile 1982 n. 2412, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 155, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 404 ss. Per rilievi critici su tale opinione, MAIORCA, *op. ult. cit.*, p. 278 (ove l'opinione, isolata, che il potere di stipulare un negozio condizionale, « non rientrando nella normale autonomia dei privati... appare sostanzialmente improntato ad un carattere di eccezionalità »), e p. 324-325. Secondo BARBERO, voce « Condizione (dir. civ.) », cit., p. 1102, « l'incondizionabilità rappresenta l'eccezione, e perciò deve essere espressamente stabilita o deve quanto meno potersi arguire con sicuro fondamento positivo dalle norme o dal sistema ». Nello stesso senso, ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 372 ss.

<sup>(59)</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 325-326; FADDA e BENSA,

dibilità non è un dogma o un dato assiomatico, ma una conseguenza del concreto atteggiarsi delle situazioni di interesse tutelate tramite il congegno condizionale. Soltanto, quindi, dopo aver esattamente compreso le ragioni dell'inapponibilità, caso per caso, è possibile trarre una conclusione sul punto in questione.

Determinante è, innanzitutto, la comprensione del perché della diversa disciplina legislativa, nei casi espressamente regolati. Secondo un'autorevole opinione, quando l'inapponibilità deriva dalla natura del rapporto (matrimonio, riconoscimento del figlio naturale, titoli di credito), l'apposizione avvenuta malgrado il divieto non pregiudica la validità del negozio; altre volte l'inapponibilità deriva dalla necessità di conformità del negozio ad un negozio o rapporto preesistente (accettazione o rinuncia all'eredità, accettazione della cambiale), per le stesse ragioni per cui non può darsi un'accettazione difforme dalla proposta (art. 1326, comma 5, c.c.), ed in questi casi, coerentemente, la legge prevede la nullità dell'intero atto <sup>(60)</sup>.

In realtà, le ipotesi in cui la nullità è espressamente limitata alla sola condizione si caratterizzano o per la rigidità <sup>(61)</sup> della causa o funzione negoziale (matrimonio, girata di titoli all'ordine), che non ammette margini di autonomia per il soggetto, ma gli consente solo di stipulare o meno il negozio; ovvero per l'assenza in radice di una causa, trattandosi di dichiarazioni di scienza (riconoscimento del figlio naturale), nelle quali è logico che la manifestazione di una verità debba sopravvivere al condizionamento invalido.

---

Note a Windscheid, *op. ult. cit.*, IV, p. 546-547; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 656; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 525; BARBERO, voce « Condizione (dir. civ.) », cit., p. 1102.

<sup>(60)</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 195-196.

<sup>(61)</sup> Per la contrapposizione tra negozi a causa rigida e negozi a causa elastica, PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 369, che classifica, ad esempio, nella prima categoria i negozi di diritto familiare, tipico caso di *actus legitimi*.

Nella direzione indicata del testo, sia pure con qualche ambiguità, cfr. anche COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 37, la quale ravvisa la *ratio* del diverso trattamento degli *actus legitimi* (rispettivamente nullità dell'intero atto o della sola condizione) « nella diversa rilevanza che assume l'autonomia privata nei vari tipi di atto. Più precisamente, là dove l'autonomia privata ha un suo spazio operativo, l'ordinamento ne tiene conto, almeno per svolgere una valutazione di segno negativo. Nella fattispecie in cui non è dato ai privati di esplicitare un proprio assetto di interessi, la determinazione privata è considerata come insussistente ».

Viceversa, le ipotesi in cui la nullità è espressamente prevista per l'intero negozio si caratterizzano per il fatto che la condizione, illegittimamente apposta, tende a snaturare la causa del negozio, manifestando in realtà un interesse non attuale del soggetto o l'interferenza di interessi dallo stesso considerati come poziori; la legge, in questi casi, per la gravità degli effetti scaturenti dagli atti in questione, esige un'adesione incondizionata, e quindi sanziona con la nullità l'intero atto, ponendo a carico del soggetto, che abbia meglio ponderato le conseguenze del suo agire, l'onere di effettuare una nuova manifestazione di volontà.

È quindi sulla base della sostanza degli interessi coinvolti che occorre valutare la scindibilità o meno della condizione: scindibilità che può in linea di massima ravvisarsi — in parallelo con il disposto dell'art. 634 c.c. — con riferimento alle condizioni testamentarie apposte alle quote di riserva (art. 549 c.c.), mentre deve ritenersi, anche qui di massima, insussistente, con conseguente nullità dell'intero atto, in relazione all'accettazione dell'incarico di esecutore testamentario (art. 702 c.c.), all'abbandono all'assicuratore della cosa assicurata contro i rischi della navigazione (art. 545 cod. nav.), ai negozi che tendono a creare uno stato della persona o attribuire uffici di diritto privato (nomina di curatori, adozione, affiliazione, emancipazione), alla sottoscrizione di azioni di società. L'assenza, comunque, di una espressa disciplina legislativa legittima l'applicazione, in via estensiva o analogica, delle norme sulle condizioni impossibili o illecite (artt. 634 e 1354 c.c.), con la conseguenza dell'applicabilità delle *presunzioni* di scindibilità o inscindibilità ivi sancite, salva la dimostrazione che, nel caso concreto, il rapporto con il concreto negozio si atteggi diversamente.

26. *La disciplina della finzione di avveramento della condizione: origine storica dell'istituto e suoi limiti; la finzione di avveramento come sanzione e come reintegrazione in forma specifica; necessità di applicazione dell'istituto con specifica considerazione degli interessi tutelati, e problema dell'operatività automatica della finzione.*

La disciplina della finzione <sup>(62)</sup> di avveramento (disciplinata

---

(62) La qualificazione come « finzione » in senso tecnico dell'istituto disci-

dall'art. 1359 c.c., ma ritenuta comunemente applicabile anche alla condizione testamentaria <sup>(63)</sup>) costituisce un campo di prova estremamente interessante in un'indagine volta a cogliere i profili di scindibilità della condizione <sup>(64)</sup>: è evidente, infatti, che la norma in

---

plinato dall'art. 1359 c.c. è ricorrente in dottrina: cfr. in tal senso, da ultimo, PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 1 ss., che vi ravvisa l'assimilazione di due distinte nozioni, al fine di dare concreta applicazione ad una norma giuridica, quando questa sia ostacolata o dall'assenza di un elemento di diritto indispensabile o dall'impossibilità di funzionamento di un meccanismo giuridico.

Parla anche della *factio iuris* come di uno strumento che consente « che la *deroga* assuma l'aspetto di una *estensione*, che la *limitazione di efficacia di una norma* appaia come uno *svolgimento* della norma stessa », PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 663; lo stesso Autore (p. 672) chiarisce che « nelle ipotesi nelle quali si ricorre alla finzione sostanzialmente si rinuncia ad una appropriata analisi, condotta con metodo rigorosamente giuridico, e in particolare si fa luogo, anche senza chiara coscienza, ad un raffronto con una realtà non bene identificata, e certamente estranea a quella sola realtà alla quale rigore e coerenza metodologica rinviano: la realtà (che possa qualificarsi) giuridica ».

Nello stesso senso le osservazioni di BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 35: « nell'ordine giuridico non esistono *finzioni*, ma esistono solo *realtà giuridiche*, che possono non coincidere con la realtà naturalistica o storica. Il legislatore umano... Può insomma *creare la realtà* giuridica indipendentemente e fino in opposizione alla realtà *storica e naturale* ».

Sull'argomento, cfr. anche l'approfondita ricostruzione storica e dogmatica di TODESCAN, *Diritto e realtà, storia e teoria della factio iuris*, Padova, 1979.

<sup>(63)</sup> Sull'applicabilità della finzione di avveramento anche, per analogia, alle condizioni testamentarie, cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., p. 189; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 215 ss.; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 5.

Occorre del resto ricordare che l'istituto in esame nasce, in diritto romano classico, proprio nell'ambito testamentario, nella particolare ipotesi di legato di libertà ad uno schiavo sottoposto alla condizione che questi pagasse all'erede una determinata somma, al fine di evitare abusi da parte del medesimo erede. Per la ricostruzione storica dell'istituto, cfr. GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, Modena, 1930; COSENTINI, *Condicio impossibilis*, cit., p. 161 ss.; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 115 ss.

<sup>(64)</sup> L'interferenza dell'istituto in esame con la nota problematica dell'inscindibilità della volontà condizionata è stata già da tempo avvertita dalla dottrina più attenta: GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit., p. 28 ss. (che riteneva superabile il problema unicamente mediante il ricorso alla teoria della presupposizione, quale fondamento dell'istituto); COSENTINI, *Condicio impossibilis*, cit., p. 164 (che ravvisa nella *factio* in esame una deroga al dogma della inscindibilità); FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 88, nota 26, e p. 225 (che nega rilevanza alle questioni di ordine psicologico sulla

base alla quale si considera avverata la condizione, quando il mancato avveramento è dipeso dalla parte avente interesse contrario ad esso, comporta, in ultima istanza, che il negozio, la cui efficacia era stata programmata solo in dipendenza di un dato evento, finisce con il produrre (o consolidare) i propri effetti anche in assenza dell'evento medesimo, con conseguente incidenza della mancata operatività del congegno condizionale sulla causa negoziale <sup>(65)</sup>.

La meccanica applicazione dell'art. 1359 porterebbe, peraltro, a stravolgere in più casi la dinamica degli interessi, come programmati con il negozio. Ciò si verificherebbe, innanzitutto, se si accettasse la ricorrente massima giurisprudenziale secondo la quale, per l'applicabilità dell'art. 1359 c.c., occorre che la parte cui è dovuto il mancato verificarsi dell'evento non abbia, a sua volta, interesse al verificarsi dell'evento stesso <sup>(66)</sup>. È stato esattamente rilevato che

---

volontà condizionata, ritenendo che la scindibilità della clausola condizionale sia spiegabile per la sua autonomia strutturale, al pari delle altre clausole contrattuali, e per la sua autonomia funzionale, in quanto introduttiva nello schema tipico dell'atto di un intento estraneo e di un interesse esterno, rispetto all'interesse interno negoziale).

<sup>(65)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 121, che esattamente ravvisa la conseguenza della *fictio* in esame nella « obbligatorietà di un rapporto, pur in mancanza di circostanze che sono state considerate rilevanti dagli stessi stipulanti. La *fictio* avrebbe delle conseguenze eccessive che propagano i loro effetti al di là della vicenda condizionale per interessare la stessa causa del contratto, ovvero le ragioni che hanno determinato le parti alla stipulazione ».

<sup>(66)</sup> Si tratta di una massima ricorrente: Cass. 27 giugno 1968 n. 2187, in *Giust. civ.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 123; Cass. 25 febbraio 1981 n. 1136, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 177, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 278 ss.; Cass. 8 giugno 1983 n. 3936, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 190; Cass. 19 maggio 1992 n. 5975, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 273; Coll. arb. Milano 19 luglio 1993, in *Contratti*, 1994, p. 681; Cass. 20 novembre 1996 n. 10220, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 291; Cass. 23 aprile 1998 n. 4178, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 374. Cfr. la critica a tale orientamento — in base all'esigenza di accertamento in concreto, e non in astratto, dell'interesse — in BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 527, nota 88; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 315; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 156.

In tale panorama giurisprudenziale, si segnala, per la completezza e condivisibilità della motivazione, la recente Cass. 27 febbraio 1998 n. 2168, in *Contratti*, 1998, p. 553, la quale nega che « la circostanza che una condizione è apposta in favore di una parte ne esclude necessariamente l'interesse di questa, *eventualmente*

gli interessi delle parti possono evolversi rispetto alla situazione iniziale <sup>(67)</sup>, e un comportamento di mala fede del contraente che aveva inizialmente interesse al verificarsi dell'evento, che precluda l'avverarsi della condizione e quindi l'efficacia negoziale, può pregiudicare concretamente gli interessi della controparte. Del resto, la lettera della norma non consente di tralasciare questa ipotesi: si parla di « interesse contrario all'avveramento » senza far riferimento ad una presunta sussistenza di questo interesse al momento della conclusione del contratto, e legittimando quindi un'interpretazione estensiva, che tenga in considerazione anche l'evoluzione che gli interessi delle parti possono subire durante la fase della pendenza <sup>(68)</sup>. Sintomatica di questa fluidità delle situazioni di

---

*sopravvenuto*, al non avveramento, sicché resta fermo il potere-dovere del giudice del merito di identificare quale sia la parte che in concreto, violando gli obblighi di correttezza, con il suo comportamento, colposo o doloso, ha contribuito a modificare l'*iter* attuativo del contratto»; la Corte Suprema afferma quindi che « l'art. 1359 codice civile, allorché fa riferimento alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento della condizione, non intende riferirsi soltanto a coloro che, per contratto, apparivano avere interesse al verificarsi della condizione, ma anche ai comportamenti di chi, *in concreto*, ha dimostrato con un proprio comportamento scorretto di *non avere avuto, o non avere più, interesse* al verificarsi della condizione ».

Da segnalare anche COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 107: « La finzione di avveramento colpisce entrambi i contraenti, sottoponendo agli effetti dell'avveramento anche il contraente che, pur interessato al verificarsi dell'evento, si era impegnato nell'incertezza propria della condizione ».

<sup>(67)</sup> GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit. p. 37, nota 2; TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 820; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 49 ss., e p. 64 ss. (« è durante la fase di pendenza che quell'interesse può modificarsi o cessare fino a trasformarsi nell'interesse contrario a quello inizialmente manifestato... l'evoluzione indicata... potrebbe talora indurre le parti ad agire sull'evento, in spregio alle ragioni dell'altra parte, per la realizzazione del nuovo interesse nel frattempo maturato »); CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 86 ss. (il quale ultimo, incisivamente, rileva che « la parte interessata a che la condizione non si realizzi può essere individuata *a priori* solo nei contratti a titolo gratuito, o qualora la condizione riguardi una sola delle prestazioni dedotte nel contratto di scambio... Se la condizione inerisce al sinalagma contrattuale nella sua interezza, o comunque ad una coppia di prestazioni reciproche, l'interesse al mancato avveramento nasce dal ripensamento di uno qualsiasi dei contraenti sulla convenienza degli effetti conseguenti all'evento incerto »).

<sup>(68)</sup> BRUSCUGLIA, *op. ult. cit.*, p. 51 (« la norma non può che indicare la parte

interesse durante la fase di pendenza è la riconosciuta applicabilità ai contratti sospensivamente condizionati della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta <sup>(69)</sup>.

Si consideri, altresì, che l'automatica <sup>(70)</sup> applicazione della

---

che in fatto « impedisce » il verificarsi dell'evento, parte che non si identifica necessariamente col portatore dell'interesse in astratto ritenuto contrario all'avveramento al momento della perfezione del contratto ». L'Autore (p. 77) con specifico riferimento alle condizioni potestative, indica efficacemente l'ambito di liceità del comportamento del contraente da cui dipende l'avveramento durante la fase di pendenza, chiarendo che detto comportamento « non è libero nei limiti in cui, mentre danneggia esclusivamente l'altra parte, non riesce a soddisfare un suo interesse oggettivamente apprezzabile ovvero miri a realizzare un interesse con tali caratteristiche ma estraneo alla previsione delle parti contraenti ». Cfr. sul punto anche MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 315.

La giurisprudenza, comunque, evidenzia spesso l'esigenza di accertamento « in concreto » dell'interesse contrario all'avveramento: cfr., tra le altre, Cass. 6 maggio 1953 n. 1247, in *Foro it.*, Rep. 1953, voce *Mediazione*, n. 41; Cass. 17 maggio 1974 n. 1468, in *Foro it.*, 1975, I, c. 957; Cass. 6 dicembre 1974 n. 4070, in *Giust. civ.*, Rep. 1974, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 63; Cass. 5 novembre 1985 n. 5360, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 254 ss.

<sup>(69)</sup> Cass. 30 marzo 1967 n. 685, in *Foro it.*, 1967, I, c. 937; Cass. 10 gennaio 1986 n. 74, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 249; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 537.

<sup>(70)</sup> In dottrina si è ritenuto che la finzione di avveramento non operi automaticamente, essendo necessario salvaguardare l'interesse del contraente innocente a non subire l'efficacia (o la risoluzione) del contratto quando questa non corrisponda alle sue esigenze, traducendosi ciò, in caso contrario, in un duplice danno: GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit. p. 36-37, nota 2; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 206; TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 821; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 141; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 43-44; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 87-88.

L'esclusione dell'automatismo deriva, tra l'altro, anche dall'esigenza di accertamento giudiziale dei presupposti di colpevolezza e di violazione della buona fede: è possibile, in tal senso, un parallelismo con la risoluzione del contratto per inadempimento, che richiede una pronunzia giudiziale di natura costitutiva.

Nel senso invece dell'automatismo, sembra, FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 10.

L'assurdità dell'automatismo della finzione di avveramento, in relazione alla tutela degli interessi in concreto ricorrenti, è evidenziata in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 155: « Quando Caio, per rilevare Tizio dal rischio di furto, gli promette 1000 ove la cosa sia rubata, la condizione non si considera avverata pel fatto che Caio, afferrata una pietra, ha messo in fuga il ladro. Quando Caio, giocatore, promette la posta a Tizio suo avversario, alla condizione che questi

finzione di avveramento potrebbe addirittura danneggiare il contraente corretto. Si pensi al contratto di vendita di terreno, sospensivamente condizionato al rilascio di una concessione edilizia: il comportamento scorretto del venditore, che impedisca il rilascio della concessione, determinerebbe, in tal caso, la produzione degli effetti negoziali, e quindi l'acquisto del terreno, in assenza di qualsiasi interesse della parte compratrice <sup>(71)</sup>.

Per evitare queste conseguenze, è indispensabile una migliore comprensione dell'istituto e delle sue origini storiche. La finzione di avveramento nasce nel diritto romano classico <sup>(72)</sup>, da un'ipotesi particolare: il legato di libertà ad uno schiavo, condizionato al pagamento di una data somma da parte di quest'ultimo all'erede onerato. Si pose, alla giurisprudenza romana, l'esigenza equitativa di consentire l'operatività della disposizione testamentaria anche nell'ipotesi in cui l'erede onerato, con il suo comportamento, avesse impedito allo schiavo di procurarsi la somma necessaria per l'adempimento della condizione <sup>(73)</sup>. L'istituto quindi estese progressivamente il proprio campo di applicazione, fino ad assumere, nel diritto giustiniano, portata generale <sup>(74)</sup>.

Il fondamento del principio è stato volta per volta individuato

---

vinca, ha interesse a impedirgli la vittoria; ma la condizione non si finge avverata sol perché Tizio ha perduto per effetto dell'attività intenzionalmente svolta dal promittente! ».

In generale, la tesi della non automaticità degli effetti della finzione è conseguenziale all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, che ravvisa il fondamento dell'istituto in una sanzione per un comportamento contrario a buona fede, richiedendo altresì l'accertamento dell'imputabilità (e quindi del dolo o della colpa).

<sup>(71)</sup> Per tale osservazione, PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 43; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 87 (« Si pensi al caso in cui io acquisti un immobile alla condizione sospensiva di venire trasferito nella città in cui esso è situato: non è pensabile che l'ordinamento — pur di sanzionare il comportamento della mia controparte — mi tenga avvinto ad una « serie effettuale » non rispondente al mio interesse, come *ab origine* manifestato »).

<sup>(72)</sup> GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit.; COSENTINI, *Condicio impossibilis*, cit., p. 161 ss.; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 115 ss.

<sup>(73)</sup> Sulla regola classica « *liber est, quia per heredem stare videtur, quo minus condicionem impleat* », GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit., p. 4 ss.

<sup>(74)</sup> GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit., p. 13; COSENTINI, *Condicio impossibilis*, cit., p. 167-168.



nella presunta volontà del testatore o delle parti, cioè in una presupposizione <sup>(75)</sup>, nell'irrevocabilità del consenso <sup>(76)</sup>, nella reintegrazione in forma specifica del danno subito dal beneficiario della disposizione <sup>(77)</sup>, nella sanzione per il comportamento doloso o colposo del controinteressato <sup>(78)</sup>. La dottrina più recente propende, pur senza svalutarne il profilo sanzionatorio, per considerare la finzione

---

<sup>(75)</sup> GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, cit., p. 12 ss.; ID., *Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, p. 52 ss. Ritiene che la presupposizione costituisce, in una con il carattere sanzionatorio, il fondamento dell'istituto, FAVARÒ, *L'art. 1359 c.c. e la c.d. finzione di avveramento della condizione*, cit., c. 160.

<sup>(76)</sup> PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 43 ss.

<sup>(77)</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 542. Si è peraltro correttamente rilevato (BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 116) che nell'art. 1359 c.c. « si dà per verificato non già un danno ma soltanto un fatto ».

<sup>(78)</sup> Sostengono il fondamento sanzionatorio della regola *ex art. 1159 c.c.*: STOLFI, *Culpa pro impleta condicione est*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 73, ora in *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, p. 444; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 282 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 206 (secondo il quale la sanzione scatta « ogni qual volta si modifica arbitrariamente da uno dei soggetti la dose di incertezza dell'evento »); NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 469 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 589; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 184-185; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1105; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 798; TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 823 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 257, nota 46; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 250; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 527-528; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 607; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 316; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 103 ss.

Nello stesso senso la giurisprudenza: cfr., tra le altre, Cass. 16 novembre 1960 n. 3071, in *Giust. civ.*, Rep. 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 90; Cass. 17 febbraio 1968 n. 555, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 221-222; Cass. 22 marzo 1969 n. 926, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1720; Cass. 4 aprile 1972 n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1990, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 1604, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 209 ss.; Cass. 20 aprile 1979 n. 2224, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 222 ss.; App. Milano 20 giugno 1980, in *Arch. civ.*, 1980, p. 1072, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 237 ss.; Cass. 13 aprile 1985 n. 2464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 610, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 233 ss.; Cass. 9 agosto 1996 n. 7377, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 293; Cass. 16 ottobre 1998 n. 10265, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 373.

È stato peraltro evidenziato (BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 116) che l'art. 1359 c.c. presuppone un fatto (il comportamento di uno dei contraenti), e non la prova del danno.

in esame applicazione del generale criterio di buona fede sancito dall'art. 1358 (79). La buona fede è un concetto elastico, rientrante nell'ambito dei c.d. *standards* valutativi, o clausole generali (80) la cui funzione primaria è quella di adeguare la risposta dell'ordinamento a situazioni di interesse originariamente indeterminate ed inattuali, suscettibili quindi come tali di una naturale evoluzione verso una maggior precisione e determinatezza (81). I suddetti *standards* (tra i quali rientra il canone di buona fede in oggetto) costituiscono — secondo l'autorevole opinione da ultimo citata — strumenti di adattamento degli effetti giuridici ai valori espressi dai fatti giuridici, in-

---

(79) Per il collegamento della finzione di avveramento con la violazione del dovere di buona fede ex art. 1358 c.c., cfr. in dottrina SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 309 ss.; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 798; TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 811 ss. (ivi, alla nota 5, citazioni di pandettisti tedeschi che già ravvisavano, in un'ottica analoga, la contrarietà a buona fede in ogni comportamento che, interferendo sull'avveramento della condizione, si espliciti in direzione contraria allo « spirito » o allo « scopo » del negozio); BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 120 ss. (ove si evidenzia il ruolo della buona fede, quale strumento atto « ad impedire la realizzazione di risultati sostanzialmente ingiusti. Più in particolare, essa reagisce al comportamento della parte che, contando proprio sul tipo di efficacia di certi meccanismi dello *strictum ius*, mira alla realizzazione dei propri interessi senza alcun riguardo agli interessi dell'altra »); MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 250; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 343 ss.; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 5; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 140; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 87 ss.; VITUCCI, *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, cit., p. 9 ss. (ove un collegamento con la teoria dell'abuso del diritto).

In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 18 novembre 1996 n. 10074, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, p. 710.

Il rimedio della finzione di avveramento è espressamente collegato alla violazione del dovere di buona fede nella Relazione al codice civile (n. 620), nonché dal par. 162 del B.G.B. tedesco.

(80) FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, cit., p. 369 ss.

(81) FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 387 ss. Sulla funzione di adeguamento, svolta dall'ordinamento nei contratti ad esecuzione differita al fine di « adeguare il rapporto o la situazione giuridica alla situazione esterna di fatto o alla nuova situazione interna di fatto in conseguenza dell'alterazione degli interessi come esistenti al momento della costituzione del rapporto o della situazione giuridica », cfr. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 124 ss.

dispensabili nel processo di determinazione progressiva della realtà giuridica, sia in ragione della necessaria astrattezza delle norme giuridiche, in cui vi è solo una « precognizione assiologica » dei fatti e dei valori da esse manifestati, sia « quando il fatto mette in gioco più valori giuridici in posizione di possibile conflittualità ma tutti perfettamente conoscibili e la decisione sul valore prevalente non possa essere fatta in astratto, e dunque in anticipo rispetto al momento della predeterminazione dell'effetto, e venga di conseguenza rimessa al momento in cui, concretatasi la previsione normativa del fatto, i valori in campo si definiscono nel rispettivo loro peso e nella rispettiva loro portata attuali ». Questi concetti trovano applicazione anche al processo di progressiva attuazione della norma *casuale* <sup>(82)</sup>, originata dal programma negoziale sottoposto a condizione, in cui, per necessità di cose, i soggetti operano una « precognizione » degli interessi da regolare al momento della formazione dell'atto, e proprio in funzione dell'indeterminatezza e/o inattualità delle suddette situazioni di interesse, e della possibile interferenza di ulteriori eventi e situazioni, rinviando ad un successivo momento la definitiva attuazione del programma. In quest'ottica, la regola di buona fede sancita dall'art. 1358 c.c. costituisce il necessario momento di raccordo tra la « precognizione » iniziale e l'attuazione dell'interesse negoziale, garantendo una considerazione dinamica delle situazioni di fatto, sia pure alla luce dell'originaria ripartizione dei rischi convenuta dalle parti.

La disciplina della finzione di adempimento, in quanto applicazione del criterio di buona fede, non può che ritenersi finalizzata sia a colpire il comportamento di mala fede del contraente controinteressato, svolgendo quindi una funzione sanzionatoria, sia, contemporaneamente, a realizzare nel miglior modo l'interesse del contraente innocente anche alla luce delle *circostanze sopravvenute*. Ciò giustifica, per un verso, l'inapplicabilità della finzione allorché la stessa si tradurrebbe in un danno per il contraente innocente; per altro verso, giustifica una *considerazione dinamica degli interessi in gioco*, nella loro concreta evoluzione durante il periodo di pendenza, senza consentire la cristallizzazione di principi come quello, ripetuto in giurisprudenza, che la finzione non po-

---

(82) Sulle norme casuali, in rapporto all'attuazione spontanea del diritto, cfr. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, cit., p. 434 ss.

trebbe essere invocata dalla parte che ha « interesse all'avveramento » della condizione <sup>(83)</sup>. D'altra parte, anche la formula legislativa *ex art. 1359 c.c.* (« interesse contrario all'avveramento ») deve essere intesa in senso elastico, conformemente del resto alla sua tradizione storica: l'interesse all'avveramento può essere sia interesse al verificarsi dell'evento condizionante in quanto realizzatore di un dato interesse esterno, sia interesse all'efficacia negoziale *sic et simpliciter* (come avveniva, per esempio, nell'ipotesi romana dello *statuliber*, il cui interesse non era tanto quello di pagare l'erede, quanto quello di acquistare la libertà).

In tutti i casi in cui la finzione di avveramento non opera, la violazione del criterio di buona fede costituirà, peraltro, fonte di un obbligo di risarcimento dei danni <sup>(84)</sup>, oltre che eventualmente di risoluzione del contratto per inadempimento <sup>(85)</sup>.

<sup>(83)</sup> Cfr. le sentenze citate *supra*, nota 66 di questo Capitolo. Coglie esattamente il punto BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 33 ss., il quale evidenzia che la regola di buona fede *ex art. 1358* deve estendersi al comportamento di *tutte le parti contraenti*.

<sup>(84)</sup> Sul risarcimento del danno in caso di violazione dell'obbligo di buona fede *pendente condizione*, anche quando ciò non comporti applicabilità dell'*art. 1359 c.c.*, SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 311 ss.; TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 825; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 222 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 12; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 88 e p. 96 (che ritiene spettare il risarcimento anche in concorso con il rimedio della finzione di avveramento); VITUCCI, *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, cit., p. 21-22. *Contra*, GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 220 ss. Per la risarcibilità del solo interesse negativo, SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 312; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 141, nota 59. Secondo CARUSI, *op. ult. cit.*, p. 96, in pendenza della condizione è risarcibile il solo interesse negativo a non concludere un contratto inutile; avveratasi la condizione, potrà essere risarcito il danno positivo.

In giurisprudenza, v. Cass. 14 agosto 1953 n. 2736, in *Foro it.*, 1954, I, c. 471; Trib. Firenze 18 aprile 1955, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1543; Cass. 15 novembre 1960 n. 3042, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1031; Cass. 9 gennaio 1961 n. 21, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1031; Cass. 22 marzo 1969 n. 926, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1720; Cass. 10 aprile 1970 n. 981, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 961; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 209 ss.

<sup>(85)</sup> Per la risolubilità del contratto per inadempimento *ex artt. 1453 ss. c.c.*, anche durante la fase di pendenza, ANDRIOLI, *Negozio condizionato e risoluzione per inadempimento*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, p. 467 ss.; PERLINGIERI, *I negozi*

In dottrina si è tentata una casistica <sup>(86)</sup> delle varie fattispecie condizionali, al fine di valutare caso per caso l'applicabilità della regola della finzione. Questa « disaggregazione » <sup>(87)</sup> delle varie ipotesi, più che un'utilità classificatoria, ha dimostrato, in realtà, che è solo in base alle concrete situazioni di interesse che può valutarsi, volta per volta, l'applicabilità della norma <sup>(88)</sup>: ciò, lungi dal rinviare all'arbitrio dell'interprete, costituisce coerente applicazione del canone di buona fede, per sua natura elastico, e predisposto dall'ordinamento proprio al fine di evitare rigidità ed automatismi non funzionali alla reale tutela degli interessi in gioco.

---

*su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 219 ss.; BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 184, nota 9; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 105; PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 325-326, nota 72; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 290; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 314; CARRESI, *Il contratto*, II, p. 610 ss. (secondo il quale sarebbe ammissibile l'azione di risoluzione in fase di pendenza, ma la sentenza dovrebbe essere a sua volta condizionata all'avveramento della condizione); CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 96. In giurisprudenza, Cass. 10 febbraio 1944 n. 79, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, p. 467; Cass. 10 aprile 1970 n. 981, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 961, ed in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 378; Cass. 20 luglio 1971 n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2485, con nota di ROPPO, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1361, con nota di BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 217 ss.; Cass. 10 luglio 1972 n. 2325, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1362; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Foro it.*, 1975, II, 1990, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 209 ss.; Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 47; Cass. 2 giugno 1992 n. 6676, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1308; Cass. 3 aprile 1996 n. 3084, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2259.

*Contra*, App. Milano 4 marzo 1994, in *Società e dir.*, 1994, p. 508, con nota di PICONE; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 458; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 764; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 220 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 95.

Esclude che si possa parlare di inadempimento in pendenza della condizione BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 122 ss., e p. 140-141.

<sup>(86)</sup> TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 812 ss.; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 87 ss.

<sup>(87)</sup> Cfr. la formula in CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 89.

<sup>(88)</sup> Per la necessità di valutazione in concreto dell'« interesse contrario » all'avveramento della condizione, vedi, oltre alla dottrina citata alle note 522 e 523, PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 32; Cass. 5 novembre 1985 n. 5360, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, I, p. 1619; Cass. 13 aprile 1985 n. 2464, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 233 ss.

Ancora una volta, le norme di diritto positivo dimostrano quindi che la questione della *scindibilità* della condizione dal programma negoziale non è risolubile con criteri astratti di matrice concettualistica, ma solo di volta in volta. La disciplina della finzione, peraltro, introduce un ulteriore elemento nella dinamica del fenomeno condizionale, consentendo di tener conto, nell'ambito del criterio di buona fede, dell'evoluzione degli interessi dei contraenti, che possono mutare durante la fase di pendenza: in questi limiti, è ipotizzabile una *scindibilità sopravvenuta* della clausola condizionale, che modifica una situazione di originaria inscindibilità<sup>(89)</sup>, ovvero una vicenda diametralmente opposta.

27. *Le conseguenze della nullità della condizione meramente potestativa: nullità dell'intera disposizione condizionata e valutazione del profilo della scindibilità. Condizioni meramente potestative valide.*

L'art. 1355, nel disciplinare la nullità della condizione sospensiva meramente potestativa, sancisce anche la nullità della « alienazione del diritto » o della « assunzione dell'obbligo » sottoposti a condizione dipendente, rispettivamente, dalla mera volontà del-

---

<sup>(89)</sup> Parzialmente diversa è la posizione di TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 824, secondo il quale la scindibilità della condizione « può ammettersi quando il negozio sia condizionato all'esecuzione di una prestazione al fine di realizzare uno scopo minore e accessorio; deve recisamente negarsi invece nelle altre ipotesi, in cui le parti subordinano l'efficacia del negozio a un evento, in mancanza del quale il negozio stesso sarebbe per loro, o per una di loro, ineseguibile, eccessivamente oneroso, dannoso o inutile ». L'Autore ritiene che, in quest'ultimo caso, operi comunque la finzione di avveramento, ma non già in conseguenza della scindibilità della clausola condizionale, bensì ad esclusivo titolo di sanzione contro il comportamento scorretto di uno dei contraenti, ritenendo che solo nella valutazione di illiceità « si può giustificare la durezza di una regola che determina l'efficacia del negozio anche in situazioni in cui questo è dannoso o inutile per la parte punita ». Sembra, peraltro, che una valutazione più elastica e dinamica degli interessi in gioco legittimi una diversa conclusione: anche nelle ipotesi in cui l'interesse sottostante alla clausola condizionale sia lo stesso interesse interno negoziale, l'evoluzione durante la fase di pendenza può determinare la convenienza dello « stralcio » della clausola condizionale per il contraente innocente, anche se, inizialmente, tale scissione si manifestava incongrua e dannosa per lo stesso.

l'alienante o del debitore <sup>(90)</sup>. Diverse sono le giustificazioni addotte da dottrina e giurisprudenza con riferimento a tale disciplina.

Secondo alcuni la *ratio* sarebbe rinvenibile nella tutela dell'attualità del volere, compromessa da un rinvio della volontà <sup>(91)</sup>; il che non pregiudicherebbe, in conformità al principio di conservazione, la possibile interpretazione della fattispecie come contratto di opzione, o al limite la conversione in tal senso *ex art. 1424 c.c.* <sup>(92)</sup>. D'altra parte è stato rilevato che, conoscendo il nostro

---

<sup>(90)</sup> Secondo la prevalente dottrina, non si pone alcun problema di potestatività mera o semplice per le condizioni testamentarie, poiché la nullità dell'art. 1355 « non ha ragion d'essere nell'atto *mortis causa*, ove la preferenza accordata all'istituto *ex voluntate* ben potrà subordinarsi a comportamento completamente rimesso alla volontà dello stesso »: ANDRINI, *La condizione nel testamento*, cit., p. 340-341; BIANCA, *Diritto civile, II - Famiglia e successioni*, Milano, 1985, p. 112; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 217. *Contra*, AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 529, secondo il quale, trattandosi di condizione meramente potestativa, « l'istituzione deve considerarsi incondizionata, essendo chiaro che la volontà del testatore non è subordinata ad alcuna condizione e la disposizione sussiste come pura e semplice ».

<sup>(91)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7, che identifica la condizione meramente potestativa con la condizione *si volam* (la *Wollensbedingung* della dottrina tedesca), pur precisando che la riserva di volontà non costituisce condizione in senso tecnico, se non nei casi in cui essa risparmi una parte del contenuto dichiarativo. Questa impostazione, tuttavia, non chiarisce a sufficienza il perché della validità del contratto sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa rimessa alla volontà dell'alienante o del creditore, in cui pure si avrebbe riserva di volontà di una delle parti del negozio.

Più in generale, si è obiettato (SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 144) che « non può qualificarsi come condizione una fattispecie che nella sua struttura riproduce lo schema negoziale, e che funzionalmente è rivolta al conseguimento dello stesso risultato del negozio condizionato »: in tali ipotesi ricorrerebbe il diverso problema del « coordinamento degli effetti di distinte manifestazioni di autonomia privata », con conseguente « esclusione della c.d. condizione *si volam* dallo schema della condizione ». Nello stesso senso, PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 144 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 235-236.

Nel senso che la condizione meramente potestativa non è vera condizione, BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1101. Per GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 138, nella fattispecie in esame manca la volontà attuale di impegnarsi (« dichiarare "voglio se vorrò" equivale a dichiarare "per ora non voglio" »).

<sup>(92)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 298; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 90; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 297, e p. 301; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 78. Sul rapporto tra la nullità *ex art. 1355 c.c.* e la regolamentazione dell'opzione, cfr.

diritto positivo ipotesi di condizioni meramente potestative valide <sup>(93)</sup>, occorre costruire un concetto di condizione meramente potestativa che comprenda entrambe le fattispecie, sia quella valida che quella invalida. È minoritaria poi la tesi che equipara la distinzione tra potestatività mera e semplice a quella tra condizione *si volam* e *factum a voluntate pendens* <sup>(94)</sup>.

Secondo un orientamento diffuso, la mera potestatività si identifica con l'indifferenza per il titolare della potestà, intesa come assenza di sacrifici <sup>(95)</sup>, il che comporterebbe l'inapplicabilità dell'art. 1355 c.c. ai contratti con prestazioni corrispettive <sup>(96)</sup>.

---

anche PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 156 ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 267-268.

<sup>(93)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 297 e 300.

<sup>(94)</sup> PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 164 ss. Per la critica a questa ricostruzione, cfr. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 80 ss.

<sup>(95)</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 654-655; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 199; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 78. In questo senso sembra anche SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 152, ove l'affermazione che la potestà non è mera se il suo esercizio « è l'onere cui il soggetto deve sottostare per acquistare a sua volta un diritto ». In giurisprudenza, Cass. 4 giugno 1946 n. 721, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I, p. 171; Cass. 16 ottobre 1954 n. 3791, in *Foro it.*, Mass. 1954, 758.

<sup>(96)</sup> Per la validità della condizione sospensiva rimessa alla mera volontà dell'obbligato o dell'alienante nei contratti a prestazioni corrispettive, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 314, nota 1; DE MARTINI, *Profili della vendita e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 167; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 152. Cfr. anche la *Rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, diretta da Nicolò e Stella Richter, libro IV, Milano, 1971, p. 434 ss.

In senso contrario, FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 490; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 445 (sia pur dubitativamente); FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 813 ss.; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 56, nota 58; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 61-62, nota 18; Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, in *Giust. civ.*, Mass. 1975, p. 1511. Secondo COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 69, nel contratto a prestazioni corrispettive la condizione meramente potestativa è ipotizzabile solo come clausola condizionale riguardante alcuni degli obblighi generati.

In giurisprudenza si è ritenuto che la nullità ex art. 1355 si estenda anche al contratto a prestazioni corrispettive, allorché l'efficacia del contratto stesso dipenda dalla mera volontà della parte che ne trae il vantaggio principale: Cass. 8 settembre 1988 n. 5099, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 295, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 143 ss.



Si è d'altra parte ritenuto — e si tratta dell'orientamento dominante sia in dottrina che in giurisprudenza — che la mera potestatività, contrapposta alla potestatività semplice, sia rinvenibile ogni qualvolta ci si trovi di fronte ad un *arbitrio mero* <sup>(97)</sup>, non giustificato da seri motivi ed interessi apprezzabili <sup>(98)</sup>. Non sembra

---

<sup>(97)</sup> Rapportano la distinzione tra potestatività semplice e mera a quella tra discrezionalità ed arbitrio, FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 8; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 178; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLINATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, cit., p. 763; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 69 ss.

Significativa è, sul punto, la massima di Cass. 24 febbraio 1983 n. 1432, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 188: « La condizione meramente potestativa consiste in un fatto volontario il cui compimento o la cui omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal *mero arbitrio* della parte, onde nel caso in cui l'impegno da costei assunto non sia rimesso puramente e semplicemente a tale suo arbitrio, al di fuori di ogni gioco di interessi e di convenienza, ma, pur dipendendo dalla sua volontà, si presenti per essa come *alternativa capace di soddisfare il suo interesse*, non si verte nel caso di condizione meramente potestativa bensì di condizione potestativa semplice, la quale non influisce in alcun modo sulla validità del negozio ». Per l'identificazione della mera potestatività con il mero arbitrio, cfr. anche Cass. 18 aprile 1957 n. 1336, in *Giust. civ.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 186; Cass. 11 febbraio 1964 n. 304, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 778; Cass. 21 febbraio 1966 n. 532, in *Giust. civ.*, Rep. 1966, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 133; Cass. 3 marzo 1969 n. 685, in *Foro it.*, Rep. 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 213 (sulla non mera potestatività della clausola condizionale in cui l'evento dedotto sia la stipulazione di un contratto con terzi); Cass. 13 giugno 1969 n. 2116, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 128 ss.; Cass. 2 settembre 1971 n. 2602, in *Mass. Giust. civ.*, 1971, p. 1426; Cass. 22 gennaio 1972 n. 170, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1087, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, cit., p. 108 ss.; Cass. 27 giugno 1972 n. 2203, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 130-131; Cass. 3 ottobre 1973 n. 2484, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 131 ss.; Cass. 8 marzo 1974 n. 624, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 134 ss.; Cass. 8 gennaio 1979 n. 86, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 137-138; Cass. 15 marzo 1980 n. 1747, in *Riv. not.*, 1980, p. 840; *Vita not.*, 1980, p. 840; Cass. 25 gennaio 1983 n. 702, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 274 ss.; Cass. 24 febbraio 1986 n. 1113, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 140 ss.; Cass. 13 novembre 1989 n. 4785, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 708, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 148 ss.

<sup>(98)</sup> Per il riferimento alla presenza di seri ed apprezzabili motivi, in presenza dei quali si ha potestatività semplice e non mera, cfr. tra gli altri, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 314 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 534; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 586; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 795. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass. 13 maggio 1949 n. 1186, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, c. 414; Cass. 20 giugno 1951, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, p. 167; Cass. 16 febbraio 1957 n. 560, in *Giust. civ.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 187; Cass. 13 maggio 1957 n. 1689, in *Giust.*

cogliere nel segno l'obiezione, opposta a questa ricostruzione, secondo cui la serietà e meritevolezza dell'interesse, richiesta positivamente dall'art. 1322 c.c., deve ricorrere sia per la condizione meramente potestativa che per la potestativa semplice, conoscendo il nostro ordinamento ipotesi di condizioni meramente potestative valide <sup>(99)</sup>: a questa obiezione si può rispondere che un esame non astratto o meramente concettuale delle concrete fattispecie di condizione meramente potestativa evidenzia come la caratteristica propria di questa tipologia di condizioni è la *non verificabilità dell'interesse* che si tende a realizzare con il comportamento volontario dedotto in condizione.

Il punto di partenza per una corretta ricostruzione del concetto di mera potestatività deve essere il dato positivo: l'art. 1355, parlando di potestatività « mera », adotta una terminologia analoga a quella utilizzata dall'art. 1349 c.c., che si riferisce al « mero arbitrio » del terzo al quale è rimessa la determinazione dell'oggetto del contratto, in contrapposizione al « prudente apprezzamento » dell'*arbitrium boni viri* <sup>(100)</sup>; è noto che arbitrio mero è quello sganciato da ogni criterio o parametro obiettivo e controllabile, e coincide con la volontà insindacabile del soggetto cui è rimessa la decisione. In materia di condizione, ciò significa che si ha mera potestatività allorché la decisione del soggetto è insindacabile e

---

civ., Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 184; Cass. 27 giugno 1972 n. 2203, in *Giust. civ.*, Rep. 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 90; Cass. 25 gennaio 1983 n. 702, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 189.

Trasponendo la definizione dal piano dei motivi al piano degli interessi, si è ritenuto che la distinzione tra potestatività semplice e mera non può fondarsi sulla non meritevolezza di tutela della mera potestatività; la meritevolezza andrebbe accertata anche per le condizioni meramente potestative, con riferimento ai singoli casi concreti: STANZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, cit., p. 732 ss.; ID., *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 16-17.

Per l'affermazione che la condizione meramente potestativa è quella portatrice di interessi non meritevoli di tutela, ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 334.

Secondo BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 60-61, gli « interessi apprezzabili » di cui sopra devono risultare espressamente e comunque univocamente dal contratto condizionale.

<sup>(99)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 298.

<sup>(100)</sup> La stessa evoluzione storica dell'istituto della condizione potestativa depone in tal senso: cfr., per il diritto romano, ARCHI, *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, cit., p. 746.

sganciata da ogni parametro obiettivo, il che equivale a dire che *non è identificabile un interesse a tutela del quale la decisione va adottata*. Viceversa, la decisione dedotta in condizione potestativa semplice è sempre verificabile e sindacabile sulla base di criteri e parametri oggettivi, che consentono quindi l'intervento del giudice nell'ipotesi in cui la decisione medesima non sia stata assunta senza che ricorressero apprezzabili interessi a giustificazione dell'inerzia.

Ciò significa che il criterio degli « interessi meritevoli di tutela » può essere utilizzato, ai fini della distinzione che ci occupa, solo al fine di evidenziare l'inesistenza, o quanto meno la non verificabilità, di un interesse alla condizione autonomo dall'interesse causale. Significa anche che, ricorrendo un autonomo ed identificabile interesse alla condizione — ovviamente meritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.* — la condizione sarà potestativa semplice, e non meramente potestativa, anche se consista in un fatto il cui compimento non determina sacrifici od oneri per il contraente <sup>(101)</sup>, ed a prescindere dalla serietà o meno delle motivazioni psicologiche che inducono la parte stessa <sup>(102)</sup>.

Nel negozio sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa si è in presenza di un consenso attuale all'assunzione del vincolo negoziale, ma questo vincolo è reso particolarmente precario mediante il rinvio ad un *mero arbitrio dello stesso autore dell'attribuzione patrimoniale*, in corrispondenza di una sostanziale *indeterminazione dell'interesse di quest'ultimo alla condizione*: è possibile sintetizzare, riprendendo una felice definizione, affermando che l'interesse sottostante alla condizione meramente potestativa, ed in base al quale il soggetto sceglierà se porre o meno in essere il comportamento dedotto come evento condizionante, è lo stesso *interesse al contratto*, e non l'interesse ad una ulteriore e diversa azione <sup>(103)</sup>. In questo senso, può riprendersi la puntualiz-

---

<sup>(101)</sup> ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 334.

<sup>(102)</sup> ZERELLA, *op. ult. cit.*, p. 335.

<sup>(103)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 284 ss. (secondo il quale « alla base della distinzione sta la natura dei « seri e apprezzabili interessi » alla cui valutazione è collegato *a priori* l'atto di volontà dedotto in condizione. Se questo è vincolato fin dalla stipulazione del negozio condizionale alla valutazione di un piano di interessi diverso da quello proprio del negozio condizionale, ancorché la valutazione di quegli interessi sia rimessa alla discrezionalità del soggetto, la condizione dovrà qualificarsi come potestativa semplice e non potrà dirsi, ove si tratti di condizione sospensiva, che vi sia un differimento nella formazione della volontà negoziale... Per converso nel caso di

zazione che evidenzia come la condizione meramente potestativa si caratterizzi, in contrapposizione alla potestatività semplice, per l'*inesistenza di criteri obiettivi* (e, aggiungiamo, di interessi autonomi ed identificabili), controllabili dalla controparte, alla stregua dei quali valutare l'atto volontario da cui dipende l'avverarsi dell'evento condizionante <sup>(104)</sup>.

Ne emergono alcuni punti fermi. In primo luogo, è possibile affermare che *si ha condizione potestativa semplice allorché la stessa si riferisca ad un piano di interessi diverso da quello del negozio condizionale, e proprio di una sola delle parti* <sup>(105)</sup>; viceversa, di fronte ad una condizione meramente potestativa, è *impossibile individuare un interesse alla condizione che sia distinto ed autonomo rispetto all'interesse al negozio*. Si è visto che esistono numerose condizioni la cui funzione consiste nel rinviare o rendere precaria l'efficacia del negozio in corrispondenza ad un difetto di attualità, o ad una precarietà dell'interesse interno negoziale. È una caratteristica che ricorre anche nella condizione meramente potestativa, nella quale, tuttavia, *il vincolo negoziale è reso particolarmente precario* dalla predetta impossibilità di individuare l'interesse alla condizione, nei casi di condizionamento sospensivo al mero arbitrio dell'alienante o del debitore. In relazione a tale insostenibile precarietà del vincolo <sup>(106)</sup>, incompatibile con la tutela reale dell'aspet-

---

condizione sospensiva meramente potestativa gli interessi dalla cui valutazione è fatta dipendere la futura manifestazione di volontà sono proprio quelli che attengono alla causa del negozio e quindi in tal caso la volontà negoziale non potrà dirsi già formata »); BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 520-521. Per questa impostazione, che risale alla pandettistica, cfr. anche NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 445; GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1316, nota 58. In giurisprudenza, Cass. 17 marzo 1955 n. 791, in *Mass. Giur. it.*, 1955, c. 181-182; Cass. 14 gennaio 1967 n. 140, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 550, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 158: « La condizione potestativa differisce, infatti, dalla condizione meramente potestativa non in quanto con la stipulazione della prima sorga a carico della parte l'obbligo di tenere il comportamento previsto, ma solo in quanto è configurabile un *interesse* che, peraltro, il soggetto rimane pienamente libero di soddisfare, o meno ».

<sup>(104)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 299.

<sup>(105)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 284 ss.; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 335.

<sup>(106)</sup> Occorre rammentare che la dottrina non ritiene nulla la condizione sospensiva meramente potestativa, né la corrispondente attribuzione patrimoniale,

tativa in fase di pendenza e con le altre norme proprie del negozio condizionale <sup>(107)</sup>, l'ordinamento reagisce determinando la caducazione dell'intera disposizione condizionata sospensivamente all'arbitrio dell'alienante o del debitore, e ciò anche ove con tale mero arbitrio concorra un evento casuale <sup>(108)</sup>.

Ovviamente, affinché ricorra mera potestatività è necessario che il comportamento del contraente sia libero ed arbitrario: ciò significa che, nonostante l'indeterminatezza dell'interesse alla condizione potestativa, questa sarà valida allorché il comportamento di una delle parti, dedotto in condizione, sia *obbligatorio* e non facoltativo <sup>(109)</sup>.

L'ordinamento valuta, viceversa, non insostenibile la precarietà del vincolo, e quindi fa salva la validità della disposizione, allorché

---

allorché l'attività rimessa alla mera volontà del debitore o dell'alienante non sia diretta a mettere in forse la stabilità del contratto, ma piuttosto a rafforzarla: così, nell'ipotesi di condizione unilaterale, si è correttamente affermato che la decisione del contraente nel cui interesse è apposta la condizione sospensiva di « rinunziarvi » o meno è diretta, sostanzialmente, a far produrre al contratto i suoi effetti anche se la condizione non si è avverata: cfr. sul punto SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare*, cit., c. 556, e nota 12; GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, cit., p. 1200 ss. In giurisprudenza, ricollega la sanzione di nullità *ex art.* 1355 c.c. alla sostanziale negazione del vincolo obbligatorio, Cass. 27 giugno 1972 n. 2203, in *Giust. civ.*, Rep. 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 90.

Generalizzando tali conclusioni, è possibile affermare che anche la condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte debitoris* è valida allorché il negozio sia inefficace per altri motivi, e la previsione condizionale sia apposta al fine di rimediare a tale inefficacia, rimettendone la decisione al debitore od all'alienante.

<sup>(107)</sup> Per questa motivazione, cfr. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 77 ss.

<sup>(108)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 289.

<sup>(109)</sup> MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, p. 51-52, e p. 95, secondo il quale « quando il fatto dipenda esclusivamente dalla volontà di una parte o di entrambe le parti, esso in tanto potrà costituire una condizione dell'effetto negoziale, in quanto sia oggetto di un obbligo... la condizione rimessa alla volontà della parte o delle parti, per non essere potestativa deve essere obbligatoria ». Lo stesso A. (p. 38) afferma però anche che l'unico criterio per distinguere condizioni potestative mere o semplici è « quello fondato sull'indagare se il fatto condizionante, rimesso alla volontà della parte, sia destinato a realizzarsi prima o dopo che venga prodotto il comando negoziale ». In giurisprudenza, per l'esclusione della mera potestatività allorché sia prevista una penale a carico del soggetto che deve realizzare, con il suo comportamento, l'avveramento della condizione, Cass. 22 gennaio 1972 n. 170, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1087.

la condizione meramente potestativa sia *risolutiva* <sup>(110)</sup>, ovvero quando la condizione sia sospensiva, ma rimessa al mero arbitrio dell'acquirente o del creditore <sup>(111)</sup>, o anche al mero arbitrio di un

---

(<sup>110</sup>) La dottrina assolutamente dominante è per la validità della condizione risolutiva meramente potestativa: cfr., tra gli altri, NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 443; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 465; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 535; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 586; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 178; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 146-147; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1086-1087; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 105-106; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 292 ss., e nota 24, e p. 314 ss.; STANZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, cit., p. 766 ss.; ID., *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 109 ss.; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, cit., p. 763; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 8; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 138; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 297 e 300; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 71 ss.

Secondo SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 153-154, occorre invece distinguere a seconda che il soggetto del rapporto sia un debitore di fare, o di *patti*, o di dare, o un alienante.

Nel senso della validità della condizione risolutiva meramente potestativa, cfr. in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 14 luglio 1951 n. 1968, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, I, p. 121; Cass. 24 luglio 1951 n. 2097, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 193; Cass. 13 maggio 1957 n. 1689, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 189; Cass. 22 febbraio 1968 n. 606, in *Foro it.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 179; Cass. 22 gennaio 1972 n. 170, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1087; Cass. 18 settembre 1974 n. 2504, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3022; Cass. 15 marzo 1980 n. 1747, in *Riv. not.*, 1980, p. 840; Cass. 18 novembre 1981 n. 6107, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Servitù*, n. 15, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 166 ss.; Cass. 16 novembre 1985 n. 5631, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 162, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.; Cass. 25 gennaio 1992 n. 812, in *Riv. not.*, 1993, p. 489; *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 128.

L'art. 222 del Progetto ministeriale prevedeva la nullità sia per la condizione sospensiva che per quella risolutiva: quest'ultima è stata poi eliminata, sul rilievo del parallelismo tra condizione risolutiva meramente potestativa e recesso, che risponde a necessità pratiche e giuridiche (Atti Commissione Assemblea legislativa, verbale n. 6, p. 96). Sui rapporti tra condizione risolutiva potestativa e recesso, cfr. *infra*, paragrafo 48.

(<sup>111</sup>) Per la validità della condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte creditoris* è la dottrina assolutamente prevalente: NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 443; FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 818-819, e 824; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 657; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 586; ID., *Il contratto in genere*, cit., p. 178; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 534-535; BARBERO, *Condizione (dir. civ.)*, cit., p. 1103; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso*

terzo <sup>(112)</sup>, ovvero ancora quando il negozio non determini attribuzioni patrimoniali <sup>(113)</sup>.

---

ad nutum, cit., p. 142; STANZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, cit., p. 761 ss.; ID., *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 101 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 297 e 300; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 152; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 77 (il quale ritiene che l'invalidità ex art. 1355 c.c. scaturisce dalla « contraddizione tra la condizione e la manifestazione di una volontà contrattuale onerosa, capace di ingenerare nella controparte un affidamento »). Secondo ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 343 ss., la validità di questo tipo di condizione andrebbe limitata ai casi in cui non è tutelato l'interesse del debitore al mantenimento in vita dell'obbligazione; non sembra, peraltro, che sussistano limiti all'autonomia privata, ove si intenda, per qualsiasi tipo di obbligazione, rimettere preventivamente all'arbitrio del creditore la sorte del rapporto obbligatorio, tenendo anche conto che, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive, il creditore sarebbe nel contempo debitore della controprestazione, e quindi l'eventuale condizione sospensiva meramente potestativa andrebbe valutata anche alla luce dell'art. 1355 c.c.

In giurisprudenza, per la validità, Cass. 31 marzo 1947 n. 489, in *Foro it.*, Rep. 1947, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 135; Cass. 16 febbraio 1957 n. 560, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 190; Cass. 12 febbraio 1960 n. 216, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 166; Cass. 12 dicembre 1962 n. 3331, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1783, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 285 ss.

*Contra*, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 294 ss., e nota 28 (il quale ritiene che la nullità della condizione in oggetto discenda « dal difetto attuale di accordo in ordine al regolamento di interessi per così dire finale... sicché l'art. 1355 c.c., in quanto superflua e parziale applicazione di questo principio, non può prevalere su di esso e limitarne la portata »; difetterebbe inoltre il requisito della estrinsecità, poiché « non può dirsi « estrinseca » una dichiarazione che abbia l'esclusiva funzione di realizzare proprio il piano di interessi in cui si concreta la causa del negozio »). La confutazione dell'opinione di Pelosi — a parte quanto già abbondantemente detto in ordine all'estrinsecità — deriva da quanto *infra* dimostrato nel testo.

Non appare quindi condivisibile neanche l'opinione di FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 819, secondo il quale la differenza di trattamento tra condizioni sospensive meramente potestative *ex parte debitoris* e *creditoris* non abbia fondamento logico.

Da rilevare, infine, che — ai fini della disciplina tributaria (art. 27, comma 3, del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131) — il negozio sottoposto a condizione sospensiva il cui avveramento dipende dalla mera volontà dell'acquirente o del creditore è equiparato al negozio non condizionato, non potendosi evidentemente far dipendere il prelievo tributario dal mero arbitrio di uno dei soggetti del rapporto.

<sup>(112)</sup> Per questa figura di condizione meramente potestativa, sulla cui validità non si dubita da alcuno, MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 308, nota 123. Secondo FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 151, non può parlarsi di condizione potestativa allorché il suo avveramento dipende dalla volontà di un

Secondo un orientamento assolutamente minoritario, invece, le fattispecie positivamente previste di *condizioni risolutive meramente potestative* andrebbero interpretate restrittivamente, risultandone confermata la tassatività e, al di fuori di esse, l'invalidità anche di questo tipo di condizioni <sup>(114)</sup>. Sembra maggiormente aderente al sistema positivo l'orientamento prevalente, in base al quale le limitazioni all'apponibilità, o comunque all'operatività delle condizioni risolutive meramente potestative sono solo quelle desumibili da espresse norme di legge. Un caso particolare è quello della donazione: è consentito, al donante, stipulare la reversibilità dei beni donati solo in determinati casi (premorienza del donatario ed eventualmente dei suoi discendenti), e la riserva di disporre solo per « qualche oggetto compreso nella donazione » o « una determinata somma sui beni donati ». La formulazione di tali norme giustifica l'opinione più restrittiva, che nega l'ipotizzabilità di condizioni risolutive meramente potestative nella donazione, al di fuori di quelle espressamente previste <sup>(115)</sup>, e trova il proprio fondamento nell'esigenza — propria della donazione come in genere degli atti di liberalità, caratterizzati dall'assenza di un interesse patrimoniale del disponente — di limitarne l'arbitrio al fine di garantire la serietà dell'attribuzione patrimoniale: un residuo, probabilmente, del principio *donner et retenir ne vaut*.

---

terzo assolutamente estraneo, sia alla costituzione della fattispecie condizionale che al rapporto che da essa scaturisce.

<sup>(113)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 300-301, ritiene valida « ogni condizione meramente potestativa, sia essa *sospensiva* che *risolutiva*, e rimessa al fatto volitivo di *qualsiasi parte*, che risulti apposta ad un atto negoziale (patrimoniale) ad effetti *diversi* dalla alienazione di un diritto o dalla assunzione di un obbligo ».

<sup>(114)</sup> Per l'invalidità delle condizioni risolutive meramente potestative, BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1103 (secondo il quale la condizione risolutiva meramente potestativa sarebbe nulla, con applicazione della regola *vitiatur sed non vitiat*, traducendosi in un ampio *ius poenitendi*, incompatibile con il principio di stabilità contrattuale desumibile, tra l'altro, dall'art. 1372 c.c.); RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 795 ss. (anch'egli sulla base delle disposizioni degli artt. 1372 e 1373 c.c., e ritenendo che in tal caso la condizione *vitiatur sed non vitiat*); SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 199.

<sup>(115)</sup> BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 499. Secondo GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 118-119, la riserva di disporre potrebbe anche essere estesa all'intero oggetto della donazione, ma l'opponibilità ai terzi sarebbe « eccezionalmente consentita, invece, quando la clausola riguardi solo una parte dei beni formanti oggetto di donazione ».



Si rende peraltro necessario, a tal proposito, un approfondimento circa la valutazione, da parte dell'ordinamento, delle condizioni meramente potestative. La tesi tradizionale interpreta l'art. 1355 come norma statuente una vera e propria nullità della condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte debitoris*. La norma, peraltro, è stata variamente interpretata, ritenendosi da alcuni che la nullità investa la sola attribuzione patrimoniale condizionata <sup>(116)</sup>, da altri che, viceversa, sia nullo l'intero negozio <sup>(117)</sup>. Una corretta interpretazione del testo legislativo induce peraltro a diverse conclusioni: l'art. 1355 dichiara nulla « l'alienazione del diritto » o « l'assunzione dell'obbligo », quindi, in sostanza, l'effetto giuridico scaturente dal negozio. Ma di un effetto giuridico non può essere predicata la nullità in senso tecnico (nel senso cioè presupposto dagli artt. 1418 ss. c.c.), bensì l'inesistenza <sup>(118)</sup>, o il mancato sorgere: *nullità dell'effetto giuridico significa, in altri termini, inefficacia del programma negoziale*. Sotto tale profilo, la norma si caratterizza invero, rispetto alle altre dispo-

---

<sup>(116)</sup> FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 821 ss.; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 99 (con riferimento all'ipotesi di condizionamento parziale); MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 300; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 75 ss.

<sup>(117)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 442; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 657; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 586; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 534; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1103; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 199; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 78.

Sembra, in realtà, che la sanzione di « nullità », espressamente prevista limitatamente alla prestazione condizionata, debba estendersi all'intero negozio solo in presenza di quella essenzialità che l'art. 1419 c.c. richiede affinché il vizio di una singola parte del programma negoziale si trasmetta alla totalità del negozio medesimo (arg. ex art. 1354, 3° comma, c.c.): in tal senso STANZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, cit., p. 758 ss.

<sup>(118)</sup> Correttamente, in questo senso, FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 821: « tanto l'art. 1355, quanto il vecchio art. 1162, non dichiarano nullo il contratto (come fa ad esempio oggi l'art. 1354), bensì l'obbligazione che da esso dovrebbe nascere. Ora, che cos'altro può significare, in questo caso, « obbligazione nulla » se non « obbligazione giuridicamente inesistente », appunto perché fondata su di una dichiarazione contrattuale (« se vorrò ») giuridicamente irrilevante? Ma quest'irrilevanza della dichiarazione del promittente, che è poi relativa, non v'è alcuna ragione di estenderla anche all'altra dichiarazione contrattuale, quella del promittente, sì da paralizzare l'intero contratto ».

zioni sulla condizione, per una formulazione involuta, focalizzata sull'obbligazione (o comunque sull'effetto) e non sul negozio, residuo dell'impostazione propria del codice civile del 1865 <sup>(119)</sup>.

Questa ricostruzione è dotata, del resto, di una maggior coerenza sistematica, rispetto alla tradizionale tesi della nullità: occorre rammentare, infatti, che le parti possono liberamente pattuire un'opzione, con la quale il debitore o l'alienante rimane libero di assumere o meno il vincolo. Non avrebbe senso — vista la sostanziale vicinanza delle situazioni di interesse — considerare pienamente valido ed efficace il contratto di opzione, e, viceversa, sanzionare con la nullità il contratto sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa. In realtà, ciò, che ripugna all'ordinamento è assistere il negozio obbligatorio o traslativo con la tutela reale tipica della condizione sospensiva <sup>(120)</sup>, allorché il vincolo sia per sua natura precario (o addirittura inesistente), come avviene nelle ipotesi in esame. L'attenzione deve allora spostarsi sul profilo funzionale e quindi causale delle rispettive fattispecie: il negozio di opzione è valido, come è noto, allorché l'assunzione unilaterale del vincolo risulti causalmente giustificata <sup>(121)</sup>. Il nego-

---

<sup>(119)</sup> L'attuale art. 1355 c.c. riprende quasi testualmente il disposto dell'art. 1162 del codice abrogato, che recitava: « È nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione, che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato ». Su tale aspetto, cfr. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 70 ss.

Sulla formulazione delle altre norme sulla condizione contenute nel codice civile del 1865 con riferimento all'obbligazione e non al contratto, cfr. *supra*, note 30 e 31 del Capitolo I.

<sup>(120)</sup> L'art. 1357 c.c., subordinando gli effetti degli atti di disposizione delle situazioni giuridiche scaturenti dal negozio condizionale all'avveramento della condizione, rende in realtà opponibile ai terzi acquirenti ed ai creditori delle parti la condizione medesima. Cfr. sul punto LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 29, nota 66: « Poiché infatti la pendenza condizionale attribuisce all'acquirente sotto condizione sospensiva una aspettativa c.d. reale, opponibile cioè ai terzi aventi causa dall'alienante (art. 1357), l'ordinamento non può consentire che anche nei casi in discorso, in cui un contratto perfetto e vincolante non c'è ancora, il titolare dell'opzione o comunque l'avente diritto al contratto possa vantare una posizione opponibile *erga omnes* prima ancora della conclusione del contratto ».

<sup>(121)</sup> Sull'autonomia causale del contratto di opzione rispetto al contratto definitivo, cfr. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 48; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 481-482; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 271; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 258 ss., e II, cit., p. 311; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti*

zio sospensivamente (e meramente) condizionato *ex parte debitoris*, salva l'evidente diversità tra le due fattispecie (la prima negozio preparatorio, la seconda negozio definitivo) sarà parimenti valido alle stesse condizioni, fermo restando — e questa è la portata precettiva dell'art. 1355 c.c. — che non sarà possibile alcuna qualificazione attuale in termini di obbligo o di impegno traslativo della prestazione condizionata, essendo il negozio, *in parte de qua*, inefficace; non essendovi un effetto giuridico da condizionare, non vi sarà neanche una condizione produttiva degli effetti suoi propri. In altri termini, la clausola condizionale produce, qui, il peculiare effetto di inficiare la stessa disposizione condizionata, eliminandone la compatibilità con il *vinculum iuris*, e ne rimane essa stessa travolta. Ove poi la rimanente efficacia negoziale non possa causalmente giustificarsi e quindi sopravvivere alla suddetta vicenda, si realizzerà una vera e propria *nullità del negozio per mancanza di causa*.

Quanto sopra giustifica per altro verso — in conformità alla lettera della legge ed alla dominante dottrina e giurisprudenza — la piena validità ed efficacia del negozio in cui sussista una condizione risolutiva meramente potestativa (in cui un vincolo attuale esiste certamente), ma anche una *condizione sospensiva rimessa al mero arbitrio dell'acquirente o del creditore*. Per valutare appieno la valenza effettuale di quest'ultima fattispecie occorre por mente al fatto che l'ordinamento consente la valida ed efficace assunzione di un *vinculum iuris* con atto unilaterale, allorché dal negozio scaturiscano solo conseguenze favorevoli per il destinatario, e fatta salva la facoltà di rifiuto di quest'ultimo: l'evoluzione dottrinale degli ultimi due decenni, e la più moderna ricostruzione dogmatica delle categorie del contratto e del negozio unilaterale, ha fatto giustizia della tesi che postulava la necessaria bilateralità nel procedimento di formazione del negozio attributivo di diritti <sup>(122)</sup>. Se ciò è vero,

---

*in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, cit., p. 187 ss. Secondo App. Milano 5 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 488, è nulla per mancanza di causa l'attribuzione del diritto di opzione per l'acquisto di un bene a prezzo prefissato senza la previsione di un apposito corrispettivo.

<sup>(122)</sup> Per il superamento del dogma della bilateralità, e la rivalutazione del contratto a formazione unilaterale, nonché del negozio unilaterale immediatamente produttivo di effetti nella sfera del destinatario, cfr. soprattutto SACCO, *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, in *Studi per Greco*, II, Padova, 1965,

si giustifica pienamente, da un punto di vista sistematico, che — essendo valido il negozio unilaterale contenente solo il vincolo dell'alienante o del debitore, e con effetti subordinati al rifiuto dell'oblato — sia *altrettanto valido il negozio a formazione bilaterale in cui l'effetto giuridico sia rimesso al mero arbitrio dell'acquirente o del creditore* <sup>(123)</sup>. Né può accogliersi la tesi che identifica senz'altro il negozio così condizionato con il patto di opzione <sup>(124)</sup>: l'interpretazione sistematica delle norme del codice induce a ritenere che il legislatore abbia concesso una duplice possibilità: quella di stipulare un contratto con funzione preparatoria (l'opzione) con vincolo unilaterale rilevante solo *inter partes*, e quella di porre in essere un negozio definitivo, condizionato sì al mero arbitrio del creditore ma idoneo nel contempo a dar luogo a situazioni giuridiche rilevanti anche nei confronti dei terzi, giusto il meccanismo dell'art. 1357 c.c.; nessun pregiudizio, infatti, può derivare ai terzi dal fatto che l'evento condizionante sia rimesso all'arbitrio di una delle parti. E tenuto conto, altresì, della possibile scindibilità, in alcuni casi, della clausola condizionale meramente potestativa dal negozio. Opzione e contratto sottoposto a condizione meramente potestativa sono quindi fattispecie diverse sia

---

p. 951 ss.; Id., *Il contratto*, I, cit., p. 37 ss.; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

<sup>(123)</sup> STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 108-109, evidenzia la differenza di *ratio* rispetto all'ipotesi contemplata nell'art. 1355 c.c., poiché, « allorquando l'assunzione di un obbligo dipenda dalla mera volontà del creditore, non viene in discussione la serietà dell'impegno »; pur ritenendo, nel contempo, che « soltanto una valutazione della singola e concreta ipotesi può render conto dell'ammissibilità oppure no di detta condizione ».

<sup>(124)</sup> Per l'identificazione tra condizione sospensiva meramente potestativa (*si volam*) e patto di opzione, PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 164; GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1315, nota 56; FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 820 ss.; VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 580 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 522 (« La condizione sospensiva meramente potestativa, se risponde ad un serio intento negoziale, si traduce in un diritto di opzione in quanto la riserva di esprimere la volontà in ordine all'efficacia del contratto vuol dire che la parte si riserva il diritto di accettare la dichiarazione dell'altra »); BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, cit., p. 129-130.

In senso contrario, tra gli altri, SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita*, cit., c. 578.

sotto il profilo strutturale <sup>(125)</sup>, sia sotto il profilo effettuale, sia infine sotto il profilo assiologico e funzionale <sup>(126)</sup>: esse tutelano interessi diversi, e precisamente stadi diversi del processo formativo del consenso, cui l'ordinamento riconnette effetti diversificati <sup>(127)</sup>.

---

<sup>(125)</sup> Rileva esattamente TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 40, nota 16, che la condizione « è integrata da un evento estraneo alla formazione del contratto, il quale è perfetto in tutti i suoi elementi: condizione in senso tecnico-giuridico non è — né può essere — un elemento essenziale quale è l'accettazione contrattuale, senza la quale non ha contratto. Ecco perché mentre l'art. 1355 attiene al contratto concluso, ma sottoposto ad un evento fatto dipendere dalla mera volontà di una parte, l'art. 1331 attiene al ben diverso caso del contratto in formazione, in cui proposta ed accettazione integrano gli elementi essenziali di quello che sarà il contratto ». Cfr. anche, sul punto, il successivo paragrafo 46.

<sup>(126)</sup> CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 174, nota 98, il quale richiama i lavori preparatori, ed in particolare il fatto che la norma sull'opzione, corrispondente all'attuale art. 1331 c.c. (art. 223 del progetto preliminare del libro delle obbligazioni), già collocata subito dopo la norma sulla condizione meramente potestativa (art. 222), fu successivamente trasferita nella parte relativa alla formazione del contratto (art. 161), e quindi riprodotta interamente nell'attuale art. 1331: questo passaggio, secondo l'Autore, « ha un carattere notevole perché sposta il tema dell'opzione dalla efficacia del contratto a quello della sua formazione, con la conseguenza di una diversità di struttura, di effetti e quindi anche di interessi soggettivi e obiettivi che valgono a distinguere nettamente le due fattispecie. Il contratto di opzione ed il contratto meramente potestativo non solo sul piano esterno hanno profonde differenze, ma anche sul piano interno, perché l'adozione dei due rispettivi istituti comporta una valutazione degli interessi delle parti diversa a seconda del contratto posto in essere ».

Sebbene relative ad una diversa materia, si attagliano perfettamente, alla fattispecie in esame, le osservazioni di MANCINI, *La realtà come scelta « atipica »*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 430: « quando l'autonomia privata si esprime nella scelta del modello operativo con cui tutelare l'assetto di interessi divisi, non è il procedimento ad essere *diverso* per tutelare interessi *uguali*; ma è lo stesso interesse sottostante ad essere *diverso*... non è solo il meccanismo operativo che cambia; è lo stesso interesse, in sé considerato e nel suo concreto realizzarsi, che muta natura e significato ».

<sup>(127)</sup> GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 323-324, evidenzia incisivamente che nell'opzione, a differenza che nel negozio condizionato, si ha « una aspirazione soggettiva a fruire ancora per un certo tempo di una completa libertà di valutazione. Ora, quando l'introduzione immediata del nuovo assetto d'interessi viene esclusa in considerazione di un'esigenza soggettiva, anziché di un fatto obiettivamente accertabile, appare giustificato che il soddisfacimento di tale esigenza abbia un prezzo, esponendo a un rischio più accentuato colui che ha voluto farla valere: può essere questa un'arma, e delle più efficaci, di cui l'ordinamento si avvale per scoraggiare il moltiplicarsi, nonché l'eccessivo protrarsi, di

Tornando, infatti, alla fattispecie disciplinata dall'art. 1355, ed alla problematica dell'*inscindibilità* oggetto del presente capitolo, va posta in rilievo la *tendenziale comunicazione dell'inefficacia dalla condizione all'intera disposizione condizionata* <sup>(128)</sup>; ciò si spiega sulla base della rilevanza causale della condizione meramente potestativa, che, come si è visto, si caratterizza per la non controllabilità dell'interesse alla condizione stessa. Si giustifica, pertanto, la scelta legislativa *ex art. 1355* nel senso della *inscindibilità della clausola condizionale sospensiva meramente potestativa*, che tuttavia non può, anche in questo caso, considerarsi come assoluta, ma costituisce piuttosto espressione del principio generale, emerso anche dalle altre situazioni esaminate, che individua nelle statuizioni normative di inscindibilità delle mere presunzioni *iuris tantum*, suscettibili di venir meno allorché si dimostra, mediante la complessiva interpretazione del programma negoziale, che nell'intenzione delle parti la condizione non era inscindibile.

È certo, infatti, che espungendo una clausola condizionale siffatta, il negozio è suscettibile di riacquistare la propria idoneità programmatica: e non si ha motivo di dubitare, a tali effetti, dell'efficacia di una clausola del tipo: « se la presente condizione venisse considerata meramente potestativa, essa dovrà considerarsi come non apposta ».

Se così è, come non si ha motivo di dubitare, ne deriva che l'inefficacia dell'intera disposizione condizionale, disposta dall'art. 1355, non si produce in tutti i casi in cui emerga, dal contenuto del negozio, l'intenzione delle parti di considerare scindibile la condizione, e di far comunque sopravvivere il negozio come puro e semplice. In questo senso, può ritenersi che *l'art. 1355, come del resto l'art. 1354 c.c., sancisce non più che una presunzione di inscindibilità*, che però, nel caso in esame, difettando un interesse

---

situazioni limitanti la proprietà nell'esclusivo interesse privato». Si tratta di osservazioni condivisibili, limitatamente però alle ipotesi in cui la vigenza del programma negoziale sia rimessa all'arbitrio dell'alienante o del debitore (arg. *ex art. 1355 c.c.*), poiché, negli altri casi, l'ordinamento ritiene comunque meritevole l'interesse a fruire di un margine di valutazione, tutelando tale interesse con i congegni propri della condizione.

<sup>(128)</sup> Cass. 26 ottobre 1957, in *Giust. civ.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 182: « Qualora l'obbligazione sia subordinata a condizione meramente potestativa è nulla l'intera obbligazione, non la sola clausola recante tale condizione ».

autonomo alla base della previsione condizionale, può venir meno esclusivamente a fronte dell'univoca e precisa intenzione delle parti in senso contrario.

Alle medesime conclusioni si giunge con riferimento alle *condizioni meramente potestative non rientranti nella previsione dell'art. 1355 c.c., e quindi valide ed efficaci: alla tendenziale inscindibilità* delle stesse, dovuta all'indeterminatezza o inesistenza dell'interesse alla condizione, fa riscontro la possibilità di provare, nella concreta fattispecie, l'intenzione delle parti di rendere scindibile la condizione a fronte di particolari situazioni o evenienze.

La dipendenza della scindibilità della condizione dalle concrete situazioni di interesse sottostanti trova ora una conferma nel combinato disposto degli artt. 1469-*bis*, comma 3, n. 20, e 1469-*quinquies*, comma 1, c.c., in base al quale la clausola condizionale è *inefficace* — mentre il contratto rimane efficace per il resto — ove sia prevista in contratto « l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore ». La legge cioè, al fine di tutelare il consumatore, attribuisce incondizionata efficacia all'obbligazione del professionista, espungendo autoritativamente dal regolamento di interessi la clausola condizionale.

La possibile scindibilità della clausola condizionale meramente potestativa, sia essa valida o invalida, costituisce un elemento in più per confermare la distinzione tra contratto di opzione e contratto sospensivamente condizionato al mero arbitrio di una delle parti.

28. *Il problema della revoca, unilaterale o bilaterale, della clausola condizionale: importanza del profilo della scindibilità ai fini della soluzione del problema della revocabilità; profilo effettuale dell'atto di revoca parziale.*

Si è discusso, in dottrina, circa la revocabilità o meno della clausola condizionale. L'opinione negativa <sup>(129)</sup>, pur priva di espresse motivazioni, si giustifica probabilmente alla luce del

---

<sup>(129)</sup> ROMANO Salv., *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 162-163. L'Autore ammette la revoca parziale, avente ad oggetto singole clausole di un negozio, ma nega la revocabilità dei c.d. elementi accidentali (condizione, termine e *modus*), sostenendo che « può aversi, non una revoca della condizione

dogma di inscindibilità, più volte richiamato. Vi si contrappone l'opinione affermativa <sup>(130)</sup>, alla base della quale vi è, evidentemente, l'opposta convinzione. Entrambe le posizioni, come si è potuto riscontrare, sono viziate da unilateralità: la condizione non è in assoluto scindibile o inscindibile, e la soluzione dipende dalle concrete circostanze e situazioni di interesse programmate.

Il problema della revocabilità è essenzialmente riferito alla revoca unilaterale del contratto: la revoca bilaterale, infatti, si identifica con la figura del mutuo dissenso, disciplinato dall'art. 1372 c.c. Ciò non significa che sia preclusa ai contraenti, di comune accordo, l'eliminazione della clausola condizionale, che anzi è comunemente ammessa in giurisprudenza, e che può giustificarsi con il principio generale, desumibile dall'art. 1372 c.c., della disponibilità del contratto da parte di tutti i suoi autori <sup>(131)</sup>. Nessun

---

apposta ad un atto, ma dispensa dagli obblighi (e quindi rinuncia ai diritti correlativi) eventualmente dipendenti dal verificarsi o meno della condizione ».

<sup>(130)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 91, nota 27, che intende la revoca come « fatto impeditivo di una determinata zona di efficacia dell'atto; in particolare, nella nostra ipotesi, di quella zona nella quale deve isolarsi l'elemento della condizionalità ». La revoca si giustifica, nell'opinione dell'Autore, con la scindibilità della condizione, intesa come clausola dotata di autonomia strutturale rispetto al resto della dichiarazione, e di autonomia funzionale in quanto posta a tutela di interessi esterni rispetto all'interesse interno negoziale. Per l'ammissibilità della revoca della condizione, cfr. di recente, BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 530-531; MAGGI, *Condizione unilaterale*, Napoli, 1998, p. 120 ss.

<sup>(131)</sup> App. Palermo 3 luglio 1960, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 253: « Quando un contratto preliminare sia sottoposto a condizione sospensiva con aggiunto un termine per il suo verificarsi le parti possono, quando il termine sia inutilmente decorso, rinunciare al diritto di opporre la carenza di effetti derivante dalla mancanza della condizione ». Secondo Cass. 27 settembre 1991 n. 10148, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratto in genere*, n. 282, « Poiché la condizione sospensiva si caratterizza perché determina fino al suo avveramento l'inefficacia del contratto cui essa si riferisce, l'operatività della condizione medesima viene meno nel caso in cui risulti che prima del suo avveramento le parti abbiano dato al contratto completa e spontanea esecuzione ». Nello stesso senso Cass. 6 febbraio 1987 n. 1177, in *Comm. trib. centr.*, 1987, II, p. 534 (con riferimento, peraltro, alla problematica fiscale del momento di tassazione ai fini dell'imposta di registro, nel vigore dell'art. 17 del R.D. 30 dicembre 1923 n. 3269). Questa giurisprudenza confonde peraltro concettualmente i profili dell'esecuzione e dell'efficacia del contratto, non potendo *sic et simpliciter* ritenersi che l'esecuzione del contratto condizionato durante la fase di pendenza sia senz'altro equiparabile al prodursi dell'efficacia. Bisogna dire, piuttosto, che la spontanea esecuzione bilaterale, ove



problema si pone poi per il testamento, che è atto revocabile per definizione.

La revoca unilaterale dei contratti è ritenuta figura di carattere eccezionale <sup>(132)</sup>, in quanto contrastante con il principio di irrevocabilità sancito dal suddetto art. 1372. La dottrina ammette, in linea generale, la revoca parziale, espressione anch'essa di uno *ius poenitendi* attribuito alla parte, ed avente come scopo la modifica del regolamento negoziale, mediante eliminazione di una « zona di efficacia » dell'atto <sup>(133)</sup>.

La vicenda effettuale della revoca degli atti di autonomia privata è stata individuata, a seconda degli orientamenti dottrinali, in una incidenza sugli effetti negoziali <sup>(134)</sup> o sull'atto come tale <sup>(135)</sup>, e più precisamente sulla rilevanza giuridica del programma di interessi <sup>(136)</sup>.

---

inquadrata in un opportuno contesto tale da costituire indice di conclusione del comportamento, può configurare una revoca bilaterale della clausola condizionale.

<sup>(132)</sup> Sulla intangibilità del contratto e conseguente eccezionalità della revoca unilaterale, cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I — *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 1998, p. 5 ss., 313 ss.

<sup>(133)</sup> ROMANO Salv., *La revoca degli atti giuridici privati*, cit., p. 162; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 91, nota 27.

<sup>(134)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 697 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 308 ss., secondo cui sono sinonimi i termini revoca e recesso, in varie circostanze utilizzati dal legislatore, incidendo entrambi sulla vicenda effettuale dell'atto. Cfr. inoltre la dottrina citata in LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 9, nota 14.

<sup>(135)</sup> In questo senso è la dottrina assolutamente prevalente, che peraltro si distingue in due filoni. Accanto a coloro che parlano di eliminazione dell'atto *sic et simpliciter*, vi è chi opportunamente precisa che oggetto di eliminazione non è l'atto inteso come fatto storico, che in sé non può essere cancellato dall'ordine naturale degli accadimenti, bensì la rilevanza giuridica dell'atto stesso, non esaurendosi la giuridicità nella produzione di effetti.

Cfr., per un'elencazione dei sostenitori di questi due indirizzi, le citazioni in LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 6, nota 11, e p. 8, nota 13.

<sup>(136)</sup> Rileva SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 373 ss., che, nel caso della revoca, quest'ultima manifesta un interesse incompatibile con quello evidenziato dall'atto revocato; l'incidenza di questo interesse posteriore incompatibile « si manifesta, prima che sull'effetto, direttamente sul negozio, il quale, anche se strutturalmente completo, diviene funzionalmente inidoneo a realizzare in modo duraturo i suoi effetti. In questo senso revoca e mutuo dissenso sono riferibili al piano dell'atto ». Nello stesso senso, D'AMICO, *Revoca del testamento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 233 ss. Secondo LUMINOSO,

Maggiormente fondata è probabilmente quest'ultima opinione, che consente da un lato di distinguere adeguatamente la revoca dal recesso e di spiegare il fenomeno della revoca degli atti che non hanno ancora prodotto la propria efficacia, e dall'altro puntualizza che l'atto, inteso come fatto storico, non può mai essere eliminato dal mondo del diritto, una volta che sia venuto in essere <sup>(137)</sup>. Una particolare specificazione di questa concezione può ravvisarsi nella tesi secondo la quale l'atto di revoca (totale) incide sul profilo causale dell'atto revocato, manifestando la sopravvenuta inidoneità dello stesso a realizzare l'interesse programmato, e, in ultima istanza, l'inattualità di quest'ultimo interesse <sup>(138)</sup>. In parallelo con questa opinione, può affermarsi che l'atto di *revoca parziale* — salvi casi limite in cui incide unicamente sulla struttura dell'atto — modifichi gli interessi programmati con l'atto revocato: a seconda che la clausola oggetto di modifica costituisca elemento primario o

---

*Il mutuo dissenso*, cit., 171 ss., il *contrarius actus* è caratterizzato da un'efficacia di tipo eliminativo, avente ad oggetto il profilo programmatico del negozio giuridico e non i suoi effetti: la rilevanza pratica della distinzione viene colta con riferimento al fenomeno dell'eliminazione del negozio ad effetti sospesi e differiti, che diversamente, ritenendo cioè che oggetto di eliminazione siano gli effetti negoziali, non sarebbe giustificabile.

<sup>(137)</sup> Rileva LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 165, che « il « ritiro » o la « ritrattazione » di un negozio giuridico non potrebbe mai significare che possa incidersi su di esso come entità sensibilmente percepibile e storicamente determinata, col risultato di cancellare l'atto dall'ordine naturale degli accadimenti, ma semmai operare sull'*elemento formale* di cui il diritto — quale fenomeno squisitamente ideale — riveste quell'entità, allo scopo di togliergli il *valore* che esso ha nell'ordine giuridico.

<sup>(138)</sup> SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 398 ss., il quale rileva che « la revoca esprime un interesse opposto rispetto a quello dell'atto sul quale essa opera »; l'atto revocato, per effetto di essa, « cessa conseguentemente di essere espressione di un interesse attuale ». L'interesse che sta alla base del negozio revocato quindi « viene negato alla radice e nel conflitto in cui viene a trovarsi con l'interesse sopravvenuto espresso dalla revoca esso soccombe di fronte a quest'ultimo che ha il vantaggio di essere assistito da una volontà attuale del suo autore. Ciò posto, se ora si tiene presente che l'interesse fondamentale alla cui realizzazione il programma negoziale è predisposto trova nella causa la forma della sua qualificazione giuridica, non è difficile intendere in che cosa consiste l'effetto proprio della revoca ». Questo effetto è quindi rappresentato dalla privazione della causa del negozio revocato, ad opera del negozio di revoca.

secondario del contenuto contrattuale <sup>(139)</sup>, la modifica cagionata dall'atto di revoca avrà come oggetto o meno la causa del negozio.

L'efficacia eliminativa o impeditiva, nella revoca parziale, determina quindi sostanzialmente una *modifica del negozio*: nell'ipotesi in cui la parte di atto oggetto di revoca sia essenziale nell'economia complessiva del programma, la revoca finisce con l'incidere sulla causa dello stesso, arrivando a determinare, nei casi limite, una vicenda estintivo-costitutiva dell'atto, per la cui validità ed efficacia sono richiesti i requisiti sia formali che sostanziali che la legge specificamente prevede, rispettivamente, per l'estinzione e per la costituzione dei rispettivi rapporti giuridici.

Pertanto la revoca, unilaterale o bilaterale, della condizione deve essere attentamente studiata in relazione alle singole ipotesi: la revoca della condizione testamentaria non presenta problemi, essendo il testatore l'unico giudice della scindibilità o meno della condizione dal negozio testamentario — e si risolve in una modifica del contenuto del testamento <sup>(140)</sup>. La revoca bilaterale della con-

---

<sup>(139)</sup> Sulla partizione tra elementi primari e secondari del contenuto contrattuale, si rimanda a CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 192 ss.

<sup>(140)</sup> SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 459 ss., spec. p. 460 (« l'unità della volontà condizionata sussiste solo se la norma la riconosce, e la norma (art. 634) in materia testamentaria mostra di riconoscerla nei soli limiti in cui il meccanismo condizionale giuoca per il dichiarante un ruolo determinante ed essenziale rispetto al regolamento di interessi cui inerisce. Ciò significa che per il diritto la inscindibilità dipende da una valutazione di essenzialità da parte del dichiarante e che questi, ove la condizione non rivesta per lui valore determinante dell'intero regolamento d'interessi può anche sciogliere il nesso di subordinazione dell'interesse interno negoziale al piano di interessi esterno, così come lo aveva costituito, senza pregiudicare con ciò l'assetto di interessi disposto con il negozio »). Secondo ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, p. 315-316 (e precedentemente, ID., *Il testamento*, Padova, 1936, p. 191, nota 5), non potrebbe parlarsi a proposito della condizione di revoca in senso proprio, in quanto con essa il testatore non elimina né riduce, ma anzi aumenta l'efficacia della disposizione; inoltre il codice parla di revocazione di « disposizioni », e tale non sarebbe la condizione. Ne conseguirebbe — ferma restando la possibilità di stralciare la condizione dal testamento — l'inapplicabilità delle norme sulla revoca in senso stretto, e quindi, ad esempio, della regola formale ex art. 680 c.c. Aderisce all'opinione di Allara, TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 40 ss. Queste opinioni, peraltro, si basano su una determinata concezione dell'atto di revoca (quella che postula l'incidenza della revoca sugli effetti, e non sull'atto revocato),

dizione può sempre ritenersi astrattamente ammissibile <sup>(141)</sup>, pur atteggiandosi diversamente in relazione alle singole, specifiche situazioni di interesse concretamente coinvolte, tenendo anche conto del fatto che, spesso, la condizione incide sull'elemento causale del negozio ed ha quindi un rilievo tutt'altro che marginale. Inoltre, nei casi in cui l'incidenza della condizione sull'elemento causale sia talmente penetrante da comportarne l'assoluta inscindibilità, l'atto non sarà più definibile come revoca bilaterale parziale, ma come negozio estintivo-constitutivo, di cui dovrà possedere i necessari requisiti di forma e sostanza <sup>(142)</sup>.

Quanto alla revoca unilaterale della clausola condizionale, la sua ammissibilità va valutata con maggiore attenzione, dovendosi ritenere sostanzialmente preclusa nelle ipotesi limite in cui la vicenda effettuale da essa derivante possa ricondursi al paradigma della estinzione e successiva costituzione di un nuovo negozio.

Nelle fattispecie in cui può operare, la revoca, bilaterale o unilaterale, della condizione, presuppone quindi una *scindibilità*, sia pur sopravvenuta, della clausola condizionale: in particolare, nell'ipotesi di revoca bilaterale, come nell'ipotesi della finzione di avveramento, la scindibilità può derivare da una sopravvenuta, diversa valutazione della natura e della configurazione degli interessi coinvolti.

Per quanto concerne la natura della clausola che attribuisce il potere di revoca unilaterale, essa deve essere qualificata come *condizione risolutiva potestativa, apposta* non già all'intero negozio, bensì *esclusivamente alla clausola condizionale da revocarsi*: si ha, cioè, una condizione a sua volta sottoposta a condizione risolutiva, da inquadrarsi nel fenomeno della condizionalità parziale, e che trova

---

respinta la quale non si rinvengono difficoltà a concepire una revoca vera e propria della condizione testamentaria.

<sup>(141)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 225, partendo dal principio di identità tra negozio puro e negozio condizionale, e quindi dalla qualifica della condizione come elemento accidentale, ritiene che, allorché « le stesse parti, con una convenzione successiva al negozio, concordano di escludere la condizionalità dal negozio concluso », la fattispecie deve considerarsi non inutile ma efficace, come se il congegno condizionale non fosse stato ad essa mai applicato.

<sup>(142)</sup> Nella giurisprudenza francese si parla — peraltro in linea generale e non solo in riferimento all'ipotesi indicata nel testo — di novazione nei casi di soppressione della condizione: cfr. MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 38, nota 21.

il suo fondamento positivo nelle disposizioni degli artt. 1353 e 1354, terzo comma. La prima condizione, che accede all'intero negozio e che possiamo definire come condizione principale, non è infatti che un patto negoziale, che può ben essere a sua volta condizionato. La seconda condizione, o condizione accessoria, opera, in caso di suo avveramento, facendo venir meno (retroattivamente, salvo eccezioni o diverse pattuizioni) gli effetti della condizione principale, e conseguentemente determinando, in via riflessa, la produzione della vicenda effettuale del negozio non più condizionato.

29. *Il problema della condizione unilaterale; la c.d. rinuncia alla condizione come peculiare meccanismo di revoca unilaterale; effetti della revoca precedente o successiva all'avveramento della condizione.*

La fattispecie più frequentemente comparsa nelle aule giudiziarie negli ultimi anni, e che tuttora arrovela maggiormente il dibattito dottrinale sul nostro istituto, è sicuramente quella della c.d. *condizione unilaterale* <sup>(143)</sup>, come tale definendosi la condizione apposta nell'interesse di una sola delle parti <sup>(144)</sup>: a fronte di tale situazione, la giurisprudenza ha ritenuto che la parte nel cui interesse è apposta la clausola possa *rinunziarvi*, anche dopo il mancato avveramento della condizione sospensiva o dopo l'avveramento della condizione risolutiva, e quindi determinare la produzione (o il consolidamento) degli effetti del negozio anche in difetto dell'avveramento della condizione <sup>(145)</sup>.

---

<sup>(143)</sup> Per l'elaborazione dottrinale in tema di condizione unilaterale, cfr. soprattutto i contributi citati *supra*, alla nota 4 del capitolo I.

<sup>(144)</sup> Per l'apponibilità della condizione nell'interesse di una sola delle parti, ormai pacificamente riconosciuta, cfr. già MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 175 e 177. Secondo CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 271, « di regola infatti è una delle parti che richiede che al contratto venga apposta la condizione, mentre l'altra vi si adatta perché diversamente la prima non stipulerebbe ».

<sup>(145)</sup> La « rinunziabilità » alla condizione è sicuramente il riflesso pratico più importante dell'istituto della condizione unilaterale, sulla cui ammissibilità si è ormai consolidato un costante indirizzo giurisprudenziale. È possibile esaminare, tra le altre, Cass. 24 aprile 1962 n. 817, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1719; Cass. 13 novembre 1970 n. 2396, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1244; Cass. 28 luglio 1975 n. 2924, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2879, ed in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 442; Cass. 8 maggio 1976 n. 1621, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 337 ss.; Cass. 12 gennaio 1977 n. 135, in *Foro it.*,

Diverse sono le questioni che sono state poste all'attenzione dei giudici e degli interpreti: dalla concreta individuazione delle fattispecie di condizione unilaterale <sup>(146)</sup>, al problema della presunzione

---

Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 124, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 379 ss.; Cass. 21 marzo 1977 n. 1105, in *Arch. resp. civ.*, 1977, p. 672, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 333 ss.; Cass. 3 luglio 1979 n. 3740, in *Foro it.*, Rep. 1979, voce *Contratto in genere*, n. 180; Cass. 15 febbraio 1982 n. 934, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass. 19 aprile 1982 n. 2412, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass. 15 maggio 1982 n. 3025, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass. 6 luglio 1984 n. 3965, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1114, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 400 ss.; Cass. 7 gennaio 1984 n. 95, in *Riv. giur. edil.*, 1984, I, p. 234; Cass. 15 novembre 1986 n. 6742, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 247, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 357 ss.; Trib. Napoli 9 marzo 1988, in *Vita not.*, 1989, p. 417, con nota di CATANESE; Cass. 14 dicembre 1989 n. 5621, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 342 ss.; Cass. 20 dicembre 1989 n. 5757, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Contratto in genere*, n. 278; Cass. 23 marzo 1991 n. 3185, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 507, con nota di BOZZA, ed in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 908, con nota di MUSY; Cass. 4 febbraio 1992 n. 1194, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1084; Cass. 19 maggio 1992 n. 5975, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 605; Cass. 27 novembre 1992 n. 12708, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 269; Cass. 6 novembre 1993 n. 11001, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Contratto in genere*, n. 330; Cass. 18 gennaio 1995 n. 5699, in *Arch. civ.*, 1995, p. 1391; Cass. 20 novembre 1996 n. 10220, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 290; Cass. 23 aprile 1998 n. 4178, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 374. Cfr. anche, per una rassegna di giurisprudenza sulla condizione unilaterale, MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 13, nota 8.

Anche nel diritto francese si afferma che « la partie en faveur de qui la condition a été stipulée peut y renoncer unilatéralement »: DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 21.

Secondo CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 273, nel presupposto che la parte nel cui interesse è apposta la condizione possa rinunziarvi, « dovrebbe addirittura considerarsi nulla l'eventuale clausola del contratto con cui le si vietasse di avvalersi di tale facoltà ».

<sup>(146)</sup> La condizione unilaterale è stata definita, sulla base dei dati giurisprudenziali, come « la clausola, in virtù della quale la produzione o la risoluzione degli effetti del contratto o di un singolo patto al quale è apposta, dipende da un avvenimento futuro ed incerto il cui verificarsi, o non verificarsi, opera nell'esclusivo interesse di uno soltanto dei contraenti, c.d. favorito, al quale è, pertanto, riconosciuta la facoltà di rinunciare, espressamente o per fatti concludenti, alla condizione, durante la fase di pendenza, come successivamente al venir meno o al verificarsi dell'evento condizionante, con conseguente determinazione, ovvero, definitiva stabilizzazione degli effetti contrattuali, a seconda della natura sospensiva o risolutiva della condizione, senza che l'altra parte, per così dire, *indifferente* alla vicenda condizionale, possa comunque ostacolarne la volontà »: in tal senso MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 27, e p. 106 ss. (ove una ricognizione delle principali caratteristiche « tipologiche » della condizione unilaterale, con la conseguente delimitazione della figura rispetto ad istituti analoghi).

di unilateralità o bilateralità dell'interesse <sup>(147)</sup>, alla esatta definizione del meccanismo definito come « rinunzia » alla condizione <sup>(148)</sup>.

Il problema fondamentale, tuttora aperto, è peraltro quello della individuazione della natura giuridica dell'istituto. Alcune ricostruzioni dottrinali, sostanzialmente, individuano nell'espressione « condizione unilaterale » non più che una « formula di sintesi », semplificatrice di una realtà più complessa comunque solo parzialmente riconducibile al fenomeno condizionale (al quale si accompagnerebbe un patto di opzione volto alla conclusione di un ulteriore contratto); fenomeno condizionale con il quale si ritiene incompatibile il difetto di automatismo nella produzione dell'efficacia <sup>(149)</sup>.

---

<sup>(147)</sup> Secondo una massima ormai consolidata, « la condizione può ritenersi apposta nell'interesse di una sola delle parti contraenti soltanto quando vi sia un'espressa clausola contrattuale che disponga in tal senso ovvero un insieme di elementi che nel loro complesso inducano a ritenere che si tratti di condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse, in mancanza, la condizione stessa deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambi i contraenti ». In tal senso, Cass. 22 maggio 1979 n. 2961, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 360 ss.; Cass., 20 ottobre 1984 n. 5314, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, n. 151, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 314; Cass. 19 maggio 1992 n. 5975, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 605, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 390 ss.; Cass. 20 novembre 1996 n. 10220, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 290; Cass. 23 aprile 1998 n. 4178, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 374. Di recente, cfr. Cass. 17 agosto 1999 n. 8685 (in CED Cassazione), secondo la quale la condizione unilaterale « anche se non stipulata espressamente, può emergere per implicito, come corollario indefettibile dello scopo che le parti si propongono, allorquando la sua determinazione nell'interesse di un unico contraente, chiamato a sopportare un preciso onere economico, promani da una corretta valutazione dell'intero rapporto negoziale ».

La posizione giurisprudenziale non è integralmente condivisa dalla dottrina, che rileva come normalmente la condizione sia disposta nell'interesse di una sola delle parti: TRIMARCHI P., *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 820; VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 560; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 271; MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 20 ss.

<sup>(148)</sup> Per un quadro delle posizioni dottrinali sul punto, cfr. la rassegna di MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 71 ss.

<sup>(149)</sup> La posizione che nega la natura autenticamente ed interamente condizionale dell'istituto in esame trova la sua più approfondita esposizione in VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 581 ss., che ravvisa, nella c.d. condizione sospensiva unilaterale, un doppio negozio, e precisamente un primo negozio casualmente condizionato, cui si accompagna un patto di opzione;

A questa ricostruzione fanno riscontro altre posizioni, che in un'ottica di maggior rispetto dell'autonomia privata e della scelta del modello condizionale, tendono comunque ad applicare quest'ultimo, salvo divergere sulla spiegazione della c.d. rinuncia alla condizione.

Secondo una prima opinione dottrinale, che ricalca sostanzialmente la posizione giurisprudenziale, si ha, nella specie, una vera e propria condizione casuale, con possibilità di rinuncia in senso tecnico alla medesima, intesa nel senso di rinuncia al « diritto di considerare sospesa l'operatività del negozio », ovvero al « diritto di considerare inefficace il negozio »: l'operatività del negozio costituirebbe una conseguenza riflessa, e non diretta, di tale rinuncia <sup>(150)</sup>.

---

e nella c.d. condizione risolutiva unilaterale un negozio casualmente condizionato cui accede una clausola di recesso o un patto di riscatto. In quest'ottica, scettica sulla possibilità di configurare una condizione in senso tecnico che sia altresì rinunciabile, ed il cui funzionamento quindi difetti del requisito dell'automatismo, cfr. anche COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 29 ss.; BACIN, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 339 ss.

Secondo PERRONE FILARDI NAPPI, *Note critiche sulla nozione di condizione unilaterale*, cit., p. 99 ss., l'operatività automatica della condizione costituirebbe una garanzia per la parte originariamente non interessata alla condizione stessa; il potere di rinuncia alla condizione aggraverebbe lo stato di incertezza derivante dalla pendenza condizionale. L'obiezione, peraltro, non è tale da precludere all'autonomia privata questo « aggravamento » dell'incertezza condizionale, purché consapevolmente assunto.

La condizione unilaterale, quindi, alla stregua di quest'orientamento viene definita nulla di più che una formula di sintesi, che definisce in realtà una fattispecie profondamente diversa dalla condizione in senso tecnico, con conseguente inapplicabilità della disciplina tipica di cui agli artt. 1353 ss. c.c., ed in particolare delle norme sulla retroattività e di quelle poste a tutela della c.d. aspettativa reale (art. 1357 c.c.).

Di recente questo indirizzo dottrinale ha ricevuto un'importante adesione giurisprudenziale con Cass. 30 ottobre 1992 n. 11816, in *Riv. not.*, 1993, p. 1233 ss., con nota critica di DOGLIOTTI, *Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte* (nella quale ultima si evidenzia la macchinosità, l'onerosità fiscale del congegno ipotizzato dalla Corte, e la trasgressione al principio di automaticità dell'avveramento). La Cassazione — il cui orientamento è stato però successivamente superato da un ritorno della stessa giurisprudenza di legittimità sulle posizioni tradizionali — ha aderito alla tesi del contratto condizionato cui accede un patto di opzione, traendone importanti conseguenze sotto il profilo della disciplina c.d. rinuncia alla condizione.

<sup>(150)</sup> Cfr. soprattutto SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di pre-*



Secondo un'altra opinione, si avrebbe nella fattispecie un doppio condizionamento alternativo: alla condizione casuale si accompagnerebbe una condizione potestativa, la cui attuazione è rimessa alla parte interessata alla condizione <sup>(151)</sup>.

Per altri ancora, si tratterebbe di un doppio condizionamento, alternativo nella fase di pendenza, e cumulativo dopo l'avveramento della condizione <sup>(152)</sup>.

A tutti questi orientamenti è stato obiettato che gli stessi non rispondono alle caratteristiche dell'istituto, quali riscontrabili nella realtà operativa e individuate dalla giurisprudenza <sup>(153)</sup>: ciò perché, nella realtà, le parti intenderebbero subordinare ad un evento futuro ed incerto (non la perfezione ma) l'efficacia del contratto, nell'interesse di una delle parti, e intenderebbero contemporaneamente rimettere alla decisione della parte favorita una diversa valutazione dei propri interessi, dandole quindi la possibilità di mutare tale valutazione durante la fase di pendenza o anche successivamente al mancato avveramento della condizione sospensiva, o all'avveramento della condizione risolutiva. Uno *ius poenitendi*, quindi, per attuare il quale le parti non prevederebbero, in realtà, la conclusione di due distinti negozi, o due distinte condizioni riferite allo stesso negozio.

L'obiezione ha certamente valore per i casi in cui le parti non abbiano esplicitato il meccanismo del quale avvalersi in caso di mancato avveramento della condizione sospensiva, o di avveramento della condizione risolutiva: non potendosi porre alcun problema, ovviamente, nell'ipotesi in cui le parti abbiano espressa-

---

*liminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, cit., c. 551 ss., spec. c. 577. Si è obiettato che la condizione, in quanto clausola negoziale, è un fatto storico rispetto al quale non ha senso parlare di rinuncia, e improprio è altresì parlare di rinuncia agli effetti della condizione: VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 565.

<sup>(151)</sup> CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 227, nota 144; GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1201 ss.

Sulla possibile alternatività tra più eventi posti in condizione, cfr. già CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 625.

<sup>(152)</sup> DOGLIOTTI, *Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte*, cit. p. 1239 ss.; GUGLIELMO, *Considerazioni in tema di condizione unilaterale*, cit., p. 843.

<sup>(153)</sup> MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 50 ss.

mente previsto, ad esempio, un doppio contratto, ovvero un doppio condizionamento alternativo o cumulativo.

Sembra, in realtà, che — quantomeno per la condizione sospensiva — il mezzo tecnico più idoneo alla realizzazione dell'intento empirico esaminato sia un altro: la tesi maggiormente convincente sotto il profilo dogmatico — pur bisognevole di alcune puntualizzazioni — appare quella che individua nella c.d. rinuncia una vera e propria *revoca unilaterale della clausola condizionale* <sup>(154)</sup>.

Con maggior precisione, la facoltà di revoca unilaterale, attribuita con lo stesso contratto condizionato (espressamente o implicitamente), è configurabile quale *ulteriore condizione risolutiva potestativa*, e la *relativa clausola condizionale afferisce* stavolta non all'intero contratto condizionato, bensì ad un singolo patto, e precisamente *alla sola clausola condizionale principale, o unilaterale* (art. 1353, e art. 1354, comma 3, c.c.) <sup>(155)</sup>.

A proposito di tale revoca, devono essere approfondite alcune questioni specifiche, aventi maggior attinenza con lo svolgimento della presente indagine, rispetto alla quale hanno rilievo marginale altre problematiche, relative ai requisiti formali necessari alla unilateralità della condizione <sup>(156)</sup>, ed alla forma dell'atto di revoca <sup>(157)</sup>.

<sup>(154)</sup> Parlano di revoca della clausola condizionale e di modifica del contenuto contrattuale, conseguente alla c.d. rinuncia alla condizione, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 91, nota 27; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 530-531; GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 39; GUGLIELMO, *Considerazioni in tema di condizione unilaterale*, cit., p. 844 (che parla di « risoluzione della clausola che condiziona il contratto »); COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 64; CRICENTI, *In tema di condizione unilaterale*, cit., p. 231 ss.; MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 120 ss. Secondo MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 248, nota 4, « forse nella c.d. rinuncia alla condizione deve essere ravvisato un negozio modificativo ».

<sup>(155)</sup> Sui rapporti tra revoca e clausola condizionale, cfr. MAZZA, *In tema di negozio giuridico condizionale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, p. 111.

<sup>(156)</sup> È possibile, in questa sede, solo un rinvio alla problematica relativa al profilo formale della pattuizione che attribuisce la facoltà di revoca: la questione è risolta dalla giurisprudenza nel senso della libertà di forma, essendo generalmente ammessa la c.d. condizione unilaterale tacita, desumibile in via interpretativa dal complesso delle clausole negoziali (cfr. in tal senso la giurisprudenza citata alla precedente nota 147 di questo capitolo). La qualificazione della clausola di revoca come vera e propria clausola condizionale comporta in realtà l'estensione al caso in esame delle soluzioni elaborate dalla dottrina con riferimento al problema della forma della condizione (su cui cfr. *infra*, paragrafo 31), anche con

In primo luogo, occorre ricordare che la revoca unilaterale in senso tecnico della condizione non può in alcun caso ammettersi

---

riferimento alle esigenze di pubblicità della condizione unilaterale. In dottrina, comunque, si rinvergono voci critiche sulla individuazione di un potere di « rinunzia » alla condizione fatto derivare esclusivamente dall'unilateralità dell'interesse alla condizione stessa, ed a prescindere da un'univoca previsione contrattuale in tal senso: cfr. VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 562 ss. (che parla di « unilateralità implicita », e di procedimento di « integrazione della volontà delle parti » ad opera della giurisprudenza »); GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi*, cit., p. 1196 ss.; CATALANO, *La (pretesa) unilateralità della condizione fra allocazione dei rischi e regole del contratto*, cit., p. 658-659 (secondo il quale l'interesse a valersi degli effetti del contratto a prescindere dalla condizione può essere profondamente diverso da quello presente al momento della stipula: « in ogni caso di contratto sottoposto a condizione, l'allocazione dei rischi che le parti hanno concordato ed alla quale ambedue avevano « ceduto » fa riferimento esclusivamente al (non) verificarsi dell'evento condizionante, e non alla disponibilità di una delle due a servirsi (degli effetti) della condizione, a meno che questa possibilità non sia *espressamente* prevista dal contratto »).

La necessità di un'espressa pattuizione della facoltà di revoca della condizione, al fine di evitare possibili abusi, deriva anche dalla sua insindacabilità, come comunemente riconosciuto in dottrina: GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitto con i terzi*, cit., p. 1196; CRICENTI, *In tema di condizione unilaterale*, cit., p. 221.

<sup>(157)</sup> Una volta risolta la questione della natura giuridica della condizione unilaterale, intesa come condizione in senso tecnico cui accede un'ulteriore condizione risolutiva potestativa, attributiva di un potere di revoca unilaterale, la soluzione della questione della forma della revoca della condizione principale dipende dalla soluzione del più ampio problema relativo alla forma dei negozi revocatori e risolutori, che vede dottrina e giurisprudenza divise (tenendo conto che il problema è stato approfondito con particolare riferimento al mutuo dissenso). Secondo un primo orientamento, basato essenzialmente sul principio di libertà di forma, il negozio revocatorio non è soggetto a particolari oneri formali: in tal senso GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 1003 ss.; Cass. 6 giugno 1988 n. 3816, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2919, ed in *Riv. not.*, 1989, p. 219 ss.; Cass. 5 settembre 1989 n. 3851, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 387 ss.; Cass. 20 maggio 1991 n. 5684, in *Vita not.*, 1991, p. 975 ss.

Secondo altri, viceversa, il negozio revocatorio dovrebbe necessariamente rivestire la forma del negozio revocato, per un fondamentale principio logico di simmetria che postula l'esigenza di identità di forma tra il *contrarius consensus* ed il negozio i cui effetti si tratta di eliminare, ed anche perché il negozio risolutorio produrrebbe, secondo i seguaci di questo orientamento, gli stessi effetti del negozio risolto. Per tale orientamento v. soprattutto DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 94 ss., e 120 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 251; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 691; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 148 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi napol.*, 1961, I, p. 436; MOSCARINI, *I negozi a*

nelle ipotesi in cui il ruolo della clausola condizionale sia talmente pregnante, che la sua eliminazione possa determinare una vicenda estintivo-costitutiva dell'intero negozio. Si pensi alle ipotesi di

---

*favore di terzo*, Milano, 1970, p. 197-198; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1024; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 700. Questo è l'orientamento prevalente in giurisprudenza: cfr. tra le altre Cass. 20 agosto 1990 n. 8442, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 251; Cass. 7 marzo 1997 n. 2040, in *Notariato*, 1997, p. 517. Cfr. anche le sentenze citate in FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, cit., p. 73, nota 174. Per una critica a tale tesi, cfr. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 398 ss.

Altri, pur negando la natura di *contrarius actus* al negozio revocatorio, ha ritenuto comunque sussistente l'osservanza della forma richiesta per il negozio da abolire, per « l'esigenza pratica di realizzare nei confronti di situazioni negoziali di un certo rilievo, una sufficiente certezza sulla seria e ponderata determinazione delle parti, oltre che una più efficiente documentazione del negozio »: CAPOZZI, *Mutuo dissenso - donazione di bene immobile - atto di risoluzione - ammissibilità - effetti*, in *Vita not.*, 1973, p. 610.

Un ulteriore orientamento, preso atto dell'insufficienza del principio di libertà di forme, giunge alla conclusione della necessità di verifica caso per caso sull'esistenza di oneri formali per il negozio revocatorio, sulla base della considerazione degli effetti giuridici e degli interessi oggetto del programma negoziale. In tal senso SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 384 ss., che rileva come la forma *ad substantiam* « non costituisce una prerogativa del fatto in sé o di un suo elemento. Essa è imposta dal legislatore in considerazione del particolare tipo di efficacia che l'atto è essenzialmente diretto a realizzare e trova in tale efficacia la ragione di essere e il limite della propria rilevanza ». Da qui la conclusione che le norme che impongono oneri formali non possono considerarsi eccezionali rispetto a quelle che invece lasciano liberi i privati di adottare le forme ritenute opportune, perché entrambe le categorie di norme rispondono ad un unico principio informatore. Per quanto specificamente riguarda l'atto di revoca, l'Autore conclude che, se l'atto da revocare mira a produrre determinati effetti giuridici e perciò l'ordinamento prescrive oneri formali, « diverso ed opposto deve essere nella materia della revoca il regime formale da applicare », e quindi per la revoca « occorre adottare la soluzione contraria della libertà di forma » (p. 388-389). Soluzione opposta si impone peraltro allorché, a seguito della revoca, il soggetto perde una situazione di libertà ed acquisisce una situazione di vincolo (p. 434). In ultima analisi, il formalismo è in funzione del « tipo di interesse negoziale programmato con l'atto » (p. 425). In un'ottica simile, tendente all'individuazione, caso per caso, della *ratio iuris* della prescrizione di forma, LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 320 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, cit., p. 75 ss. A questo orientamento possono ascrivere Cass. 24 novembre 1983 n. 7047, in *Riv. not.*, 1984, p. 881 ss.; Cass. S.U. 28 agosto 1990 n. 8878, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 949; Cass. 29 gennaio 1994 n. 928, in *Vita not.*, 1994, p. 1331 ss.; Cass. 18 febbraio 1995 n. 1790, in *Mass. Foro it.*, 1995; Cass. 23 dicembre 1995 n. 13104, in *Vita not.*, 1997, p. 179 ss.

promesse condizionate ad una prestazione (in cui la condizione è parte essenziale del c.d. sinallagma condizionale, senza cui viene meno la stessa causa del negozio), o anche alla donazione obnuziale (in cui non pare possibile consentire al donante, anche in caso di espressa previsione in tal senso nell'atto unilaterale di donazione, di revocare semplicemente la clausola condizionale).

In secondo luogo, occorre approfondire il problema della *revoca successiva al mancato avveramento della condizione sospensiva ovvero all'avveramento della condizione risolutiva* <sup>(158)</sup>, che è, tra l'altro, l'ipotesi statisticamente più frequente venuta all'attenzione della giurisprudenza <sup>(159)</sup>.

La possibilità che il negozio condizionato — una volta mancata la condizione sospensiva o avveratasi la risolutiva — possa produrre per altra via i suoi effetti è stata contestata, nell'ambito della teoria che ravvisa l'essenza del negozio giuridico nel c.d. « effetto negoziale », o vincolo negoziale, che, secondo il suo assertore, verrebbe definitivamente meno con il mancare della condi-

---

Con specifico riferimento alla condizione unilaterale, la forma espressa e solenne dell'atto di revoca (o rinuncia) è stata ritenuta necessaria dagli autori che hanno qualificato tale atto come facente parte del processo formativo del negozio (cfr. *supra*, nota 149 di questo Capitolo), con l'unica adesione, in giurisprudenza, di Cass. 30 ottobre 1992 n. 11816, in *Riv. not.*, 1993, p. 1233 ss. La rimanente dottrina, e la giurisprudenza assolutamente prevalente, si sono pronunciate per l'assoluta libertà di forma dell'atto in questione: v. MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 123 ss., ove l'affermazione dell'ammissibilità della revoca per comportamento concludente, con il vincolo, peraltro, della recettività dell'atto di revoca. In giurisprudenza, v. per tutte Cass. 20 dicembre 1989 n. 5757, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Contratto in genere*, n. 278.

<sup>(158)</sup> Rileva CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 60, che può darsi per scontata l'inammissibilità della rinuncia ad avvalersi della condizione sospensiva dopo il suo avveramento: « la rinuncia a valersi della condizione sospensiva mira alla produzione degli effetti finali del contratto; effetti che l'avverarsi dell'evento è di per sé sufficiente a produrre ». Si tratta di osservazione diffusa: cfr., tra gli altri, SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita*, cit., c. 571 ss.

<sup>(159)</sup> Secondo MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 121 ss., e p. 92 ss., la revoca della clausola condizionale può avvenire anche successivamente al mancato avveramento della condizione sospensiva, ovvero all'avveramento della condizione risolutiva, purché — in applicazione analogica dell'art. 1457 c.c., entro il termine di tre giorni. Tale limitazione può condividersi limitatamente alle ipotesi in cui i contraenti non abbiano avuto cura di specificare il termine di revoca, dovendosi viceversa dar prevalenza al principio di autonomia contrattuale.

zione <sup>(160)</sup>. Tuttavia, pur muovendosi nella peculiare ottica testé esposta, occorre tenere nella dovuta considerazione il fatto che le parti potrebbero regolamentare *ab initio*, nello stesso negozio dei cui effetti si tratta, il recupero del programma di interessi con meccanismi di tipo automatico (ad esempio, un'ulteriore condizione <sup>(161)</sup>); nonché la circostanza che l'eventuale successivo negozio diretto a recuperare gli effetti del primo non produrrebbe direttamente gli effetti traslativi o costitutivi, ma « regolerebbe » semplicemente la produzione degli effetti del negozio preesistente. Sotto il profilo teorico generale, occorre inoltre rilevare che l'*inutilità* del negozio condizionato in caso di mancato avveramento della condizione può essere non solo *assoluta*, ma anche *relativa*: si è autorevolmente chiarito che, quando un coelemento di efficacia può essere sostituito da un evento ulteriore, si verifica, nell'immediatezza, una situazione di *quiescenza*, suscettibile di sboccare nell'efficacia o nella definitiva inutilità del negozio <sup>(162)</sup>.

Per una migliore comprensione, occorre peraltro opportunamente distinguere tra condizione sospensiva e risolutiva.

a) Nel primo caso (*condizione sospensiva*), l'efficacia negoziale non si è mai prodotta, e quindi non si ravvisano ostacoli all'intervento della revoca successivo al mancato avveramento. Del resto, la migliore dottrina riconosce che l'inefficacia, a differenza

---

<sup>(160)</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Sulla mancanza definitiva della condizione e la conseguente inefficacia del negozio*, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 253 ss., il quale, pur ammettendo che, nel negozio definitivamente inefficace, « la rilevanza dell'elemento mancante dipende nella specie soltanto dalla disposizione delle parti, che certo possono in un secondo momento andare in contrario avviso », afferma poi che « a un risultato del genere si potrà soltanto pervenire alla stregua di un nuovo negozio dello stesso tipo e che faccia poi rinvio all'altro, già caducato, al fine della determinazione *per relationem* del suo contenuto », con conseguenti oneri di forma e pubblicità. ID., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 9-10, ove l'affermazione che, in caso di esito negativo della situazione di pendenza dell'inefficacia negoziale, « si determina l'estinzione del vincolo negoziale e degli effetti preliminari, con la definitiva cessazione di qualsiasi forma di efficacia del negozio che, pur validamente costituito e rimasto in vita per un tempo più o meno lungo, può ritenersi caducato ».

<sup>(161)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 50, nota 48: « il negozio, la cui efficienza non viene paralizzata in modo definitivo, si troverebbe sottoposto all'evento condizionante costituito dall'atto che estingue la efficacia impeditiva del fatto che ha dato origine alla inutilità ».

<sup>(162)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 50 ss.

della nullità, è rimediabile <sup>(163)</sup>: il negozio inefficace è pur sempre un negozio valido, che ha ricevuto una valutazione positiva da parte dell'ordinamento, ed al quale è possibile ricollegare gli effetti ad esso propri anche in un momento successivo. In questo caso, quindi, la revoca (quale evento condizionante, previsto come tale dalla seconda condizione risolutiva potestativa, apposta alla prima condizione unilaterale) determina il venir meno, retroattivamente, degli effetti della prima clausola condizionale, con la conseguenza che il contratto produce, *ex tunc*, i propri effetti. D'altra parte, l'originaria configurazione del programma negoziale che tenga conto dell'eventualità della revoca della clausola condizionale anche dopo il mancato avveramento della condizione fa sì che permangano, fino alla scadenza del termine per la suddetta revoca, sia il vincolo negoziale che gli effetti preliminari.

b) Nel secondo caso (*condizione risolutiva*), la questione è più complessa. L'avveramento della condizione unilaterale, in assenza di specifiche diverse determinazioni delle parti, determinerebbe la risoluzione degli effetti negoziali, e quindi, trattandosi ad esempio di atto traslativo della proprietà di un bene, comporterebbe il ritorno della proprietà del bene stesso, con efficacia *ex tunc*, in capo all'alienante. Tale condizione unilaterale sarebbe però a sua volta sottoposta alla condizione risolutiva potestativa della revoca da parte del contraente interessato: questa revoca produrrebbe l'effetto suo tipico, che è quello di privare retroattivamente la clausola condizionale dei suoi effetti; ne conseguirebbe quindi, con pari efficacia retroattiva, una vicenda acquisitiva della proprietà in capo al soggetto acquirente. Il meccanismo, evidentemente, si

---

<sup>(163)</sup> SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 324, nota 18, e p. 362, testo e nota 299 (ove anche citazioni di dottrina tedesca nel senso dell'ammissibilità della rinuncia all'inefficacia); DALMARTELLO, *La clausola di gradimento e la legge sulla riforma della Consob*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 571 ss.; NOBILI, *Le clausole di gradimento*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 451; VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1998, p. 1250 ss. (che parla di « sanabilità » dell'inefficacia, non travolgendo la stessa l'atto a differenza della nullità, ed afferma conseguentemente che le parti del contratto « possono sempre determinarsi a fornire l'atto di efficacia, senza dover ricorrere alla rinnovazione, necessaria in caso di nullità dell'atto »). In giurisprudenza, nel senso che, in caso di mancato avveramento della condizione sospensiva, le parti possono « rinunciare d'accordo ad opporre la inefficacia del contratto », App. Palermo 3 luglio 1960, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 253 ss.

complicherebbe in misura notevole in caso di esclusione convenzionale della retroattività di una o di entrambe le condizioni. Occorre tuttavia considerare, in primo luogo, che — nella misura in cui si ritiene applicabile per analogia il disposto dell'art. 1457 c.c., come è stato affermato in dottrina <sup>(164)</sup> — l'effetto risolutivo della condizione principale si produce non a seguito del mero avveramento, bensì alla scadenza del termine fissato per l'esercizio della facoltà di revoca <sup>(165)</sup>. In secondo luogo, i contraenti potrebbero, nell'esercizio della loro autonomia, stabilire espressamente che l'effetto risolutivo si produca solo per effetto della combinazione dell'avveramento della condizione principale e della scadenza del termine per l'esercizio della revoca senza che questa sia intervenuta. In questo caso si avrebbe quindi un *doppio condizionamento cumulativo di tipo risolutivo* dell'efficacia negoziale, e l'atto di revoca avrebbe una duplice valenza:

— eliminativa della clausola condizionale principale con effetto *ex tunc* (ove intervenga durante la fase di pendenza);

— ovvero, in caso di mancata revoca, di evento negativo che concorrerebbe con l'evento casuale a realizzare la condizione risolutiva.

Per quanto specificamente concerne gli atti aventi ad oggetto beni immobili, l'istituto della *trascrizione* consente di rendere opponibili ai terzi sia la condizione unilaterale, sia la condizione risolutiva potestativa apposta ad essa (art. 2659, ult. comma,

---

<sup>(164)</sup> MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 121 ss. *Contra*, VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 568 ss.

Secondo CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 61-62, a tutela dell'affidamento della controparte ed in osservanza del dovere di buona fede, la rinuncia alla condizione dovrebbe essere « resa nota all'altro contraente prima che egli abbia notizia del fatto che la condizione sospensiva non possa più verificarsi, o che la risolutiva si sia avverata; in mancanza, l'eccezione di intempestività potrà paralizzare l'efficacia della rinuncia ».

<sup>(165)</sup> Secondo MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 122, « In virtù del termine finale di efficacia, la fase di pendenza risulta, per così dire, « allungata » di un ulteriore tratto, in guisa da conciliare l'operare automatico della condizione con la sopravvivenza nel patrimonio del contraente favorito del potere di revocare la clausola che la prevede ».

Per la necessità che la « rinuncia » alla condizione intervenga entro « il termine ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi »



c.c.) <sup>(166)</sup>. A margine della trascrizione devono essere annotati sia l'avveramento della condizione sospensiva unilaterale o il mancare della condizione risolutiva unilaterale (art. 2668, comma 3, c.c.), sia l'avveramento della condizione risolutiva unilaterale (art. 2655, commi 1 e 4), sia infine l'avveramento della condizione risolutiva potestativa di secondo grado apposta alla condizione unilaterale (ovvero, in caso di doppio condizionamento risolutivo cumulativo, l'avveramento consistente nella mancata revoca della clausola condizionale entro il termine previsto) <sup>(167)</sup>. Per tali annotamenti sarà necessario il consenso della parte in danno della quale la condizione si è avverata o è mancata, espresso in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata (artt. 2656 e 2657 c.c.). L'espletamento di tali formalità pubblicitarie consente di dar conto ai terzi delle vicende del negozio condizionale, atteggiandosi quindi l'incertezza — nei confronti dei terzi medesimi — con lo stesso grado di intensità proprio della condizione ordinaria <sup>(168)</sup>.

Con riferimento alla condizione unilaterale, occorre infine tener presente la norma dell'art. 1469-*bis*, 3° comma, n. 20, c.c., in base alla quale si presume vessatoria, fino a prova contraria, la condizione sospensiva, dipendente dalla mera volontà del « professionista », alla quale sia subordinata solo la prestazione del medesimo, a fronte di un'obbligazione del « consumatore » immediata-

---

(come si esprime l'art. 1326, 2° comma, c.c.), BACIN, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 355.

<sup>(166)</sup> Nel senso che, ai fini dell'opponibilità ai terzi, l'unilateralità della condizione debba risultare inequivocamente dalla pubblicità relativa, GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 38 (che ammette, peraltro, oltre all'espressa menzione dell'unilateralità, anche la possibilità di desumerla con certezza dalla natura dell'evento condizionante, mettendo « in evidenza gli stessi elementi il cui accertamento, nel rapporto fra le parti, consente al giudice di riconoscere l'unilateralità della condizione »).

<sup>(167)</sup> GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 39-40, afferma che, così come è soggetto a pubblicità l'accordo modificativo che espunga dal contratto la clausola condizionale, è soggetto a pubblicità « anche l'atto unilaterale che, in forza di potere originariamente conferito a una delle parti determina gli stessi effetti di un accordo modificativo ».

<sup>(168)</sup> Si superano, così, le critiche secondo le quali la condizione unilaterale — *rectius* la rinunziabilità di tale condizione — aggraverebbe la posizione dei terzi, ampliando i profili di incertezza dell'istituto (BACIN, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 358).

mente efficace <sup>(169)</sup>. A prescindere dal rapporto della norma con l'art. 1355 c.c. <sup>(170)</sup>, merita segnalare che la vessatorietà della clausola ne determina l'inefficacia, « mentre il contratto rimane efficace per il resto » (art. 1469-*quinquies*, 1° comma, c.c.).

Per concludere, si può rilevare come quello della *condizione unilaterale* sia un *caso paradigmatico di scindibilità della condizione*, previsto dalle parti nel negozio condizionale e concretamente attuato con la revoca della clausola condizionale. L'interesse a tutela del quale è posta la condizione è quello inizialmente programmato con il negozio, non rilevando, sotto il profilo che interessa, eventuali evoluzioni delle situazioni di interesse successive alla formazione del negozio stesso <sup>(171)</sup>.

---

<sup>(169)</sup> Per la sussunzione della condizione prevista dall'art. 1469-*bis*, 3° comma, n. 20, c.c., nell'ambito delle condizioni unilaterali, cfr. MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 131 ss.

<sup>(170)</sup> Secondo MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 133, e nota 91, la salvezza del disposto dell'art. 1355 c.c., sancita dalla norma in commento, « non può avere altro significato se non quello che la norma generale continua ad applicarsi ai casi di condizione meramente potestativa apposta all'intero contratto, sia che dipenda dalla volontà del professionista, sia che dipenda da quella del consumatore ». L'Autore, tuttavia, non ritiene accettabile l'interpretazione meramente letterale della norma, nella parte in cui parla di condizionamento di una sola delle prestazioni, in cui ravvisa un difetto di causa; ritiene pertanto (p. 136) che la norma abbia come riferimento la condizione unilaterale a favore del professionista, apposta peraltro all'intero contratto. Accedendo a questa interpretazione, può quindi ritenersi che la sanzione dell'inefficacia della sola clausola condizionale — si tratti di condizionalità totale o parziale — è posta a tutela dell'interesse del consumatore, scindendo la condizione dal regolamento contrattuale, di cui viene fatta salva la validità e l'efficacia. Viceversa, la condizione unilaterale a favore del consumatore, se del tipo previsto dall'art. 1355 c.c., determina la nullità dell'alienazione o dell'assunzione dell'obbligo e quindi, generalmente, dell'intero contratto, in conformità alle regole generali.

<sup>(171)</sup> Rileva esattamente MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 90, che « il carattere unilaterale della condizione va valutato con riguardo agli interessi in gioco al momento della stipulazione del contratto, mentre l'interesse contrario di una parte al suo avveramento va individuato con riguardo alla fase di pendenza ». BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 67, pone esattamente in rilievo il profilo dinamico nel quale l'interesse viene in considerazione nell'art. 1358 (e quindi, ad esempio, a proposito della finzione di avveramento), in contrapposizione ad altre ipotesi (come quella in esame) caratterizzate invece dalla considerazione statica dell'interesse al momento della conclusione del contratto.

30. *Il problema dell'apposizione della clausola condizionale in data successiva alla formazione del regolamento negoziale.*

In dottrina è stata adombrata la possibilità di introdurre la clausola condizionale in un momento successivo rispetto a quello in cui il negozio giuridico si perfeziona <sup>(172)</sup>. L'opinione contraria si basa sull'aprioristica constatazione della inscindibilità della volontà condizionata <sup>(173)</sup>, e quindi, come tale, non può ricevere adesione.

In realtà, se un negozio nasce come puro, non vi è nulla di inscindibile con cui fare i conti. Il successivo inserimento della clausola condizionale rientra nell'autonomia delle parti, e gli unici limiti che può incontrare sono da un lato quello della compatibilità causale del regolamento modificato rispetto a quello previgente,

---

<sup>(172)</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 525, che vi ravvisa una modifica del negozio nato come puro e semplice, ritenendo, tra l'altro, non necessaria l'osservanza dell'eventuale forma *ad substantiam* prescritta per la conclusione del negozio; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 576 (« in generale l'ordinamento non vieta alle parti di *modificare* gli effetti del contratto subordinandoli ad una clausola condizionale »); MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 319, nota 160, e p. 326 (il quale ritiene necessaria l'osservanza dell'onere formale anche per la condizione apposta successivamente).

<sup>(173)</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 655-656 (« Escludiamo che possa aversi condizione apposta al negozio con determinazione successiva: essendo la volontà condizionata una ed inscindibile, non può concepirsi condizione aggiunta posteriormente ad una volontà determinatasi come pura e semplice: si avrebbe, nel caso, una rinnovazione del negozio, con la conseguente necessità della forma richiesta per esso *ad substantiam* »). In senso adesivo BARBERO, *Condizione (dir. civ.)*, cit., p. 1102; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 791; Cass. 7 agosto 1952 n. 2561, in *Foro it.*, Rep. 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 190.

In realtà, la posizione di Barbero sul tema merita un posto a sé: l'Autore, infatti, fa leva, oltre che sull'inscindibilità della condizione e sulla sua essenzialità rispetto allo schema concettuale della dichiarazione condizionata, anche sulla compatibilità con le vicende effettuali del negozio: egli distingue tra i negozi traslativi — con riferimento ai quali l'apposizione successiva della condizione rimetterebbe in forse il trasferimento già avvenuto e determinerebbe, in sostanza, un ritorno dell'oggetto trasferito all'alienante — ed i negozi con effetti obbligatori, rispetto ai quali, pur essendo consentito all'autonomia privata di prevedere successivamente una condizione, la nuova determinazione si risolverebbe in una rinnovazione del negozio, con i conseguenti oneri di forma. In realtà, la postulazione di una necessaria rinnovazione del negozio sembra aprioristica e non motivata se non con il solito argomento dell'inscindibilità. Quanto ai negozi traslativi, esistono effettivamente delle limitazioni conseguenti al particolare regime effettuale degli stessi, su cui v. oltre nel testo.

per cui valgono, di massima, le osservazioni precedentemente effettuate sul fenomeno della revoca della clausola condizionale; dall'altro, il limite derivante dalla compatibilità della modifica con gli effetti già prodottisi.

Sotto quest'ultimo aspetto, occorre distinguere. *Nulla quaestio*, innanzitutto, per i negozi con effetti obbligatori, che per definizione producono effetti solo tra le parti. Quanto ai negozi con effetti reali, l'inserimento successivo di una *condizione risolutiva*, anche retroattiva, non pone problemi nei rapporti tra le parti; nei rapporti con i terzi, il successivo avveramento della condizione risolutiva non potrà retroagire al momento della conclusione del contratto ma, al massimo, al momento dell'inserimento della clausola condizionale <sup>(174)</sup>. Peraltro, ipotizzando già eseguita la trascrizione del negozio puro, occorre porsi il problema dello strumento attraverso il quale far constare il successivo inserimento della condizione: non potendo trattarsi della trascrizione, essendo stata già effettuata, non rimane che l'annotamento. La possibile obiezione, fondata sul principio di tassatività delle forme e dei casi di pubblicità vigente nel nostro ordinamento <sup>(175)</sup>, deve essere superata mediante un'interpretazione sistematica e coerente di tale principio di tassatività, che consenta di segnalare, nei casi in cui è prevista la pubblicità, le modifiche intervenute nelle vicende effettuali già segnalate, anche nei casi non espressamente previsti <sup>(176)</sup>.

---

<sup>(174)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 319, nota 160. *Contra*, relativamente alla condizione meramente potestativa, PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 365, nota 150, secondo il quale « le parti non possono trasformare in diritto risolvibile il diritto pieno già acquistato dal compratore in virtù della vendita pura: l'accordo si concreterebbe in una rivendita subordinata a condizione sospensiva... ». L'affermazione è peraltro aprioristica e non fondata sul diritto positivo.

<sup>(175)</sup> Sul principio di tassatività delle ipotesi di trascrizione, cfr. da ultimo BRIENZA, *La tassatività delle ipotesi di trascrizione: superamento o conferma di un principio*, in *Pubblicità immobiliare: pubblicità nuova o pubblicità da riscoprire?*, a cura del Comitato Regionale Notarile Lombardo, Milano, 1992, p. 43 ss. Significativa — sotto il particolare angolo visuale dell'indagine in oggetto — l'affermazione di GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 27: « la clausola condizionale non è autonoma fattispecie... è, invece, parte inscindibile dell'atto cui è apposta: onde la pubblicità non può esserne prevista che agli stessi effetti per cui è imposta con riguardo a tale atto ».

<sup>(176)</sup> GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 28, nota 17, e p. 33: « Una cosa, infatti, è estendere il pubblico servizio dei registri immobiliari ad

Ancora maggiori problemi provoca l'inserimento successivo di una *condizione sospensiva*. Il negozio puro avrà prodotto *ab origine* i suoi effetti, e quindi non sembra possibile inserire una condizione sospensiva quando gli effetti si sono già prodotti<sup>(177)</sup>, se non mediante un negozio risolutorio dell'efficacia traslativa già prodotasi. Salva quest'ultima modalità, la fattispecie avrà possibilità di realizzarsi, in concreto, solo ove l'efficacia fosse originariamente sospesa per altri motivi (negozio a termine iniziale, o mancante di un altro coelemento di efficacia). Quanto al problema dell'opponibilità ai terzi, valgono le considerazioni sopra espresse con riferimento alla condizione risolutiva.

### 31. *La forma della clausola condizionale.*

Dottrina e giurisprudenza si sono occupate del problema della

---

ipotesi non previste dalla legge regolatrice di tale servizio, altra, completamente diversa, è consentire, anche per la via di integrazioni analogiche, che il servizio stesso, in relazione ai casi di intervento espressamente previsti, venga prestato in modo compiuto; e la compiutezza non potrebbe certo dirsi conseguita, qualora il servizio fosse condannato a perpetuare la fornitura, come ancora attuali, di notizie che tali non sono più ».

<sup>(177)</sup> BARBERO, *Condizione (dir. civ.)*, cit., p. 1002.

Il problema è stato analizzato, in particolare, a proposito della necessità o meno della contestualità del patto di riservato dominio rispetto al contratto di vendita, e le soluzioni proposte in tale sede si rivelano particolarmente interessanti, in considerazione della riconducibilità di tale patto al meccanismo condizionale di tipo sospensivo. Taluno sostiene la contestualità, *sic e simpliciter*, senza particolari motivazioni (GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 436; LUMINOSO, *Vendita*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 634); altri ha sostenuto che, una volta intervenuto il trasferimento della proprietà al compratore, il patto successivamente inserito sarebbe nullo per carenza di oggetto (BUCOLO, *Sulla contestualità fra vendita a rate e patto di riservato dominio, e sugli effetti della tardiva registrazione del relativo contratto*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 163). Altri ancora, più correttamente, rileva che è possibile salvare la validità del patto successivamente apposto, purché venga preliminarmente o contestualmente ritrasferita (in via provvisoria) la proprietà al venditore: BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 533; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 538; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 325. Si è poi evidenziato che, nell'ipotesi di successivo fallimento del compratore, il patto successivamente apposto dovrà considerarsi a titolo gratuito, e quindi inefficace di diritto *ex art. 64 l. fall.*, in assenza di prova dell'onerosità: BOCCHINI, *op. ult. cit.*, p. 325 (ed *ivi*, riferimenti di giurisprudenza).

forma che deve rivestire la clausola condizionale, sotto un duplice profilo. Si è innanzitutto rilevato che la condizione non deve necessariamente essere espressa, potendo risultare implicitamente, « come logica conseguenza della pattuizione in cui essa è racchiusa » (178). È evidente, peraltro, che deve ricorrere in concreto un comportamento concludente, deve cioè evincersi, dal contesto del regolamento negoziale, in rapporto alle circostanze di fatto in cui lo stesso si inserisce, un univoco significato nel senso dell'inserimento nel programma della clausola condizionale (179).

Sotto altro aspetto, si è esaminato il problema della forma che la clausola condizionale deve rivestire allorché la legge richieda per il negozio la *forma solenne*. Con riferimento al profilo più generale della forma degli elementi non essenziali del negozio, parte della dottrina si è espressa nel senso dell'estensione ad essi dell'onere formale, partendo dal presupposto che si tratta comunque di elementi — in concreto anch'essi essenziali per i dichiaranti — del contenuto negoziale, che rileva nella sua interezza e non atomisticamente; elementi che possono, del resto, rivestire comunque importanza determinante ai fini dell'interpretazione sistematica delle clausole contrattuali (180). Altra parte della dottrina, e la prevalente

---

(178) NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 450; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 769, e giurisprudenza ivi citata, alla nota 33; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 173; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 234-235; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 326; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 143. Maiorca individua peraltro delle ipotesi particolari in cui la legge richiede che la clausola condizionale sia stabilita in modo espresso: artt. 1273, 2° comma, 1274, 1° e 3° comma, c.c.

In giurisprudenza, Cass. 31 marzo 1949 n. 750, in *Giust. civ.*, Rep. 1949, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 160; Cass. 3 ottobre 1951 n. 2610, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 668; Cass. 29 dicembre 1953 n. 3860, in *Foro it.*, Mass. 1953, 736; Cass. 20 luglio 1962 n. 1950, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 860; Cass. 6 ottobre 1970 n. 1803, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1797, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 363 ss.

Secondo CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 258, nota 139, la c.d. condizione tacita o si identificherebbe con la presupposizione, ovvero si porrebbe in contrasto con il principio dell'irrelevanza dei motivi individuali.

(179) Sui requisiti del comportamento concludente, cfr. soprattutto SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 119 ss., 170 ss.; ID., *Manifestazione (in senso stretto)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 476 ss.

(180) Cfr. sul punto CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 446 ss. (ove citazioni di dottrina tedesca sul punto); SANTORO-

giurisprudenza italiana, sono per la tesi più liberale, richiedendosi esclusivamente che la forma solenne investa i requisiti essenziali del negozio <sup>(181)</sup>.

Anche con specifico riferimento alla forma della condizione si ripresenta il problema, da alcuni risolto nel senso che la clausola condizionale deve sottostare agli stessi requisiti di forma stabiliti dalla legge per il contratto cui accede <sup>(182)</sup>, anche nel caso di apposizione successiva della clausola condizionale <sup>(183)</sup>; secondo altri, viceversa, la condizione, sia essa apposta precedentemente, contemporaneamente o successivamente alla conclusione del negozio solenne, in quanto riduce o limita il contenuto o l'efficacia del negozio, potrebbe pattuirsi validamente pur senza l'osservanza di oneri formali, e potrebbe come tale addirittura opporsi ai terzi <sup>(184)</sup>.

---

PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 208; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 238; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 289; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 123; GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 28. Con riferimento al patto di riservato dominio, qualificato come condizione sospensiva, cfr. LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 541 (il quale ritiene necessaria la forma scritta « a pena di nullità quando la clausola riguarda una vendita immobiliare, trattandosi di patto accessorio direttamente incidente sull'effetto traslativo del contratto »). In giurisprudenza, Cass. 12 dicembre 1962 n. 3331, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1783, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 285 ss.

<sup>(181)</sup> BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 289-290; Cass. 18 febbraio 1977 n. 739, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 567 ss.; Cass. 13 ottobre 1982 n. 5290, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 115; Cass. 24 giugno 1982 n. 3839, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 553; Cass. 8 novembre 1983 n. 6588, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 49; Cass. 27 novembre 1986 n. 6990, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 241; Cass. 15 novembre 1986 n. 6738, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 242; Cass. 14 ottobre 1988 n. 5562, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Vendita*, n. 35; Trib. Palermo 7 dicembre 1991, in *Temì siciliana*, 1991, p. 532; Cass. 16 gennaio 1996 n. 301, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 286.

<sup>(182)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 326.

<sup>(183)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 326. *Contra*, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 525, che ritiene svincolata da oneri formali l'apposizione successiva della condizione, sulla base però della sola considerazione che trattasi di modificazione, ma non di riproduzione o rinnovazione del negozio.

<sup>(184)</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 447, ed ivi, alla nota 5, citazioni di dottrina, soprattutto tedesca, in senso conforme.

Nel senso che la pubblicità della clausola condizionale (e quindi, indirettamente, l'osservanza dell'onere formale ex art. 2657 c.c.) sia requisito di opponibilità della stessa ai terzi, cfr. GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 21 ss. (ed ivi riferimenti).

Sembra, in realtà, che la questione sia male impostata. Laddove la legge richiede l'osservanza di un dato onere formale, si riferisce sempre al negozio nel suo complesso, non scomponibile nelle singole clausole che ne costituiscono il contenuto. Il problema semmai si pone solo — in caso di inosservanza dell'onere — per verificare se la sanzione di nullità investa la singola clausola sprovvista di forma e, in caso affermativo, se tale nullità si estenda all'intero atto. Tenendo conto che — secondo il più recente orientamento dottrinale — l'onere di forma è sempre correlato alla produzione di determinati effetti, e si giustifica in funzione della particolare rilevanza degli interessi coinvolti <sup>(185)</sup>, può ritenersi che, laddove la clausola priva della forma richiesta sia produttiva di effetti autonomi e del tutto indipendenti dagli effetti tipici per i quali la legge richiede l'onere di forma, possa giustificarsi la validità della stessa <sup>(186)</sup>. Ove, viceversa, la clausola non faccia altro che regolare la produzione dei medesimi effetti tipici negoziali, la conclusione non può che essere quella della nullità.

Come è noto, l'inosservanza della prescrizione di forma richiesta *ad substantiam* comporta la nullità del negozio, ai sensi degli artt. 1418 e 1325 n. 4 c.c. Ove tale inosservanza sia riferibile ad una clausola negoziale, si prospetta un problema di nullità parziale, da risolversi in base alle norme contenute nell'art. 1419 c.c. e, per quanto specificamente riguarda la condizione, negli artt. 1354 e 634 c.c., applicabili per analogia al problema in esame, in quanto espressione dei principi sopra enucleati in tema di scindibilità ed inscindibilità della clausola condizionale. In sintesi, allorché la condizione rivesta il ruolo di elemento essenziale del contenuto negoziale, non è possibile ritenere la stessa svincolata dagli oneri formali richiesti dalla legge per la validità del negozio, ed il giudizio in termini di inscindibilità che ne discende comporta inevitabilmente la nullità dell'intero negozio ove la clausola con-

---

<sup>(185)</sup> Cfr. sulla questione, di recente, PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 443 ss.; VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 33 ss.; DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 773 ss.

<sup>(186)</sup> In tal senso, con riferimento al *modus* donativo stipulato per scrittura privata, Cass. 18 febbraio 1977 n. 739, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 2163, con nota contraria di AZZARITI, *Donazione con imposizione non contestuale di onere*.



dizionale non rivesta la forma prescritta. Se, viceversa, il giudizio si conclude nel senso dell'accessorietà <sup>(187)</sup> e della scindibilità della clausola condizionale, la stessa dovrà considerarsi come non apposta.

---

<sup>(187)</sup> Sull'importanza del giudizio di accessorietà ai fini del problema della forma del *modus* nella donazione, PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 382.

## CAPITOLO V

### RICOSTRUZIONE DEL CONCETTO DI CONDIZIONE E CONFINI DEL FENOMENO CONDIZIONALE

SOMMARIO: 32. Conclusioni in tema di interessi tutelati, estrinsecità assiologica e scindibilità della condizione. — 33. L'estrinsecità strutturale della condizione: sospensione dell'efficacia negoziale e sospensione dei singoli effetti. — 34. L'estrinsecità strutturale: esclusione dell'incidenza della condizione sul contenuto degli effetti; negozio condizionale e negozio « *per relationem* ». — 35. Conclusioni in tema di accidentalità della condizione: assenza di rilievo normativo della nozione. Distinzione tra accidentalità ed accessorietà, e riaffermazione dell'essenzialità di quest'ultima al concetto di condizione. — 36. Rapporti tra la condizione ed il tipo negoziale. — 37. Significato del brocardo « *condicio non est in obligatione* ». — 38. L'automatica incidenza dell'avveramento della condizione sull'efficacia del negozio. — 39. Limiti del fenomeno condizionale. *A)* I negozi aleatori. — 40. *B)* Condizione e regolamentazioni tipiche dell'efficacia negoziale in relazione al verificarsi di eventi futuri ed incerti. — 41. *C)* Condizioni improprie. — 42. *D)* Condizione esecutiva. — 43. *E)* Condizione e presupposizione. — 44. *F)* Condizione volontaria e condizione legale. — 45. *G)* Condizione e fonti di qualificazione oggettiva o soggettiva dell'effetto giuridico. — 46. *H)* Condizione ed elementi centrali della fattispecie negoziale. — 47. *I)* Condizione sospensiva e contratto preliminare. — 48. *L)* Condizione risolutiva e recesso. — 49. Condizione sospensiva e risolutiva. — 50. Natura giuridica dell'evento condizionante. Negozio condizionato ad un altro negozio. — 51. Definizione unitaria del concetto di condizione.

#### 32. *Conclusioni in tema di interessi tutelati, estrinsecità assiologica e scindibilità della condizione.*

L'analisi di diritto positivo ha confermato quanto già desumibile dalla ricognizione fenomenologica delle varie fattispecie di condizione: l'esistenza, cioè, di variegate situazioni di interesse, alle quali l'ordinamento giuridico non è insensibile, ma che vengono, viceversa, di volta in volta disciplinate secondo le modalità più idonee a garantire la migliore tutela e realizzazione degli interessi coinvolti.

La condizione rivela, pertanto, la propria caratteristica di congegno operativo definibile, a seconda dei punti di vista, come

meccanismo *neutro* (sotto il profilo strutturale) <sup>(1)</sup> e *polifunzionale* <sup>(2)</sup>, la cui disciplina legislativa rispecchia tutte le possibili combinazioni assiologiche e teleologiche e, proprio per ciò, si configura come disciplina di carattere generale.

È, quest'ultima, una conclusione di notevole momento: a fronte di prese di posizione dottrinali che — nell'ambito della ricostruzione teorico generale che individua nella *estrinsecità* un profilo essenziale per la qualificazione della clausola come condizionale — hanno, in più circostanze, ritenuto inapplicabile la disciplina della condizione allorché l'interesse tutelato con la stessa non coincideva con i classici « interessi esterni » (i riferimenti sul punto sono molteplici, e vanno dalla c.d. condizione di adempimento ai contratti aleatori, dal patto di riscatto al patto di riservato dominio) <sup>(3)</sup>, l'analisi che precede ha potuto dimostrare, in sostanziale consonanza con la posizione assunta della giurisprudenza prevalente nelle concrete *rationes decidendi* <sup>(4)</sup> — che tale affermazione

---

<sup>(1)</sup> Cass. 8 febbraio 1963 n. 226, in *Giust. civ.*, Rep. 1963, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 91; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 178; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 53; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 296, nota 438.

<sup>(2)</sup> Per la multifunzionalità del meccanismo condizionale, quale riflesso della sua utilizzabilità per una pluralità di impieghi e quindi di funzioni, che si accompagnano comunque ad una struttura precettiva costante, cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 295 ss.

<sup>(3)</sup> Per le numerose prese di posizione — soprattutto dottrinali — nel senso della necessaria estrinsecità degli interessi tutelati con il meccanismo condizionale (sulla scia della celebre ricostruzione di Falzea), cfr. soprattutto i paragrafi 19, 20, 21, 53 e 62.

<sup>(4)</sup> Si è evidenziato, nel corso della presente indagine, come la giurisprudenza — pur continuando a ripetere tralasciamente le tradizionali formule della accidentalità ed estrinsecità della condizione — nelle concrete *rationes decidendi* riconosce costantemente la validità di condizioni poste a tutela di interessi della più svariata natura, il più delle volte strettamente interconnessi con la causa concreta del negozio. Ogni esemplificazione, in questa sede, sarebbe superflua, dovendosi rinviare al presente studio nella sua interezza per l'indicazione delle singole, specifiche fattispecie di interferenza del meccanismo condizionale con la causa negoziale, ritenute legittime dalla giurisprudenza — sia di legittimità che di merito — assolutamente prevalente.

Per l'affermazione — spesso a livello di *obiter dictum*, ma anche, talvolta, quale *ratio decidendi* — dell'accidentalità della condizione e della sua estraneità alla causa del negozio, cfr. tra le altre Cass. 10 luglio 1954 n. 2446, in *Giust. civ.*, 1954, p. 1721; Cass. 15 ottobre 1957 n. 3848, in *Giust. civ.*, Rep. 1957, voce

è completamente destituita di fondamento: dovendosi, da un lato, rilevare che il requisito dell'estrinsecità in senso assiologico e funzionale non è richiesto da alcuna norma di legge <sup>(5)</sup>, e, dall'altro, che — adottando tale angolo visuale — la disciplina degli artt. 1353 ss. c.c. sarebbe inapplicabile alla maggior parte di negozi condizionati.

Una volta assodata l'esatta estensione della categoria condizionale, occorre senz'altro ritenerne *applicabile la relativa disciplina*, nella sua interezza, *a qualsiasi tipo di condizione, a prescindere dagli interessi con la stessa tutelati*. Ciò vale, evidentemente, anche per la disciplina della pendenza condizionale nei rapporti con i terzi (art. 1357 c.c.), e per la retroattività della condizione (art. 1360 c.c.): la tutela reale dell'interesse di entrambi i contraenti a disporre in pendenza della condizione discende non già dalla natura dell'interesse dedotto in condizione, ma più semplicemente dall'esigenza di non paralizzare la circolazione giuridica durante il periodo di pendenza di qualsiasi condizione. Anche la retroattività, che nasce dall'esigenza di adeguare l'efficacia negoziale in modo che l'incertezza condizionale non si ripercuota sugli interessi programmati con il negozio, non ammette limitazioni in relazione alle diverse tipologie di interessi che la condizione è diretta a tutelare.

Non ha senso quindi distinguere ai fini della disciplina applicabile — come ha fatto parte della dottrina <sup>(6)</sup> — tra applicazioni

---

*Obbligazioni e contratti*, n. 164; Trib. Catanzaro 31 marzo 1959, in *Giust. civ.*, Rep. 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 100; Cass. 21 dicembre 1962 n. 3398, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 271; Cass. 3 gennaio 1970 n. 8, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1666; Cass. 20 ottobre 1972 n. 3154, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1068, ed in *Foro it.*, 1973, I, c. 1164.

<sup>(5)</sup> Da ultimo, DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*, cit., p. 1104, rileva che « in mancanza di un'espressa previsione legislativa, è quantomeno dubbio che la c.d. estrinsecità rappresenti un requisito necessario ed indisponibile della clausola condizionale ». Rileva LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 8, che « Tra i requisiti della condizione la legge prevede espressamente solo l'oggettiva incertezza circa il realizzarsi dell'evento ed il suo collocarsi in un momento successivo rispetto al momento della conclusione del contratto. Il requisito della condizione come elemento esterno deriva quindi dall'elaborazione teorica ed in particolare dalle risalenti conclusioni di autorevole dottrina ».

<sup>(6)</sup> BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 231 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 134 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 233;

tipiche o atipiche del congegno condizionale, potendosi solamente sceverare tra condizione in senso tecnico ed ulteriori fenomeni — caratterizzati anch'essi dalla regolazione dell'efficacia negoziale in dipendenza di un evento futuro e incerto — che tuttavia non costituiscono condizione in senso tecnico (cfr. *infra*).

In un fenomeno come quello condizionale, caratterizzato da una mera « pre-cognizione » dell'interesse negoziale <sup>(7)</sup> nella fase della formazione del negozio, e dal decorso necessario del tempo intercorrente tra tale formazione e la realizzazione (eventuale) dell'interesse, l'ordinamento non rimane insensibile neanche alle possibili *evoluzioni delle situazioni di interesse* sottostanti al programma negoziale: reagendo a tali fenomeni evolutivi sia con norme specifiche (finzione di avveramento), sia con clausole generali come quella di buona fede, la cui ragion d'essere è proprio nell'esigenza di « seguire » la situazione di pendenza con regole non rigide e specifiche, ma elastiche ed astratte, più idonee ad adattarsi alle peculiarità del caso concreto. Proprio l'elasticità della regola di buona fede, per converso, impedisce di approfittare dell'evoluzione delle situazioni concrete, allorché ciò si riveli scorretto nell'economia degli interessi programmati dalle parti.

In quest'ottica, le singole norme non forniscono soluzioni univoche in ordine al controverso problema della *inscindibilità* o meno

---

COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 8. Per una critica all'idea che la tutela delle parti possa prevalere su quella dei terzi subacquirenti solo quando l'esigenza di protezione delle prime « non si ricolleghi alla mancanza in concreto della funzionalità del rapporto posto in essere », AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 454 ss., spec. nota 19. L'Autore tuttavia (a p. 458) ammette una certa misura di atipicità nella condizione volta ad integrare gli strumenti di tutela dello scambio (in specie, condizione di inadempimento), ritenendo che ciò comporti conseguenze di disciplina (inapplicabilità della finzione di avveramento, risarcimento del danno in caso di avveramento della condizione risolutiva); atipicità tuttavia di grado intermedio, che legittimerebbe comunque un'applicazione diretta e non analogica della disciplina condizionale. La confutazione di tale opinione discende da quanto affermato nel testo: il profilo risarcitorio è estraneo alla disciplina della condizione, e quanto alla finzione di avveramento, si tratta di uno strumento elastico, la cui applicazione, anche nell'ambito delle applicazioni tradizionalmente considerata come « tipiche » del meccanismo condizionale, deve essere verificata caso per caso in base alla sostanza degli interessi coinvolti.

(7) Per il fenomeno della pre-cognizione degli interessi nel processo di progressiva attuazione del diritto oggettivo, cfr. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, cit., p. 387 ss.

della condizione: l'eterogeneità delle situazioni normative evidenzia, per un verso, la rappresentazione da parte del legislatore di « tipiche » situazioni di interesse nelle varie situazioni regolate, sì da dar luogo, in ipotesi limite (disciplina dell'illiceità o impossibilità della condizione), a soluzioni contrapposte a seconda del settore di incidenza (atti tra vivi e disposizioni per causa di morte), proprio in relazione alla « tipica » ricorrenza, in ciascuna di queste situazioni, di diverse situazioni di interesse <sup>(8)</sup>. Per altro verso, le singole norme che disciplinano le vicende del rapporto condizionale, nella misura in cui determinano la ripercussione di tali vicende sulla sola clausola condizionale o, viceversa, sull'intero programma negoziale, si prestano spesso ad essere interpretate, nell'ambito del sistema del codice civile, quali semplici « presunzioni », suscettibili di superamento a fronte di una contraria manifestazione programmatica che evidenzia una situazione di interessi incompatibile con quella disciplina. In ogni caso — con riferimento alla condizione volontaria — è fatta salva una diversa valutazione degli autori del negozio che, come è stato riconosciuto, possono anche sciogliere, come lo avevano costituito, il « nesso di subordinazione » dell'efficacia negoziale al verificarsi dell'evento condizionante. Ciò presuppone, ovviamente, l'appartenenza dell'interesse condizionale alle parti del negozio, non essendo ovviamente consentito disporre della condizione allorché — come nel caso della *condicio iuris* — l'interesse sottostante faccia capo a soggetti estranei.

Avuto riguardo all'ipotesi di lavoro prospettata all'inizio del presente studio, la ricostruzione dei principi suesposti ha consentito di conseguire importanti risultati, il principale dei quali consiste nella *negazione della teoria dei due piani di interesse*, e, conseguentemente, della necessaria *estrinsecità assiologica* della condizione volontaria rispetto al negozio cui accede. La *condicio facti*, quindi,

---

(8) PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 306-307, evidenzia che il « problema relativo alla scindibilità o inscindibilità della « clausola » condizionale dal negozio cui afferisce » è risolto in vario senso dalla legge: « È decisivo osservare, in proposito, che il legislatore non ha seguito un criterio uniforme ogniqualvolta si è posto il problema della estensione all'intero negozio della nullità della condizione... L'eterogeneità di codeste soluzioni prova che esse sono fondate su contingenti ragioni di politica legislativa diverse secondo i casi, e non hanno alcuna relazione con il problema concernente l'unicità del negozio condizionale, problema che, evidentemente, non può che essere risolto in via generale per tutti i casi in senso positivo o negativo ».

agisce anche quale meccanismo di controllo e tutela dell'interesse interno negoziale — coincidente, quest'ultimo, con la *causa* del negozio — secondo una pluralità di modelli che comprendono: la regolazione degli effetti a fronte di interessi non ancora attuali, o precari; la contemporanea tutela di interessi ulteriori; il concorso alla miglior realizzazione dell'interesse programmato con il negozio. Con caratteristiche essenzialmente diverse, sotto il profilo assiologico, si presenta la *condicio iuris*, con la quale viene attuata, *ope legis*, la subordinazione dell'efficacia negoziale alla mancata interferenza di interessi estranei incompatibili.

La *rilevanza causale della condizione* determina importanti conseguenze di disciplina. Si è rilevato, ad esempio, che l'errore sulla condizione (per cui si crede sicuro un evento incerto, o incerto un evento sicuro) può assurgere ad errore sulla causa <sup>(9)</sup>, nel qual caso esso trova la propria regolamentazione nell'art. 1429, n. 1, c.c. (errore sulla « natura » del contratto), e determina l'annullabilità del negozio.

Tale rilevanza causale, peraltro, potrebbe essere colta non solo nel momento genetico e con riferimento alla clausola condizionale, ma anche durante la fase di pendenza e successivamente all'avveramento (o al mancato avveramento): se si accogliesse quella impostazione che ravvisa nella causa non solo un elemento rilevante a livello genetico, ma altresì un fondamentale criterio di valutazione della « apprezzabilità » e rilevanza degli interessi negoziali nella successiva fase attuativa del programma negoziale <sup>(10)</sup>, anche in rapporto all'evoluzione dei fattori di rischio ed

---

<sup>(9)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 460. Sull'impugnazione per errore nella clausola condizionale, v. anche COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 52.

<sup>(10)</sup> DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 8. Preziosi spunti in tal senso si rinvencono in CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 343, secondo il quale « la funzione indica la prospettiva dinamica attraverso la quale il contratto è considerato nella sua tensione alla realizzazione di un determinato assetto di interessi... le vicende successive, afferenti alla realizzazione dell'assetto di interessi programmato, non possono mancare di ripercuotersi su di esso, nel suo profilo funzionale ». L'Autore, muovendo dall'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, evidenzia pure come « una funzione meritevole di tutela possa perdere successivamente tale caratteristica, e all'incontro come una funzione che non è considerata meritevole di tutela possa diventarla allorché lo squilibrio tra le prestazioni sia corretto o per volontà delle parti (*reductio ad aequitatem*: artt. 1450, 1467, terzo comma, 767) o per eventi sopravvenuti (cfr. il

alla loro incidenza sull'equilibrio contrattuale come inizialmente

---

disposto dell'art. 1448, terzo comma: la lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta». Cfr. anche TOMMASINI, *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, cit., p. 125 ss., il quale, pur distinguendo nettamente tra la fattispecie (che esaurisce il suo ciclo e la sua funzione essenziale con il perfezionamento) ed il rapporto giuridico, ravvisa l'esigenza di attuare uno stretto collegamento tra l'interesse programmato (e cristallizzato al tempo della stipulazione dell'atto) e l'interesse che viene in considerazione nella fase attuativa, il quale, « pur rimanendo lo stesso nel suo nucleo, si arricchisce di apporti e motivi che prima non c'erano »: tale legame si esprime nel fatto che « l'atto, pur esaurendo la propria efficacia e funzione, storicamente continua a costituire il dato parametrico e di raffronto al quale sempre occorre fare riferimento per verificare la corrispondenza necessaria tra l'insorgere dell'interesse e la sua soddisfazione ».

Si tratta, in sostanza, di trasporre le problematiche note sotto l'etichetta di « vizio funzionale della causa » nell'ottica di un controllo della causa concreta del negozio, di analizzare cioè le vicende del rapporto alla luce della funzione di scambio e della ripartizione dei rischi concretamente programmate dai contraenti. Su tali problematiche, cfr. da ultimo GABRIELLI E., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1572 ss. Sul vizio funzionale della causa, cfr. i classici studi di MIRABELLI, *Il vizio della causa del negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 1950, p. 257 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 184 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 597 ss.

In termini critici sul ruolo della causa *in executivis*, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 326, con particolare riferimento al profilo dell'adempimento dell'obbligazione: « diverso, nei due casi, è l'oggetto della valutazione: in sede di qualificazione della causa, ciò che va accertato è l'esistenza di un « appropriato rapporto » tra *regolamento e interessi*, e dunque l'« adeguatezza dei mezzi ai fini »; il giudizio di gravità dell'inadempimento pone viceversa a confronto il precetto negoziale con il contegno esecutivo, e dunque la *regola* di condotta con la *condotta* concretamente intesa ». Conseguentemente (p. 327, nota 34), « tutto sembra dunque mutare: l'oggetto del giudizio, il parametro di valutazione, l'esito della stessa sul piano delle sanzioni ».

Le osservazioni di cui sopra — riferite essenzialmente al giudizio di gravità dell'inadempimento — non sembrano comunque facilmente trasponibili al diverso problema della rilevanza della valutazione causale durante la fase di pendenza: se è vero che la causa è l'interesse fondamentale programmato dalle parti, come tale distinto dagli interessi secondari che pure trovano espressione e tutela nel programma negoziale, non può negarsi la rilevanza di tale distinzione nella fase di pendenza, in cui, peraltro, la regola negoziale viene ancora in considerazione nella sua veste programmatica, essendo, per definizione, la pendenza anteriore all'attuazione del programma negoziale. Ciò significa, ad esempio, che la valutazione circa la rilevanza causale dell'interesse condizionale può determinare, durante la fase di pendenza, contrapposte soluzioni in ordine al problema della scindibilità della clausola condizionale.



configurato <sup>(11)</sup>, le vicende relative alla stessa condizione (sia di tipo patologico che fisiologico) potrebbero acquisire diverso rilievo in relazione al tipo di compenetrazione dell'interesse condizionale con l'interesse causale.

Il *limite* della funzionalizzazione della condizione allo stesso interesse interno negoziale è dato dalle ipotesi di *condizione sospensiva meramente potestativa*, contemplate nell'art. 1355 c.c.: l'ordinamento, allorché l'interesse condizionale è indistinto ed indifferenziato rispetto allo stesso interesse al negozio, e l'evento condizionante è rappresentato da un comportamento volontario e libero dell'alienante o del debitore, reagisce negando validità (*rectius* efficacia) alla pattuizione, per insufficienza del *vinculum iuris* così creatosi, ed inidoneità dello stesso ad usufruire della tutela reale data dal congegno condizionale. In ogni altra ipotesi, l'interesse interno negoziale può essere efficacemente tutelato sia con una condizione casuale o mista, sia con una condizione potestativa semplice o meramente potestativa.

La ricognizione fenomenologica degli interessi condizionali ha potuto evidenziare come esistano anche situazioni in cui la condizione si configura quale *elemento secondario* del contenuto contrattuale, sia in quanto operante solo su patti e clausole a loro volta accessori nell'economia del programma, sia nei casi in cui, pur investendo l'efficacia dell'intero negozio, tutela solo interessi esterni ed autonomi rispetto all'interesse interno negoziale, interessi in certo senso « sacrificabili » rispetto all'interesse interno, quanto meno nelle ipotesi patologiche investenti la condizione, ovvero in base ad una valutazione *a priori*, oppure *a posteriori* delle stesse parti del negozio <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Si tratta, in sostanza, di rivalutare, sotto diverso angolo visuale, il concetto di « vizio funzionale » della causa, valorizzandolo in relazione alle ipotesi in cui si ha, nella fase attuativa del programma negoziale, uno « spostamento di funzione », un mutamento della causa concreta anche senza alterazione della funzione tipica: cfr. sul punto MIRABELLI, *Il vizio della causa del negozio giuridico*, cit., p. 262.

<sup>(12)</sup> Non è quindi esatta la riconduzione aprioristica ed in via generale della condizione agli elementi primari del contenuto negoziale, affermata da una parte della dottrina (FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, cit., p. 312 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 207; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 121, e p. 297 ss.), che si interseca con l'affermazione della necessaria inscindibilità della condizione dal regolamento

L'elasticità della disciplina della condizione, in funzione della variabilità del tipo di interessi coinvolti e dei possibili legami tra gli stessi, comporta che le *vicende modificative*, come anche le *vicende patologiche* che riguardano il profilo condizionale, non necessariamente estendono la propria portata all'intero programma negoziale, essendo quest'ultima solo un'eventualità, prospettabile nelle ipotesi in cui più stretto è il legame tra interesse « condizionale » ed interesse fondamentale programmato (causa del negozio). Ciò non toglie che il legislatore « tipicizzi », in più occasioni, la disciplina in relazione alle situazioni di interesse maggiormente ricorrenti nello specifico settore di operatività delle singole norme, ma tale « tipizzazione » opera, per lo più, a livello di semplice « presunzione », lasciando spazio per la prova contraria e, quindi, per l'applicazione di una diversa disciplina (è quanto avviene, ad esempio, a proposito delle condizioni illecite e impossibili, della condizione unilaterale, della finzione di avveramento, della condizione meramente potestativa).

33. *L'estrinsecità strutturale della condizione: sospensione dell'efficacia negoziale e sospensione dei singoli effetti.*

Sotto altro e diverso profilo, l'indagine ha confermato che l'*estrinsecità strutturale* costituisce caratteristica essenziale del feno-

---

negoziale, sì da determinare, necessariamente, « la propagazione a quest'ultimo delle conseguenze legate alla patologia della prima » (AMADIO, *op. e loc. ult. cit.*). Secondo quest'ultimo Autore (p. 300), un argomento in tal senso si trarrebbe dal confronto tra la disciplina della condizione illecita (che porterebbe sempre e comunque alla nullità dell'intero contratto, anche ove vi fosse l'enunciazione di un ulteriore motivo lecito) e la disciplina del motivo illecito (che determina nullità solo quando non sia enunciato un ulteriore motivo lecito). Questa interpretazione dell'art. 1354 non è tuttavia corretta, come sopra dimostrato, e come confermano tutte le altre ipotesi di scindibilità e secondarietà della clausola condizionale, sopra enucleate. In altri termini, se è vero che « anche quando la condizione miri a raggiungere uno scopo ulteriore rispetto a quello tipico e ad esso aggiunto, la subordinazione dell'efficacia negoziale al conseguimento del primo ne conferma la valenza decisiva assunta sul piano motivazionale » (AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 302), è altresì vero che la ricomposizione del sistema ad unità esige di tener conto di tutte le altre norme che — sia in relazione alle patologie iniziali, sia in funzione di un interesse in tal senso manifestato all'atto della formazione del negozio, sia infine in virtù dell'evoluzione del sistema di interessi negoziale — consentono la « scorporabilità » della clausola condizionale dal resto del programma, e quindi la sopravvivenza di quest'ultimo in forma non condizionata.

meno condizionale: avuto riguardo, cioè, all'evento condizionante, il medesimo è estrinseco rispetto al ciclo formativo interno della fattispecie negoziale, nel senso che la sua esistenza o meno non influisce sulla esistenza e validità del negozio, né sul contenuto del programma e degli effetti, ma unicamente sul prodursi o sul permanere dell'efficacia<sup>(13)</sup>. La condizione quindi, sia essa sospensiva o risolutiva, non incide mai sul negozio, ma sempre sul rapporto giuridico, ed in genere sugli effetti, attuali o potenziali, da esso scaturenti<sup>(14)</sup>.

La ricostruzione teorica trova, sotto questo profilo, un'importante aggancio positivo nella nozione codicistica di condizione delineata dall'art. 1353 c.c., quale evento cui le parti subordinano « l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto », e trova poi conferma nelle singole norme dedicate alla condizione in genere, o a suoi profili specifici. Questa estrinsecità strutturale, elemento qualificante della condizione, è ravvisabile peraltro nel solo evento condizionante, e non anche nella clausola condizionale: la presenza di quest'ultima è spesso, come sopra rilevato, essenziale nell'economia del programma negoziale, e, mentre in talune fattispecie la sua assenza determina lo stravolgimento della causa concreta del negozio, in altre ipotesi — il riferimento è, segnatamente, alle c.d. promesse condizionate ad una prestazione — l'estrapolazione della clausola condizionale determina addirittura l'invalidità del negozio per mancanza di causa.

Occorre peraltro segnalare che, in dottrina, il requisito dell'estrinsecità strutturale è stato diversamente interpretato: da taluno, nel senso che venga sospesa o risolta l' « impegnatività » del

---

(13) FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 3-4. La compiuta esposizione del principio si deve già a SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 12 ss., spec. p. 14: « quello che è essenziale nella *condizione*, e cioè la caratteristica che distingue questa determinazione accessoria dalle altre e che perciò attribuisce alla parola *condizione* un significato tecnico, consiste principalmente nell'influenza esercitata sull'efficacia del negozio al quale essa è apposta ».

(14) Cfr., per l'evoluzione della dottrina sul punto, BELFIORE, *Pendenza*, cit., p. 874 ss. In giurisprudenza, Cass. 27 marzo 1952 n. 826, in *Foro it.*, Mass. 1952, 204; Cass. 15 ottobre 1957 n. 3848, in *Giust. civ.*, Rep. 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 164; Cass. 8 febbraio 1963 n. 226, in *Giust. civ.*, Rep. 1963, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 91; Cass. 5 febbraio 1968 n. 381, in *Giust. civ.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 129; Cass. 20 luglio 1971 n. 2335, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1204, ed in *Foro it.*, 1972, I, c. 1361.

negozio nella sua totalità, e quindi il « vincolo negoziale », o « effetto negoziale »<sup>(15)</sup>; dalla maggioranza degli autori, viceversa, nel senso che il mancare della condizione sospensiva o l'avverarsi di quella risolutiva non affettano il negozio nella sua totalità, bensì solamente i *singoli effetti finali* da esso scaturenti<sup>(16)</sup>, rimanendo in vigore, nonostante la retroattività, alcuni aspetti regolamentari (come ad esempio le clausole arbitrali o l'elezione del foro competente), l'obbligo di risarcimento del danno in caso di violazione della buona fede o di inadempimento, eventualmente obblighi di protezione, strumentali e simili<sup>(17)</sup>. Questa seconda impostazione

---

(15) MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 275, e p. 276, nota 5. L'Autore, in posizione isolata, ne desume — per l'eccezionalità del potere dei privati di incidere sul vincolo negoziale — l'eccezionalità dello stesso istituto condizionale.

Secondo RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 120, nella condizione sospensiva « il rapporto fondamentale (definitivo), e quindi gli effetti singoli definitivi, non sono ancora sorti, e nel frattempo si sono prodotti solo effetti preliminari »: tra questi ultimi l'Autore colloca anche l'irrevocabilità del negozio.

Per BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 467 ss., dall'avveramento della condizione dipende « il valore impegnativo del negozio », e « ha luogo, ovvero cessa di aver luogo, il regolamento d'interessi disposto ».

Secondo SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 326, l'inefficacia, al pari della nullità, « mette fine al cosiddetto « effetto negoziale » tipico, giacché se l'atto non è più in grado di realizzare l'interesse in funzione del quale è stato posto, non ha senso ritenere le parti legate al « vincolo negoziale », il quale si giustifica solo in funzione del verificarsi o del perdurare degli effetti finali ». L'inefficacia, quindi, si risolve (p. 331-332) nella « mancata attribuzione di un indice di valore a un fatto, e cioè dell'indice della doverosità o possibilità ai comportamenti cui è affidata dai soggetti o dalla norma la realizzazione dell'interesse negoziale ». L'Autore (p. 346), sulla scia di Falzea (*La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 46 ss.), parla quindi di *inutilità* del negozio in caso di mancato avveramento della condizione sospensiva (ma di inefficacia definitiva *tout court* con riferimento alla condizione risolutiva, pur senza chiarire la portata pratica della differenziazione dei due concetti).

(16) SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 331, nota 69; ID., *Sulla mancanza definitiva della condizione e la conseguente inefficacia del negozio*, cit., c. 253 ss.; ID., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1966, p. 135 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 226 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 515; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 601 ss. Per FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 254, nota 60, l'irrevocabilità del negozio sospensivamente condizionato (che è poi, da un diverso angolo visuale, il c.d. vincolo negoziale) « non si atteggia come effetto preliminare, sibbene come effetto definitivo, perché trattandosi di attributo rispondente alla natura del contratto, la condizione non opera nei suoi confronti quella sospensione che opera invece nei confronti degli altri effetti ».

(17) SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 146-147.

appare più coerente, in quanto spiega in modo più convincente la situazione di pendenza della condizione sospensiva, durante la quale il vincolo negoziale sussiste a tutti gli effetti, con le conseguenze note in termini di impegnatività e di effetti preliminari.

Del resto, quanto detto non implica la permanenza in vita del vincolo negoziale quando sono venuti definitivamente meno gli effetti finali: è ben possibile, infatti, ipotizzare l'incidenza della condizione sui soli effetti finali, e nel contempo ritenere che, solo quando venga meno definitivamente la *totalità* di detti effetti, il vincolo negoziale — che è, in realtà, strumentale alla produzione degli effetti finali <sup>(18)</sup> — risulti, come conseguenza riflessa, inficiato <sup>(19)</sup>. In altri termini, se è vero che l'inefficacia, « pur traendo origine dal fatto, attiene all'effetto giuridico, in quanto costituisce il particolare modo d'essere di una fattispecie effettuale, priva della sua componente di valore, cioè del suo elemento squisitamente formale » <sup>(20)</sup>, nulla osta — e lo conferma il fenomeno della condizionalità parziale — a che la suddetta componente di valore permanga limitatamente a quegli effetti ed a quelle componenti del programma negoziale che le parti hanno inteso realizzare incondizionatamente: sarà l'interpretazione del negozio, volta per volta, a stabilire se ed in che misura possa ritenersi permanente — nonostante il mancato avverarsi della condizione — un interesse parziale alla perdurante efficacia del negozio, e quindi del vincolo negoziale.

Il fenomeno della *condizionalità parziale* consente, in effetti, di

---

<sup>(18)</sup> Per una critica alla teoria di Scognamiglio dell'« effetto negoziale » come entità autonoma rispetto agli « effetti finali », cfr. TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 162 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., p. 465 ss.

Per la critica della nozione di « rapporto giuridico fondamentale » come effetto autonomo, proposta dal Rubino, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 196 ss., nota 185; SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 328-329; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 60.

Per la diversa tesi della « situazione mezzo », produttiva a sua volta del rapporto giuridico finale, NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 166 ss.; in senso critico, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 34-35, nota 22.

<sup>(19)</sup> Per il venir meno del vincolo negoziale e degli effetti preliminari a seguito dell'esito negativo della pendenza, SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 9.

<sup>(20)</sup> SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 332.

ricostruire la teoria della pendenza condizionale su basi più sicure, rispetto a quanto sinora effettuato. Come è noto, l'art. 1353, e l'art. 1354, terzo comma, c.c., parlano di condizionamento dell'efficacia del contratto o di un « singolo patto », con ciò giustificando pienamente il condizionamento parziale nella misura in cui questo afferisca a clausole accessorie e secondarie del programma negoziale. La dottrina assolutamente prevalente e la giurisprudenza ammettono, peraltro, il condizionamento che investa anche una sola delle prestazioni principali scaturenti dal negozio <sup>(21)</sup>, mentre è assolutamente minoritaria la posizione negativa <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Per l'ammissibilità del condizionamento parziale, inerente non solo un singolo patto o clausola, ma addirittura una delle prestazioni principali, cfr. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, p. 244, nota 9; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 120, nota 1; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 252, e nota 59; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 237; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 415; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 135 ss., e p. 170 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 222 ss.; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 91 ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 263; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 136, e nota 18; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 289-290 (il quale afferma che la condizionalità parziale si traduce, sempre e necessariamente, in una ipotesi di determinabilità del contenuto contrattuale, in quanto, a seguito dell'avveramento o del mancato avveramento, il contenuto medesimo risulterà arricchito o privato di un elemento, sia pur secondario); BARBERO, *Sistema del diritto privato*, (II edizione rielaborata da Liserre e Floridia), Torino, 1993, p. 277; AMADIO, *La condizione di adempimento*, cit., p. 427 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 65 ss., e p. 135 (con particolare riferimento al condizionamento di una prestazione nel contratto plurilaterale).

In senso parzialmente diverso, NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 446 (secondo il quale, sembra, la condizionalità parziale presupporrebbe la scindibilità della clausola condizionata rispetto al resto del contenuto negoziale); MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 186-187 (« la condizione è un evento idoneo ad operare sull'efficacia del contratto tutto intero: non sui diritti e le obbligazioni di uno solo dei contraenti; a meno che la condizione — per il suo specifico contenuto — sia destinata ad agire soltanto sui diritti e sulle obbligazioni di un solo »).

In giurisprudenza, nel senso che è possibile condizionare anche una sola delle obbligazioni principali scaturenti dal contratto, Cass. 8 luglio 1937 n. 2388, in *Assicurazioni*, 1937, p. 244; Cass. 11 luglio 1938 n. 2607, in *Foro it.*, Rep. 1938, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275; Cass. 5 agosto 1947 n. 1448, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, II, p. 102; Cass. 14 giugno 1957 n. 2247, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 746; Cass. 29 settembre 1977 n. 4159, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 526 ss., ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 36 ss.

La condizionabilità, oltre che di una clausola accessoria, di una sola delle prestazioni essenziali del negozio trova conferma in una serie di norme positive, ed innanzitutto nel richiamo — contenuto nell'art. 1354, 3° comma — all'art. 1419 c.c., e quindi all'eventualità che la pattuizione sottoposta a condizione costituisca elemento essenziale ed imprescindibile del programma negoziale.

Altro argomento interpretativo è quello che si trae dall'art. 1469-bis, 3° comma, n. 20 c.c., che contempla l'ipotesi di prestazione da parte del « professionista » sospensivamente condizionata alla sua mera volontà, a fronte di un'obbligazione del « consumatore » *immediatamente efficace*.

Vi sono poi una serie di ulteriori indici normativi dai quali scaturisce la conclusione suesposta: dalla *emptio spei* alla vendita con riserva di proprietà, da alcune figure di contratti aleatori alla vendita di cosa futura, la dottrina ha individuato diverse fattispecie negoziali nelle quali risulta sospesa solo l'efficacia di una delle prestazioni contrattuali, mentre, per il resto, il contratto produce la sua piena efficacia. L'obiezione da qualcuno proposta in merito alla condizionabilità di alcuna soltanto delle prestazioni essenziali consiste essenzialmente nel fatto che tale tipo di condizionamento

---

Per la distinzione (non presente alla giurisprudenza più risalente ed a parte della dottrina) tra condizione apposta all'obbligazione di una sola parte e condizione unilaterale (apposta all'intero contratto, ma nell'interesse di un solo contraente), MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 18.

(22) FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 812, il quale afferma che la condizione « come clausola negoziale *oggettiva*, facente parte integrante del precetto negoziale, aderisce sempre e necessariamente a tutto il negozio e ne sospende tutti gli effetti tipici; onde la sua forza efficiente non può mai venire circoscritta a parte del negozio »; GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 137 (per il quale l'art. 1353 consente, in alternativa al condizionamento totale, solo il condizionamento di un patto accessorio e quindi non essenziale); TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, cit., p. 379-380 (che fa leva sull'inesistenza di alcuna espressa disposizione legislativa che consenta il condizionamento di un singolo effetto contrattuale, e sul difetto di estrinsecità di un tale tipo di condizione); MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 107-108, e p. 134 ss. (per il quale « è escluso che possa parlarsi di condizione non solo in relazione ai contratti aleatori, ma ogniqualevolta risulti subordinata l'efficacia di una clausola nella quale siano dedotte prestazioni fondamentali, considerando che in questi casi manca nella « condizione » l'elemento caratterizzante il suo tipo di riferimento, rappresentato dall'accidentalità, intesa nel senso di elasticità o indifferenza al tipo legislativo »).

inciderebbe sul tipo del negozio, alterandone la commutatività e trasformandolo quindi in negozio aleatorio: l'irrilevanza dei requisiti di estrinsecità assiologica ed accidentalità ai fini della configurabilità della condizione in senso tecnico, che si ritiene di aver dimostrato con il presente lavoro, consente certamente il superamento di tale ostacolo.

Si trae, da quanto detto, conferma della tesi che considera *anche il condizionamento totale del contratto come afferente ai singoli effetti finali*, e non alla generica « impegnatività » del negozio: in questo senso depone la considerazione unitaria, nel codice civile, delle fattispecie di condizionamento totale e parziale, che sono normativamente disciplinate in modo unitario, ma la cui omogeneità qualitativa risulterebbe pregiudicata dall'accoglimento di una diversa tesi.

Quanto sopra induce, peraltro, a rivedere la rigida *bipartizione rilevanza-efficacia*, sulla quale è stata autorevolmente costruita la teoria della pendenza condizionale. Se è vero che nel negozio parzialmente condizionato si ha la produzione di effetti definitivi relativamente alla « zona » negoziale non condizionata, e se è altresì vero — come verrà *infra* chiarito — che nell'ipotesi di condizione risolutiva il negozio produce immediatamente non i suoi effetti tipici e definitivi, ma soltanto effetti precari e risolubili, alla bipartizione negozio rilevante — negozio efficace occorre sostituire una più completa *quadripartizione*: quella che distingue *negozi semplicemente rilevanti*, *negozi parzialmente efficaci* <sup>(23)</sup>, *negozi provvisoriamente efficaci* e *negozi definitivamente efficaci*. In ciascuna delle prime tre categorie si ravvisa la presenza di effetti preliminari e quindi di un'aspettativa condizionale, che tuttavia, nel secondo e nel terzo caso, si accompagna alla produzione di effetti finali, più o meno stabili. La possibilità di coesistenza tra semplice rilevanza ed efficacia finale nello stesso negozio non è stata finora chiaramente teorizzata in dottrina, ed a tale mancata consapevolezza devono imputarsi le difficoltà di inquadramento di una serie

---

(23) Già FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 23, nota 48, rilevava che « Astrattamente l'aspettativa si può verificare sia nel caso in cui la fattispecie, perfetta nei suoi elementi strutturali, non produca tuttavia alcun effetto giuridico (inefficacia totale), sia nel caso che ne produca solo alcuni, in relazione alla esistenza dei presupposti di efficacia richiesti specificamente per il sorgere di questi effetti (inefficacia parziale) ».



di *negozi ad effetti reali differiti* — come ad esempio la vendita con riserva di proprietà, o la vendita di cosa futura — che vengono genericamente etichettati come fattispecie di « vendite obbligatorie » (24): formula, questa, meramente descrittiva, come è stato incisivamente rilevato (25), e che non spiega adeguatamente il fenomeno della sospensione degli effetti reali, a fronte del prodursi immediato degli effetti obbligatori, ed in particolare dell'obbligo (definitivo e non preliminare) di far acquistare al compratore la proprietà del bene (art. 1476 n. 2 c.c.). L'applicazione, a tali negozi — in via diretta o analogica, a seconda che si tratti di condizione in senso tecnico o di coelemento necessario di efficacia — della disciplina della pendenza condizionale — limitatamente all'effetto

---

(24) Sintomatiche della difficoltà a cui si accenna nel testo sono alcune affermazioni aprioristiche della dottrina, che contesta la condizionalità delle c.d. vendite obbligatorie, o più in generale la riconduzione al binomio fatto rilevante-fatto efficace, *senza considerare la possibile configurabilità di una sospensione parziale degli effetti*. Cfr., ad esempio, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 412 (per il quale la vendita condizionata « non può propriamente essere considerata un'ipotesi di vendita obbligatoria, perché in essa non è solo il trasferimento del diritto ma tutta quanta l'efficacia, o per meglio dire tutti quanti gli effetti definitivi del contratto, che rimangono sospesi »); BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 82 (« A questa qualificazione, notiamo, è senz'altro estranea la vendita sospensivamente condizionata. La sospensione dell'efficacia del negozio preclude infatti sia l'effetto traslativo immediato sia l'effetto obbligatorio »); BELFIORE, *Pendenza*, cit., p. 885, nota 45 (« il binomio fatto rilevante-fatto efficace è destinato a trovarsi indiscutibilmente a disagio dinanzi al caso, ad esempio, della vendita di cosa generica. Di tale fattispecie dovrebbe, infatti, predicarsi, per un verso, una qualifica in termini di rilevanza (la fattispecie « vendita di cosa generica » è, per definizione, incompleta, essendo inidonea a produrre, da sola, l'effetto traslativo...) e, per l'altro, una qualifica in termini di efficacia, dato che essa non produce mere aspettative, ma diritti pieni in capo sia all'acquirente che all'alienante »); MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 173-174 (per il quale la vendita con patto di riservato dominio non è vendita condizionale poiché « gli effetti obbligatori del contratto si esplicano immediatamente, giacché dalla conclusione nasce sia l'obbligo di consegna sia l'obbligo di pagare il prezzo »).

(25) PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 201 (secondo il quale la categoria della vendita obbligatoria « non è espressione di una disciplina unitaria, ma rappresenta per lo più solo il tentativo di ridurre a unità delle forme di compravendita tra loro eterogenee, sulla base della semplice caratteristica negativa del differimento dell'effetto traslativo »).

Sulla categoria della vendita obbligatoria, cfr. tra gli altri GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 309 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 7 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 82 ss.

reale sospeso — consente di risolvere una serie di problemi (si pensi alla disciplina della pubblicità immobiliare), che diversamente non troverebbero una regolamentazione certa; d'altra parte, l'affermazione della pendenza condizionale del solo effetto traslativo non impedisce di accogliere, nel contempo, le conclusioni a cui dottrina e giurisprudenza prevalenti giungono, sia nel catalogare le fattispecie in esame come vendite obbligatorie, sia in termini di disciplina scaturente da tale qualifica in termini di obbligatorietà <sup>(26)</sup>.

34. *L'estrinsecità strutturale: esclusione dell'incidenza della condizione sul contenuto degli effetti; negozio condizionale e negozio « per relationem ».*

Costituisce affermazione pacifica, in dottrina, quella per cui la condizione svolge la limitata funzione di determinare l'*an* ed il *quando* dell'efficacia negoziale, rimanendo esclusa ogni influenza dell'evento condizionante — sia esso di natura sospensiva o risolutiva — sul contenuto degli effetti <sup>(27)</sup>. La riconduzione di tale

---

<sup>(26)</sup> Le conclusioni del testo si pongono, quindi, in linea con gli studi più approfonditi in tema di vendita obbligatoria, che ravvisano nella stessa una sospensione parziale dell'efficacia (traslativa), a causa della mancanza di un « coelemento necessario di efficacia »: GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 122 ss.

<sup>(27)</sup> Si tratta di concezione ormai comunemente accolta: cfr. sul punto, con diversità di formulazioni, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 22 ss., p. 91, nota 28, p. 131-132; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 63 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 638 ss.; ID., *Le successioni per causa di morte*, Napoli, 1977, p. 38 (« La causa è la potenza... attiva che produce l'effetto, mentre la condizione è ciò senza di cui la causa non agirebbe, la circostanza... mancando la quale un fatto non può prodursi »); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 35 (che così definisce i rapporti tra negozio e condizione: « di essi, l'uno soltanto è il fatto propriamente operativo dell'effetto giuridico: laddove l'altro ha una portata complementare e negativa: quella cioè di far funzionare l'energia propria del primo, impedendone o provocandone l'esplorazione »); MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 583; PULEO, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano, 1959, p. 135 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 133 (« Il negozio solo è causa dell'effetto, il fatto che agisce da individuatore del rapporto giuridico: la condizione è, temporalmente e logicamente, solo occasione e momento della produzione e della risoluzione dell'effetto »); BARBERO, *Condizione (dir. civ.)*, cit., p. 1097; SANGIORGI,

modalità operativa al concetto di *estrinsecità strutturale* <sup>(28)</sup> discende dalla constatazione che il congegno condizionale « opera sempre dall'esterno e non altera la natura dell'atto che rimane immutato nella sua composizione strutturale interna, così come egualmente immutate permangono le conseguenze giuridiche che ad esso riconduce il diritto... influenzando unicamente sulle modalità estrinseche con cui l'atto spiega la sua efficacia » <sup>(29)</sup>.

La distinzione tra elementi della fattispecie che determinano il contenuto degli effetti, ed elementi che viceversa influiscono solo sul venire in essere degli effetti stessi (o coelementi), risale già alla pandettistica, ed in genere alla dottrina tedesca (in particolare Oertmann, Hopp ed Henle, che distinguono tra l'*Ob* ed il *Was* degli effetti negoziali), e trova, nella dottrina italiana, una compiuta

---

*Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 143 ss., ed ivi, nota 65 (ove la precisazione che « la posizione che spetta alla condizione rispetto al negozio è quella di un evento estrinseco, che non concorre alla produzione degli effetti negoziali, ma rappresenta una semplice « occasione » del loro manifestarsi », e che « la rilevanza causale dell'evento condizionante, in ordine agli effetti negoziali, discende dall'originaria previsione contenuta nel negozio stesso, e non da una intrinseca potenzialità dell'evento »); CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 214; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 275 (che parla di « meccanismo di regolazione della operatività » del negozio); AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 177-178.

In senso critico sulla diversa rilevanza degli elementi della fattispecie complessa ai fini dell'efficacia, CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., p. 436 ss.; ID., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 940; FURGIUELE, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 232 ss. Già FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 22 ss., ammoniva peraltro a non impostare la distinzione tra cause e concause degli effetti sul criterio testé descritto, poiché « la funzione causativa rimane del tutto indifferente ed estranea per il profilo diverso della rilevanza sul contenuto della conseguenza giuridica », ed esistono coelementi (ad esempio, l'evento dal quale si faccia dipendere la concentrazione di una obbligazione alternativa) che influiscono su tale contenuto, mentre esistono elementi centrali (come la forma, la capacità giuridica) che rispetto a tale contenuto sono irrilevanti. Precisato ciò, comunque, rimane il fatto che — nell'ambito dei coelementi di efficacia — la condizione non influisce mai sul contenuto dell'effetto, ma solo sul suo prodursi o cessare.

<sup>(28)</sup> Sulla definizione dell'estrinsecità della condizione intesa come incidenza sull'esistenza e non sul contenuto degli effetti negoziali, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 131-132; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 337.

<sup>(29)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 131.

formulazione già nella monografia di Rubino sulla fattispecie e gli effetti preliminari <sup>(30)</sup>.

È tuttavia nel pensiero di Falzea che si può rinvenire la più rigorosa formulazione della distinzione in esame. L'illustre Autore, nel distinguere tra elementi che influiscono o meno sul contenuto del programma negoziale, chiarisce la portata non assoluta né esclusiva di tale partizione ai fini della qualificazione del fenomeno condizionale, e la non coincidenza, quindi, con l'ulteriore distinzione tra elementi centrali e coelementi di efficacia, evidenziando l'esistenza di alcuni elementi costitutivi della fattispecie, che certamente non sono condizioni, e che tuttavia non influiscono sul contenuto degli effetti (come la forma *ad substantiam*, o la capacità giuridica); e, d'altra parte, l'esistenza di alcuni elementi marginali (come l'individuazione nelle obbligazioni alternative) che tale ruolo rivestono <sup>(31)</sup>. Per altro verso, si chiarisce che la riconducibilità al negozio — e non alla condizione — del contenuto degli effetti, va comunque intesa nel senso che è pur sempre la legge che detta gli effetti giuridici, pur rimanendo essa legge — in linea di massima — vincolata al contenuto determinato nell'autoregolamento; in altri termini, la determinazione del contenuto negoziale — rimessa all'autonomia privata — si inquadra nel « potere dell'individuo di imporre al diritto la presa in considerazione, nel processo di adeguamento degli effetti giuridici alla fattispecie dell'atto negoziale, dei mezzi e dei modi — e dunque delle regole di azione — prescelti dallo stesso individuo per la realizzazione del sistema di interessi da lui programmato » <sup>(32)</sup>.

Che la distinzione non abbia carattere assoluto discende peraltro anche dalla constatazione — da tempo effettuata in dottrina <sup>(33)</sup> — dell'esistenza di negozi (che potrebbero definirsi a contenuto rigido, o vincolato), in cui manca quel particolare aspetto dell'autonomia privata che la dottrina tedesca definisce con il termine *Gestaltungsfreiheit* (libertà di determinazione del contenuto, del *quomodo* del regolamento da introdurre): caso paradig-

---

<sup>(30)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 63 ss.

<sup>(31)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 22 ss.

<sup>(32)</sup> FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 42.

<sup>(33)</sup> FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 395 ss., nota 110.

matico è quello dei negozi di esercizio di un diritto potestativo (rinunzia, riscatto, accettazione, ecc.).

Quindi, non necessariamente il negozio, in quanto atto di autonomia privata, si caratterizza per il potere attribuito ai privati di determinarne il contenuto, essendo sufficiente, per la sussistenza della negozialità, la libertà di decidere l'*an* del programma di interessi (*Abschlussfreiheit*)<sup>(34)</sup>; d'altra parte, non necessariamente i coelementi di efficacia si rivelano ininfluenti nella determinazione del contenuto degli effetti, potendosi anzi affermare che i coelementi necessari (fonti di qualificazione o soggettiva dell'effetto), nell'individuare il bene della vita o il soggetto cui imputare la fattispecie e gli effetti, per definizione incidono sulla conformazione dell'effetto.

Tuttavia, se è vero che l'ininfluenza sul contenuto degli effetti non è elemento *sufficiente* per la definizione del concetto di condizione, non può negarsi che sia elemento *necessario* per la ricorrenza del fenomeno condizionale stesso. Ciò può già dedursi — posto che il criterio letterale costituisce pur sempre un fondamentale canone di interpretazione, *ex art. 12 delle preleggi* — dal significato letterale del termine *condizione*<sup>(35)</sup>, che si distingue, già nel linguaggio comune, dal termine *causa*<sup>(36)</sup>, in quanto solo il secondo, e non il primo, influisce sulla conformazione degli effetti da esso derivanti. Del resto, il riferimento alla « subordinazione » dell'« efficacia » o della « risoluzione » del contratto, esistente nella definizione legislativa di condizione *ex art. 1353 c.c.*, postula una previa determinazione dell'efficacia medesima, e non può certo giustificare, in luogo della « subordinazione », una « modificazione » della stessa.

Ma è soprattutto la disciplina positiva della condizione a risul-

---

<sup>(34)</sup> Cfr. sul punto GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 32 ss.

<sup>(35)</sup> ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, 1991, ove la condizione è definita come « fatto o circostanza cui è subordinato il verificarsi di un altro fatto o circostanza ». DEVOTO-OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, Milano, 1967, per il quale condizione è il « dato di fatto che costituisce il presupposto necessario perché qualcosa debba aver luogo ».

<sup>(36)</sup> ZINGARELLI, *op. ult. cit.*, definisce la causa come « antecedente invariabile di un fenomeno », « ciò che è origine, motivo, ragione determinante »; DEVOTO-OLI, *Vocabolario illustrato della lingua italiana*, cit., qualifica la causa come « fatto constatato o ritenuto come assolutamente determinante rispetto al verificarsi di un altro fatto o situazione successiva (effetto) ».

tare incompatibile con un eventuale evento condizionante che comporti la modifica del programma di interessi. Come è stato correttamente rilevato, la disciplina della pendenza condizionale, con l'impegnatività del negozio già dal momento della sua formazione e la produzione degli effetti preliminari, presuppone che si sia già formato il consenso su un determinato contenuto, del quale l'ordinamento giuridico tiene conto nel determinare e graduare gli stessi effetti preliminari <sup>(37)</sup>: non è quindi ipotizzabile che la legge configuri un'aspettativa di un certo contenuto ed in funzione di determinati effetti definitivi, che possano poi mutare conformazione a seguito del verificarsi della condizione. La stessa finzione di avveramento della condizione non potrebbe operare se da essa dipendesse un mutamento degli effetti rispetto a quanto inizialmente programmato: non si saprebbe, a quel punto, quale tipo di efficacia dovrebbe prodursi a seguito dell'operare della *fictio*.

Non è quindi configurabile come condizione in senso tecnico la clausola che faccia dipendere da un evento futuro ed incerto l'*individuazione* o *determinazione* del bene, o la *quantità* della prestazione del debitore, o dell'attribuzione traslativa, o ancora le *caratteristiche qualitative* del bene alienato. È evidente che in questi casi l'evento futuro ed incerto funge, in realtà, più che da condizione, da fonte esterna di determinazione del contenuto negoziale, e quindi da *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico*. Il negozio, quindi, si atteggiava in questi casi come negozio *per relationem*, in quanto non determina direttamente il proprio oggetto, ma rinvia, per tale determinazione, ad una fonte estrinseca: la disciplina della pendenza condizionale risulterà applicabile solo in via analogica <sup>(38)</sup>, e nei limiti in cui sia compatibile con l'incertezza sullo stesso contenuto degli effetti. Per altro verso, la *relatio* di cui

---

<sup>(37)</sup> Per l'osservazione che l'atteggiamento concreto del rapporto preliminare rimane naturalmente modellato su quello che sarà l'assetto di interessi nascente dal perfezionamento della fattispecie in corso di formazione, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 303 (« L'aspettativa si riferisce agli effetti definitivi: e pertanto non può sorgere se non dal momento in cui si sia in grado di conoscere la individualità degli effetti che potranno sorgere in prosieguo; non si dà aspettativa di un *quid* di cui ancora non si conosce la individualità »); PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, cit., p. 95 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 112, e p. 205.

<sup>(38)</sup> Sull'applicazione analogica alle fonti di qualificazione oggettiva delle norme sulla condizione, cfr. *infra*, paragrafo 45.

trattasi potrà ritenersi ammissibile nella misura in cui il tipo negoziale lo consenta (si pensi alle limitazioni in questo senso esistenti nei negozi testamentari <sup>(39)</sup>, e nei negozi solenni <sup>(40)</sup>).

Ove, poi, l'evento futuro ed incerto — influente sul contenuto degli effetti — coincida con la *decisione di una o entrambe le parti*, si avrà in realtà un consenso non definitivo sul programma di interessi, e quindi la stessa fattispecie centrale dovrà considerarsi in corso di formazione, rimanendo preclusa ogni valutazione in termini di condizionalità; salva la possibilità di configurare l'attribuzione di uno *ius variandi* unilaterale, nei limiti in cui tale figura possa ritenersi consentita dalla legge, e senza trascurare l'ipotesi che il « rinvio di volontà » possa addirittura comportare una qualificazione in termini di nullità del regolamento di interessi, come hanno ritenuto, in più circostanze, la dottrina e la giurisprudenza <sup>(41)</sup>, ovvero in termini di negozio preparatorio <sup>(42)</sup>.

Ricorrendo, invece, il rinvio alla *determinazione di un terzo*,

---

<sup>(39)</sup> Per un'analisi della *relatio* nell'atto testamentario, cfr. soprattutto GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione - Contributo alla teoria del negozio per relationem*, Milano, 1966; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967.

<sup>(40)</sup> Sulla *relatio* nei negozi solenni, cfr. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 87 ss.; NICOLÒ, *La "relatio" nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 117; BIN, *La diseredazione*, cit., p. 18 ss.; MARMOCCHI, *Atto pubblico e condizioni generali di contratto*, in *Riv. not.*, 1971, p. 463; BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. not.*, 1978, p. 693; FERRO, *La clausola di relatio e il negozio solenne, ovvero teoria di una incompatibilità, nell'ultima giurisprudenza, solo supposta*, in *Vita not.*, 1998, p. 1462.

<sup>(41)</sup> Sulla questione dell'ammissibilità della *relatio* alla futura decisione di una delle parti del negozio, cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 253; SCOGNAMILGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 361-362; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 181 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 463 ss.; ID., *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 335; GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino 1987, p. 418; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 235-236; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 110; ZENO ZENCOVICH, *Il contenuto del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 158 ss.; ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, p. 79 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 133 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 339 ss.; BARENGHI, *Note sull'arbitramento della parte*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano 1998, p. 65 ss.; GABRIELLI E., *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 760 ss.

<sup>(42)</sup> Sul rapporto tra negozio condizionato e negozi preparatori, cfr. *infra*, paragrafi 46, 47 e 62.

quale evento futuro ed incerto dal quale si fa dipendere il contenuto del regolamento e degli effetti, si applicherà la disciplina dell'arbitraggio di cui all'art. 1349 c.c. (o la correlativa disciplina dettata per i negozi testamentari), rimanendo esclusa, anche in questo caso, l'applicazione della disciplina della pendenza condizionale, se non in via analogica. Ciò non significa che l'atto dell'arbitratore non possa essere dedotto in condizione in senso tecnico: ciò potrà certamente avvenire, purché dalla decisione del terzo dipenda solo il prodursi o meno dell'efficacia, senza alcun margine di discrezionalità sulla determinazione del contenuto degli effetti.

Alla luce di quanto sopra risulta più chiara la differenza tra negozio condizionato e negozio *per relationem*, che la dottrina ha descritto, finora, solo approssimativamente <sup>(43)</sup>: mentre, infatti alcuni dei criteri distintivi proposti (non necessaria futurità dell'evento determinativo estrinseco, necessità imprescindibile dell'intervento della fonte determinativa per la produzione degli effetti) possono senz'altro essere condivisi, altri si rivelano erronei: si pensi alla presunta certezza della produzione del fatto estrinseco, che sarebbe assicurata dalla legge a mezzo di eventi succedanei (quale la determinazione ad opera del giudice, *ex art. 1349 c.c.*), mentre l'esame delle norme dimostra che ciò non avviene necessariamente (si pensi alla rimessione al mero arbitrio del terzo); si pensi, altresì, alla presunta estraneità alla figura della fattispecie a formazione successiva, che non può assolutamente condividersi, come pure l'affermazione secondo la quale, in questa ipotesi, l'ordinamento giuridico non interverrebbe a considerare le singole fasi in cui si forma l'atto <sup>(44)</sup>.

Diversa da quella del negozio *per relationem* è l'ipotesi in cui l'evento futuro ed incerto influisca non sulla determinazione dell'oggetto del rapporto, bensì sul *tipo di efficacia* (obbligatoria o

---

<sup>(43)</sup> Sulla distinzione tra condizione e *relatio*, cfr. soprattutto GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 13 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 96 ss.

<sup>(44)</sup> CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., p. 80 ss.; GIORDANO-MONDELLO, *op. ult. cit.*, p. 15 ss. Del resto, quest'ultimo Autore riconosce (a p. 50) che « nulla impedisce che il negozio, ancor prima del funzionamento del meccanismo relazionale, possa produrre quegli effetti che sono chiamati « preliminari o prodromici » »; effetti propri di ogni fattispecie a formazione successiva.



reale) del negozio. Ovviamente, non è preclusa all'autonomia privata la possibilità di prevedere, già nel programma negoziale, più effetti o più contenuti alternativi, in dipendenza del verificarsi o meno di un dato avvenimento; è quindi lecita, ad esempio, la clausola che contempra un evento, dal cui realizzarsi le parti facciano dipendere un dato effetto, e dal cui mancato realizzarsi discenda, invece, un effetto diverso. A ben vedere, infatti, in questo caso il contenuto del programma di interessi è già *determinabile* al momento della formazione del negozio, e l'evento futuro ed incerto non incide sul contenuto degli effetti, ma solo sul prodursi dell'uno o dell'altro. Si ha, quindi, condizione in senso tecnico, e più precisamente si ha una doppia condizione: la prima subordinata al verificarsi di un dato evento futuro ed incerto, e dalla quale dipende l'effetto *X*; la seconda subordinata al mancato verificarsi dello stesso evento, da cui dipende l'effetto *Y* <sup>(45)</sup>.

Il principio secondo il quale il congegno condizionale non può influire sul contenuto degli effetti negoziali, ma solo sulla loro esistenza, deve essere ovviamente affermato con riferimento agli *effetti finali*, ed alla fase successiva all'avveramento od al mancare della condizione. È indubbio, infatti, che gli effetti preliminari, propri del negozio condizionato, sono tipici e caratteristici di esso, e la loro esistenza dipende proprio dalla presenza della clausola condizionale. Ma, più in generale, è stato affermato — e si tratta di affermazione condivisibile — che *la configurazione degli stessi effetti finali, durante la fase di pendenza, risente della presenza della condizione, sì da dar luogo ad effetti precari e « risolubili »* — rispettivamente in capo all'acquirente sotto condizione risolutiva ed all'alienante sotto condizione sospensiva — « effetti particolari e per così dire « provvisori », che si distinguono da quelli del corrispondente negozio « puro », in quanto sono limitati, a garanzia

---

(45) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 224, nota 6, menziona l'ipotesi in cui dall'evento condizionante si fa dipendere la sostituzione di un rapporto giuridico con altro di tipo diverso (ad esempio, un rapporto di locazione si tramuta in rapporto di compravendita se e quando la cosa locata viene danneggiata o distrutta): in tal caso, secondo l'Autore, il secondo rapporto non nasce dal primo negozio condizionato, bensì da un secondo negozio, concluso contestualmente al primo e sottoposto alla condizione sospensiva consistente nel medesimo evento che funge, per il primo negozio, da condizione risolutiva. In alternativa a tale ricostruzione, è possibile però ipotizzare l'unicità del negozio, con causa mista e doppiamente condizionato.

della controparte, in vista della instabilità della situazione che sono diretti a tutelare »<sup>(46)</sup>. Il principio in oggetto può quindi più correttamente essere enunciato come segue: la condizione, sia sospensiva che risolutiva, incide sull'esistenza, e non sul contenuto degli effetti programmati per il periodo successivo all'avveramento o al mancare della condizione stessa; essa incide, viceversa, sul contenuto degli effetti medesimi durante la fase di pendenza, nella misura che si rende necessaria per la tutela dell'aspettativa scaturente dal negozio condizionato.

35. *Conclusioni in tema di accidentalità della condizione: assenza di rilievo normativo della nozione. Distinzione tra accidentalità ed accessorietà, e riaffermazione dell'essenzialità di quest'ultima al concetto di condizione.*

I risultati sopra conseguiti consentono di valutare con cognizione di causa il problema della rilevanza del tradizionale requisito della *accidentalità* della condizione. Una recente dottrina<sup>(47)</sup> ha schematizzato i diversi significati attribuiti dalla dottrina a questo termine:

— in una prima, tradizionale accezione, l'*accidentalità* viene intesa come estraneità alla struttura tipica del negozio, e quindi come non essenzialità rispetto al tipo o genere del negozio medesimo (*accidentalità tipologica o qualificatoria*)<sup>(48)</sup>;

— in una seconda accezione, anch'essa tradizionalmente ripetuta, si parla di *accidentalità* per intendere la non essenzialità

---

<sup>(46)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 147-148.

<sup>(47)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 112 ss., e, riassuntivamente, p. 124 ss. (spec. nota 177).

<sup>(48)</sup> Per la definizione dell'elemento accidentale come estraneo allo schema tipico del negozio, cfr. FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 471; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 423; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 121-122; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 515; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 13; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 763; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 34 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 276-277.

rispetto alla struttura e quindi ai fini della validità dell'atto (*accidentalità strutturale*) <sup>(49)</sup>;

— sotto altro profilo, si è ravvisata la caratteristica in oggetto nell'ambito della contrapposizione tra coelementi necessari e coelementi accidentali di efficacia del negozio giuridico, definendo questi ultimi come quelle concause di efficacia che — a differenza dai coelementi che individuano i termini di riferimento, oggettivo e soggettivo, del negozio — non sono essenziali ai fini della struttura intrinseca dell'effetto (*accidentalità effettuale*) <sup>(50)</sup>;

— ultima definizione dell'elemento accidentale è quella che fa leva sulla c.d. prova di resistenza, ritenendo che può qualificarsi come accidentale solo il coelemento che può mancare nel concreto programma negoziale senza che la rilevanza o l'efficacia di quest'ultimo ne siano pregiudicate (*accidentalità precettiva in senso oggettivo*) <sup>(51)</sup>;

— da altra parte viene contestata radicalmente la tripartizione classica degli elementi del negozio in *essentialia*, *naturalia* ed *accidentalialia*, quanto meno nelle accezioni in cui tradizionalmente è formulata e sotto il profilo della sua utilità concreta <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> Nel senso che è accidentale quell'elemento che può, indifferentemente, esserci o non esserci ai fini della perfezione e della validità del negozio, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 582; BARBERO, *Condizione (dir. civ.)*, cit., p. 1097; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 510 (che si riferisce, più specificamente alla perfezione del contratto); CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 53.

È stato peraltro rilevato (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 67; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 115-116) che non si possono classificare o meno sotto il profilo dell'essenzialità — e quindi in negativo sotto quello dell'accidentalità — gli elementi costitutivi ed i requisiti di validità del negozio, poiché questi ultimi non incidono sulla rilevanza dell'atto; e che non è neanche vero che i c.d. elementi accidentali non incidono sulla validità dell'atto, perché altrimenti non si potrebbe spiegare, ad esempio, come l'impossibilità della condizione possa condurre all'invalidità dell'intero negozio. Ciò non significa, ovviamente, attribuire pari rilievo alla condizione ed agli elementi indicati nell'art. 1325 c.c., ma semplicemente denunciare l'inidoneità del criterio proposto a costituire elemento definitorio della condizione.

Per una critica all'elencazione contenuta nell'art. 1325 c.c., SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 65.

<sup>(50)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 155 ss.

<sup>(51)</sup> FALZEA, voce « Condizione (dir. civ.) », cit., p. 2.

<sup>(52)</sup> CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 305 ss.; CATAU-DELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 195 ss.; RUSSO, *Il termine del negozio*

L'eterogeneità dei criteri proposti e delle prospettive di riferimento rende necessaria una considerazione separata del profilo dell'accidentalità rispetto alla fattispecie negoziale e rispetto all'effetto giuridico. Sotto il primo profilo, può venire in considerazione la fattispecie astratta o quella concreta, in rapporto sia alla clausola condizionale che all'evento condizionante. Sotto il secondo aspetto, occorre esaminare il rilievo dell'evento condizionante rispetto all'effetto astratto o quello concreto <sup>(53)</sup>.

a) *L'accidentalità rispetto alla fattispecie.*

a1) Accidentalità e clausola condizionale.

L'accezione maggiormente idonea a connotare l'attributo dell'accidentalità rispetto alla clausola condizionale è quella che fa leva sulla c.d. *prova di resistenza*, individuandosi una condizione in senso tecnico solo allorché la relativa clausola sia scorporabile e scindibile dal negozio senza che la sopravvivenza di questo possa essere pregiudicata: il programma negoziale, cioè, deve essere autosufficiente, e non necessitare della clausola condizionale per la sua giuridica esistenza, e ciò sia che si tratti di negozio atipico, sia che appartenga ad uno dei tipi disciplinati dalla legge. L'accidentalità, in questa accezione, si riannoda al giudizio di perfezione e validità del negozio, venendo a coincidere con l'estrinsecità strutturale, vista però non rispetto all'evento condizionante, ma alla clausola condizionale.

Si è visto, peraltro, che la scindibilità della condizione, rispetto al concreto negozio, è tutt'altro che la regola: negli atti tra vivi, la legge presume addirittura l'inscindibilità (art. 1354 c.c.). La prova di resistenza andrebbe quindi condotta rispetto allo schema astratto di negozio. Ma anche sotto quest'angolo visuale — pur non rientrando, generalmente, la previsione condizionale fra i requisiti necessari affinché la fattispecie negoziale sia integrata — non è escluso che vi siano fattispecie, tipiche o atipiche, in cui la previsione condizionale assume rilevanza causale essenziale rispetto al tipo: basti pensare al fenomeno delle c.d. promesse condizionate ad una prestazione, nelle quali la condizione è parte essenziale del c.d.

---

*giuridico*, Milano, 1973, p. 83 ss., spec. p. 97 ss.; MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 26 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 128; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 1-2.

<sup>(53)</sup> Sulla distinzione tra effetto astratto ed effetto concreto, cfr. *supra*, nota 4 del capitolo II.

sinallagma condizionale, e connota la causa onerosa del negozio: l'eliminazione della condizione, in tali casi, priverebbe il negozio della sua causa e ne determinerebbe la nullità. Né ci si può rifugiare nell'affermazione tautologica che in questo caso non si avrebbe condizione in senso tecnico: respinto ogni criterio di *Inversion-smethode*, il concetto giuridico di condizione deve essere ricavato, prima che da astratte costruzioni dogmatiche, dal diritto positivo: e *nessuna norma di legge richiede la scorporabilità della previsione condizionale dal tipo astratto di negozio per l'applicazione della disciplina contenuta negli articoli 1353 e seguenti del codice civile*. In conclusione, quindi, al concetto di condizione non è connaturale né essenziale l'accidentalità nell'accezione sopra descritta.

a2) Accidentalità ed evento condizionante.

Rispetto alla fattispecie negoziale, l'evento condizionante si presenta come accidentale in quanto è estraneo alla perfezione del negozio ed al contenuto della programmazione, ed influisce solo sul prodursi dell'efficacia (come si desume anche dall'art. 1353 c.c.): può parlarsi in questo senso di *accidentalità in senso lato* <sup>(54)</sup>, che vale a distinguere i coelementi di efficacia dagli elementi centrali della fattispecie. Questa accezione, di accidentalità in senso lato, coincide con quella di *estrinsecità strutturale*, sopra chiarita, e quindi non rappresenta un ulteriore requisito dell'istituto condizionale.

a3) Condizione e fattispecie negoziale astratta.

Sotto questo angolo visuale, l'accidentalità identifica una particolare caratteristica della condizione, che è data dalla *estraneità rispetto al tipo negoziale*, e più precisamente dalla idoneità della condizione a regolare l'efficacia del negozio senza che ciò influisca sull'applicabilità della disciplina caratteristica del tipo negoziale. I rapporti tra condizione e tipo negoziale costituiranno oggetto di apposita trattazione (cfr. *infra*, paragrafo 36), dalla quale emergerà che anche questa caratteristica, pur corrispondendo all'*id quod plerumque accidit*, non è essenziale al fenomeno condizionale: l'esame del diritto positivo dimostra che esistono, da un lato, tipi o sottotipi negoziali caratterizzati proprio dall'inerenza al negozio di

(54) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit. p. 71 ss.

Rileva peraltro efficacemente NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 421, che « la condizione non concorre a dare vita al negozio, che esiste prima del verificarsi di quella, ma non perché la stessa sia un elemento accidentale, bensì perché è un elemento esterno al nucleo esistenziale del negozio ».

una condizione, la cui assenza determinerebbe proprio l'inapplicabilità della disciplina di quel tipo. Inoltre, esistono tipi negoziali che non tollerano l'apposizione di condizioni, pena l'invalidità del negozio o la riconducibilità ad un tipo diverso. D'altra parte, il criterio in oggetto non potrebbe trovare applicazione ai negozi atipici <sup>(55)</sup>, con ciò rivelandosi inidoneo a fondare un concetto unitario di condizione che valga sia per i negozi nominati che per quelli innominati.

In realtà, sembra che la condizione possa costituire, al pari degli altri elementi e clausole del contenuto negoziale, un indice di riconducibilità del negozio al tipo legale, quantomeno in determinate ipotesi, con ciò escludendosi tale nozione di accidentalità dagli elementi qualificanti della condizione medesima.

*a4) Condizione e fattispecie negoziale concreta.*

È comunemente riconosciuta, anche dalla dottrina tradizionale che considera l'accidentalità requisito qualificante della condizione, l'essenzialità della condizione medesima rispetto al concreto programma di interessi. L'evoluzione degli studi sul tema della causa negoziale — in particolare l'emergere della rilevanza della c.d. causa concreta, o funzione economico-individuale — e gli studi sul contenuto del contratto hanno portato a svalutare la tradizionale distinzione tra elementi essenziali ed accidentali, sostituendo alla stessa quella tra elementi primari ed elementi secondari del contenuto negoziale. Con ciò non si vuole escludere l'utilità dell'angolo visuale della fattispecie, pur contestato da alcuni studiosi, ma solo affermare che, in un'analisi di tipo contenutistico, l'accidentalità non ha alcuna giuridica rilevanza.

*b) L'accidentalità rispetto all'effetto giuridico.*

*b1) Condizione ed effetto astratto.*

Con riguardo all'effetto giuridico astrattamente previsto dalla norma, è stata prospettata, come si è visto, dal Falzea, la distinzione — nell'ambito dei coelementi di efficacia — tra coelementi necessari, necessari alla struttura intrinseca dell'effetto ed alla « natura delle cose », in quanto determinativi dell'oggetto o del soggetto (punti di collegamento tra fatto ed effetto); e coelementi accidentali, la cui presenza non è invece astrattamente necessaria per la produzione dell'effetto, ma dipende esclusivamente dall'arbitrio

---

<sup>(55)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 118.

del legislatore (nel caso della *condicio iuris*) o delle parti del negozio (trattandosi di *condicio facti*). Tale ricostruzione, rispetto alla condizione volontaria, deve tener conto dell'esistenza di fattispecie, sia tipiche che atipiche, in cui la previsione condizionale è essenziale e non scindibile dal programma negoziale; correlativamente, non è dato rispetto a tali fattispecie un effetto astratto che prescindere dall'evento condizionante.

Anche con riferimento alla condizione legale, la suddetta concezione dà luogo a qualche precisazione e distinguo. L'affermazione secondo la quale la compravendita di immobili posti in zona di confine, sottoposta alla condizione legale dell'autorizzazione prefettizia, non cessa per ciò di essere una compravendita, sottoposta come tale alle norme dettate per il corrispondente *nomen iuris*, è certamente esatta. Occorre tuttavia considerare che — sempre nell'ambito di un'analisi di ordine tipologico e quindi riferita alla fattispecie ed all'effetto astratti — è possibile, dal tipo negoziale considerato, enucleare un sottotipo (la compravendita di immobili in zone di confine), al quale corrisponde un effetto astratto, che è *necessariamente* subordinato alla *condicio iuris*, la quale, quindi, funge rispetto al sottotipo medesimo, da coelemento « necessario » di efficacia. Si può affermare che, in quest'ipotesi, l'effetto astratto scaturisce dalla combinazione tra norma principale (relativa allo schema negoziale puro) e norma integrativa (che aggiunge allo schema la condizione legale).

Rimane pur sempre una fondamentale distinzione tra condizione e coelementi necessari in senso proprio: questi ultimi, individuando il soggetto o l'oggetto cui imputare l'effetto giuridico, influiscono in una certa misura sul contenuto di quest'ultimo, mentre caratteristica della condizione, si è visto, è quella di incidere solo sull'*an* e sul *quando*, ma non sul contenuto dell'effetto. La distinzione, peraltro, va ricondotta al concetto di estrinsecità strutturale, e non è idonea a connotare in maniera autonoma l'ulteriore requisito dell'accidentalità.

Rispetto all'effetto astratto, quindi, la condizione volontaria può configurarsi, a seconda dei casi, sia come coelemento accidentale che come coelemento « necessario »; la condizione legale si atteggia come coelemento accidentale se rapportata al tipo originario, come coelemento « necessario » se rapportata al sottotipo legalmente condizionato.

Con riguardo all'effetto astratto, in definitiva, l'accidentalità

non costituisce un connotato caratterizzante del fenomeno condizionale, ma rappresenta, al più, il risultato di una ricognizione tipologica degli effetti negoziali, utile per individuare la disciplina caratteristica di un dato tipo negoziale, e l'interferenza che l'elemento condizionale produce sulla disciplina medesima, in termini di compatibilità e quindi di riconducibilità o meno del negozio al tipo.

b2) Condizione ed effetto concreto.

Rispetto all'effetto in concreto scaturente dal singolo negozio giuridico condizionato, non ha alcuna rilevanza una qualificazione dei singoli elementi della fattispecie negoziale in termini di accidentalità o essenzialità, ma semmai — come è stato più volte affermato — occorre distinguere tra elementi principali ed accessori, dai quali scaturiscono, rispettivamente, effetti principali ed effetti secondari.

In conclusione, sia avuto riguardo al fatto che all'effetto, sia considerando la clausola condizionale che l'evento condizionante, non emerge alcun profilo di rilevanza positiva del presunto requisito dell'accidentalità, che quindi rimane relegata tra i relitti storici dell'elaborazione dogmatica sulla condizione, priva di apprezzabile utilità teorica e di rilevanza positiva.

A conclusioni completamente diverse si giunge, invece, in relazione al diverso requisito dell'*accessorietà* della condizione rispetto al negozio giuridico; *accessorietà* che sta ad indicare la necessaria attinenza della clausola condizionale (quale elemento marginale) al negozio (quale fattispecie principale), con la conseguenza che la prima — in applicazione del principio *accessorium sequitur principale* — segue le sorti del secondo <sup>(56)</sup>: pertanto,

---

<sup>(56)</sup> La condizione è inquadrata, sin dalla Pandettistica, tra le « *Nebenstimmungen* », o « determinazioni accessorie » dell'atto, il che sta a significare la non essenzialità dell'elemento considerato rispetto alla residua regolamentazione negoziale: si è peraltro già dimostrato che, spesso, la condizione è invece essenziale nel concreto regolamento di interessi, costituendo elemento primario del relativo contenuto, ed incide in modo rilevante sulla sua disciplina.

L'*accessorietà* di cui si tratta nel testo è intesa, invece, come difetto di autonomia della condizione, ed inidoneità della stessa a costituire oggetto esclusivo di regolamentazione negoziale, essendo, viceversa, necessariamente parte di un più completo programma di interessi. In tal senso, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita su « cosa futura »*, cit., p. 131, afferma correttamente che « L'accessorio non è l'inessenziale, il contingente, l'accidentale, ma ciò che non



l'invalidità o l'inefficacia del negozio giuridico comporta sempre e necessariamente l'invalidità o inefficacia anche della clausola condizionale <sup>(57)</sup>, mentre non è sempre vero il contrario. L'accessorietà della condizione, in questa accezione, è pacifica in dottrina e giurisprudenza, anche se di recente — nell'ambito di un'indagine sulla *condizione testamentaria* — essa è stata messa in dubbio, sulla base di una presunta equiparazione con il *modus* testamentario (per la sostanziale identità degli interessi che i due meccanismi tutelano) <sup>(58)</sup>. Si tratta peraltro, a ben vedere, di problematiche che sono e devono rimanere distinte: la presunta autonomia del *modus* <sup>(59)</sup>, peraltro oggetto anche di recente di contestazione <sup>(60)</sup>, potrebbe giustificarsi in relazione alla peculiare efficacia della clausola modale, che dà luogo alla previsione di effetti obbligatori autonomi, suscettibili, secondo taluno, di costituire l'unico contenuto del negozio testamentario, e quindi di essere imposti anche all'erede legittimo. Nulla di tutto ciò è ipotizzabile per la condizione testamentaria, che non potrebbe in alcun caso costituire l'unico contenuto del testamento, per il suo peculiare *modus operandi*, che consiste nel sospendere o risolvere l'efficacia negoziale: non è ipotizzabile, in altri termini, una condizione testamentaria che sospenda o risolva gli effetti di una successione legittima <sup>(61)</sup>.

---

ha ragion d'essere senza il principale ». Per la distinzione tra accidentalità ed accessorietà, cfr. anche MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 36.

<sup>(57)</sup> In tal senso, con riferimento al *modus*, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 179.

<sup>(58)</sup> GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 81 ss., 261 ss.

<sup>(59)</sup> GIORGIANNI, *Il « modus » testamentario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 921 ss.; BIN, *La diseredazione*, Torino, 1966, p. 245-246; LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 159 ss.; PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 180-181; CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 201 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 261 ss., 305 ss.

<sup>(60)</sup> Cfr. da ultimo, con ampie motivazioni, MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 155 ss.

<sup>(61)</sup> Esattamente, CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, cit., p. 205: « termine e condizione sono assolutamente inconcepibili come disposizioni autonome ed ambulatorie nel senso riscontrato con riguardo al *modus* ». Cfr. anche MARINI, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 171, secondo il quale « non appare ammissibile una risoluzione della delazione *ab intestato* ».

Le considerazioni di cui sopra valgono, essenzialmente, per la condizione volontaria. La *condizione legale*, sospendendo o risolvendo per legge determinati effetti, può teoricamente non accedere ad uno specifico negozio giuridico: gli effetti sui quali essa incide possono cioè scaturire da una fattispecie non negoziale, ed in tal senso si è, infatti, pronunciata la giurisprudenza <sup>(62)</sup>.

### 36. *Rapporti tra la condizione ed il tipo negoziale.*

Gli studi sul tipo negoziale sono, nella dottrina italiana, relativamente recenti, e rimangono tuttora fondamentali, sul tema, i contributi di G.B. Ferri <sup>(63)</sup> e di De Nova <sup>(64)</sup>. Al primo spetta il merito di aver definitivamente affrancato — con l'introduzione di una nozione di causa che rivaluta il profilo della funzione economico-individuale — gli studi sulla causa medesima da quelli sul tipo negoziale (inevitabilmente oggetto di commistione nella classica teorizzazione della causa come funzione economico-sociale), e di aver chiarito, quindi, che i due concetti assolvono a funzioni radicalmente diverse: la causa, concetto di relazione che collega la funzione dell'atto di autonomia con la sua struttura, viene

---

<sup>(62)</sup> Ipotesi paradigmatica di *condicio iuris* risolutiva non accessoria ad uno specifico negozio è ravvisata, dalla giurisprudenza, nell'ipotesi di riduzione del capitale sociale al disotto del minimo legale, condizione consistente nell'adozione dei provvedimenti *ex art. 2447 c.c.*, che comportano, secondo l'opinione prevalente, la risoluzione degli effetti dello scioglimento verificatosi *ex lege* ai sensi dell'art. 2448, n. 4, c.c.: cfr., di recente, App. Firenze 11 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 429 ss., con nota di D'ANGELO, *Perdita integrale del capitale sociale: conseguenze e ricostituzione*; Cass. 29 ottobre 1994 n. 8928, in *Società*, 1995, p. 359; in *Vita not.*, 1995, p. 333, ed in *Notariato*, 1995, p. 233, con nota di ATLANTE, *Accertamento e operatività delle cause di scioglimento della società*.

Per un'altra fattispecie, cfr. Trib. Milano 4 luglio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c 68, ed in *Società*, 1997, p. 296, secondo il quale, « In una società in nome collettivo di due soli soci, il diritto degli eredi del socio defunto alla liquidazione del valore della quota nasce sin dal momento del verificarsi della morte ma resta *sospensivamente condizionato* al mancato esercizio, da parte del socio superstite, del diritto potestativo di sciogliere la società e di costringere gli eredi del socio defunto a partecipare alla liquidazione; con l'effetto che, verificatosi lo scioglimento della società, il diritto degli eredi alla liquidazione del valore particolare della quota del defunto si considera come non mai sorto ».

<sup>(63)</sup> FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.

<sup>(64)</sup> DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit.

in considerazione ai fini della valutazione dell'atto medesimo, e quindi della liceità e meritevolezza dell'interesse individuale che sta al centro del programma negoziale, mentre l'analisi tipologica serve essenzialmente ai fini della qualificazione del concreto negozio e quindi dell'individuazione della disciplina allo stesso applicabile (65). Il contributo di De Nova ha chiarito, tra l'altro, la rilevanza che ai fini dell'indagine tipologica hanno tutti gli elementi del negozio, visti nella loro reciproca interconnessione, e non solo la causa. Non esiste cioè un unico elemento dotato di virtù individuativa del tipo, ed è anche tautologico affermare che il tipo è individuato dai suoi elementi essenziali, essendo piuttosto necessario, rinunciando alla pretesa di un criterio generale identificativo, identificare volta per volta gli elementi caratterizzanti il tipo ed i tratti distintivi tra i tipi (66). In questo senso, quindi, non si può aprioristicamente escludere che i tradizionali elementi accidentali, e tra di essi la condizione, abbiano o possano avere rilevanza ai fini della riconduzione o meno del negozio al tipo: deve essere piuttosto oggetto di analisi, con riferimento a ciascun tipo legale, l'effettiva influenza che la clausola condizionale può avere nell'operazione di qualificazione.

Questa analisi conduce a risultati diversi in relazione alle diverse tipologie di condizione ed ai vari tipi negoziali.

a) Vi è innanzitutto una nutrita serie di ipotesi — si tratta statisticamente della maggioranza — in cui la condizione può effettivamente esserci o non esserci, senza che ciò influisca sulla riconduzione del negozio al tipo, e conseguentemente sulla disciplina applicabile. Se prendiamo, ad esempio, un normale negozio di compravendita, di donazione, di appalto, di trasporto, ecc., la presenza della condizione è normalmente irrilevante ai fini dell'ap-

---

(65) FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 135 ss., p. 348 ss., e spec. p. 133, ove la precisazione della diversa funzione delle operazioni di valutazione e di qualificazione: « La prima mira a risolvere, sulla base della qualificazione dell'atto di autonomia privata, il problema della inseribilità della regola e della struttura privata nell'ordine giuridico, la seconda invece a risolvere il problema degli effetti che struttura e regola possono produrre, una volta che esse siano inseribili nell'ordinamento »; cfr. anche p. 123: « il tipo riguarda la struttura dell'atto; la causa invece l'interesse ». Nello stesso senso, BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 262; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 6 ss.

(66) DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 59 ss., e p. 115 ss.; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 211 ss.

plicazione della disciplina tipica prevista nel codice civile a proposito di ciascuno di questi tipi legali. La condizione quindi, in queste ipotesi, non è né elemento caratterizzante il tipo, né costituisce tratto distintivo tra un tipo ed un altro <sup>(67)</sup>.

b) Altre volte, al contrario, la condizione assume valore caratterizzante, in quanto serve ad isolare un tipo o sottotipo rispetto agli altri, e costituisce quindi elemento scriminante ai fini dell'applicazione di una certa disciplina legislativa <sup>(68)</sup>. In quest'ambito possono inquadarsi, a titolo esemplificativo, la vendita a prova, la donazione con patto di reversibilità o con riserva di disporre, la donazione obnuziale, il patto commissorio e il patto marciano ed in genere le alienazioni in garanzia, l'accollo privativo condizionato all'adesione del creditore, il contratto estimatorio, la vendita con patto di riscatto, la vendita con riserva di proprietà, lo sconto bancario <sup>(69)</sup>. In ciascuna di queste ipotesi, la presenza o meno della condizione è decisiva ai fini dell'applicabilità della disciplina dettata dal codice per la particolare figura in esame, indice dell'essenzialità del momento condizionale nel giudizio di riconduzione al tipo <sup>(70)</sup>. Ciò non pregiudica, peraltro, la ricondu-

---

<sup>(67)</sup> Rispetto a questa prima categoria di condizioni non è esatta, quindi, l'affermazione di LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 71-72, secondo la quale « qualora si aderisse alla tesi che fa dipendere la qualificazione tipologica dei contratti dagli elementi essenziali, in particolare la causa, ed all'opinione di chi qualifica la condizione come elemento essenziale della fattispecie concreta, dovremmo concludere che il negozio condizionato costituisce un tipo diverso rispetto al negozio puro ».

<sup>(68)</sup> DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 24 ss., chiarisce che « l'aggregazione del contratto ad un tipo è il presupposto consueto per l'intervento, nella costruzione del regolamento contrattuale, della fonte legale ». Tra gli aspetti di disciplina che possono essere influenzati dalla riconduzione ad un tipo piuttosto che ad un altro, l'Autore indica la sussistenza ed il regime della responsabilità, la facoltà di recedere dal contratto, il passaggio del rischio del perimento, l'esperibilità delle azioni a tutela del possesso, l'applicabilità o meno della forma solenne, la disciplina della determinabilità dell'oggetto, la validità di singole clausole in quanto compatibili con il tipo stesso (tra cui la stessa condizione), il regime in materia fallimentare e fiscale, la determinazione della legge applicabile in diritto internazionale privato.

<sup>(69)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 2.

<sup>(70)</sup> Il fenomeno descritto nel testo è stato già da tempo evidenziato da RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 766, che ha notato come « finiscano per divenire « tipi » legislativi figure contrattuali in cui la pratica ha modificato lo schema originario con l'apposizione di condizioni (si pensi alla vendita a prova,

zione al fenomeno condizionale: non essendo l'accidentalità rispetto al tipo un requisito essenziale e caratterizzante della condizione, le norme relative a quest'ultima troveranno applicazione diretta, e non analogica, a queste speciali condizioni « legalmente tipizzate », con l'ovvio limite della compatibilità rispetto alla disciplina speciale dettata per i singoli tipi <sup>(71)</sup>.

c) Vi sono poi i casi in cui la presenza della condizione agisce in senso inverso, non rappresentando quindi un elemento caratterizzante del tipo, ma viceversa comportando un giudizio negativo sull'appartenenza al tipo del negozio che pure — privo della condizione — al tipo medesimo avrebbe potuto sicuramente ricondursi. L'esempio classico è quello del condizionamento ad un evento estrinseco di una sola delle prestazioni o attribuzioni patrimoniali scaturenti da un contratto a prestazioni corrispettive. È stato esattamente sottolineato che, allorché in un contratto di compravendita si sottopone a condizione solo il trasferimento della proprietà, essendo il prezzo comunque dovuto, si rende aleatorio un contratto che normalmente è commutativo, e si altera quindi radicalmente la causa negoziale, determinando l'atipicità del contratto così posto in essere, che non è più riconducibile al tipo compravendita <sup>(72)</sup>. Altra ipotesi potrebbe essere quella dei con-

---

alla vendita a rate, alla vendita con patto di riscatto) ». Per l'individuazione di una serie di negozi condizionali « legalmente tipizzati », cfr. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 301, e p. 325.

<sup>(71)</sup> *Contra*, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 158 ss., spec. p. 160, secondo il quale, quando il processo di tipizzazione di alcuni negozi condizionati comporta modificazioni così profonde da dare origine ad un nuovo tipo legale — il che avverrebbe, ad esempio, nella vendita con riserva di proprietà — non si avrebbe più condizione in senso tecnico (quale elemento marginale ed estrinseco), e la disciplina condizionale sarebbe applicabile solo per analogia. Si tratta, in realtà, della posizione della dottrina dominante, conseguenziale all'affermazione aprioristica dell'accidentalità ed estrinsecità come requisiti tipizzanti della condizione: con un evidente procedimento di *Inversionsmethode*, invece di ricavare il concetto giuridico dal diritto positivo, si fa conseguire da una arbitraria concettualizzazione un risultato in termini di disciplina positiva.

<sup>(72)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 425 ss.; *Id.*, *La compravendita*, cit., p. 415. Analoghe osservazioni, con riferimento alla classica figura della *emptio spei*, in GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 161 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 161 ss.

tratti reali, che per loro natura non ammettono un condizionamento di tipo sospensivo <sup>(73)</sup>; dovendo ritenersi, in caso di apposizione della condizione, che il contratto debba qualificarsi come consensuale, e quindi riconducibile ad un tipo diverso.

d) In altre situazioni, infine, l'incompatibilità della clausola condizionale con il tipo comporta l'invalidità della condizione medesima e — in via di estensione e nei limiti in cui tale estensione sia normativamente ipotizzabile — la nullità dell'intero negozio. Ciò avviene, innanzitutto, per i negozi tradizionalmente qualificati come *actus legitimi*, che non tollerano, cioè, per loro natura, l'apposizione di termini e condizioni. Si è visto (*supra*, paragrafo 25) quali sono le ragioni che determinano in questi casi l'inapponibilità della condizione, nonché la *ratio* delle differenti soluzioni sul punto della invalidità dell'intero negozio o, viceversa, dell'applicazione della regola *vitiatur sed non vitiat*. Ciò che qui preme rilevare è che l'incompatibilità della condizione con il tipo legale del negozio può determinare non solo la riconduzione ad un tipo diverso o, al limite, l'atipicità, ma anche l'invalidità della condizione o dello stesso negozio: ciò avviene, segnatamente, allorché la condizione si pone in insanabile contrasto con la struttura del tipo, tale da non consentire la « convivenza » di quello specifico schema negoziale con la condizione medesima, che attribuisce al primo una funzione contrastante con la sua disciplina positiva <sup>(74)</sup>.

Dottrina e giurisprudenza hanno applicato tali principi anche a negozi diversi dai tradizionali *actus legitimi*. La Cassazione ha, ad esempio, ritenuto che, nel comodato senza determinazione di durata, sia essenziale la facoltà di richiesta di restituzione *ad nutum* da parte del comodante, per cui l'inserimento di una condizione risolutiva (nella specie, consistente nel miglioramento delle condizioni economiche del comodatario) « può giungere ad operare sino al segno di neutralizzare per tutta la durata della vita del comodatario l'esercizio del diritto del comodante di richiedere ed ottenere *ad nutum* la restituzione della cosa »; da ciò la conclusione che « il

---

<sup>(73)</sup> PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 352-353; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 614, nota 168. *Contra*, Trib. S. Maria Capua Vetere 30 aprile 1991, in *Riv. not.*, 1992, p. 639, con nota di LA PORTA, *Estensibilità della clausola di gradimento ed apponibilità della condizione sospensiva al pegno di quote di s.r.l.*

<sup>(74)</sup> DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 32.

diritto che l'art. 1810 accorda al comodante non può, per via diretta o mediata, venir meno o essere svuotato di contenuto senza snaturare la figura (o il sottotipo) negoziale che tale norma disciplina; e subordinare l'esercizio di tale diritto al verificarsi di un evento futuro ed incerto non può essere consentito alle parti se si vuole evitare di attribuire alla predetta figura (o sottotipo) negoziale una funzione economico-sociale che contrasta con la sua disciplina positiva » (75). In un'altra fattispecie, la Cassazione ha ritenuto che — nell'alternativa tra qualificazione del contratto come precario immobiliare oneroso o come locazione — la prima soluzione può configurarsi solo allorché sia stata pattuita l'aleatorietà della durata, mediante condizionamento risolutivo del contratto all'arbitrio del concedente, che possa determinare *ad nutum* la cessazione del rapporto (76). Nelle ipotesi, invece, in cui il termine è elemento essenziale del tipo contrattuale, non è possibile sostituirlo con una condizione risolutiva (77).

Ancora, la giurisprudenza ha ammesso che, in un contratto d'opera professionale, il solo compenso di un progettista possa venir sottoposto alla condizione sospensiva della realizzazione dell'opera, o al finanziamento della stessa, ovvero anche all'approvazione da parte dell'autorità amministrativa competente (78): la

(75) Cass. 26 marzo 1971 n. 897, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 1108 e 1109.

(76) Cass. 21 gennaio 1986 n. 392, in *Arch. locazioni*, 1986, p. 253.

Per il richiamo al concetto di condizione risolutiva potestativa nel c.d. comodato precario, FRAGALI, *Del comodato*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 323; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 117 ss. In senso contrario, FUNAIOLI, *Il c.d. comodato precario*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, p. 542.

(77) Cass. 17 dicembre 1994 n. 10834, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Agenzia*, n. 26.

(78) Cass. 14 giugno 1957 n. 2247, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1782, ed in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 746; Cass. 23 giugno 1967 n. 1541, in *Giust. civ.*, Rep. 1967, voce *Lavoro autonomo*, n. 4; Cass. 22 aprile 1975 n. 1562, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 276; Cass. 15 marzo 1980 n. 1747, in *Riv. not.*, 1980, p. 840, ed in *Vita not.*, 1980, p. 840; Trib. Messina 11 febbraio 1984, in *Giur. merito*, 1985, p. 560; Cass. 13 aprile 1985 n. 2464, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 233 ss.; Cass. 24 luglio 1985 n. 4339, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1636; Cass. 2 giugno 1992 n. 7174, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 1772. Cfr. anche di recente, sulle problematiche del compenso condizionato e dell'aleatorietà convenzionale nel contratto d'opera intellettuale, PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1996, p. 653 ss.

dottrina ha esattamente rilevato che la conclusione sarebbe stata opposta se il contratto fosse stato qualificato come di lavoro subordinato <sup>(79)</sup>.

Altro esempio: in dottrina si è evidenziata la fattispecie della transazione, condizionata all'esito del giudizio precedentemente instaurato: qui la condizione si pone in contrasto con la stessa funzione del contratto, che è quella di eliminare l'incertezza della lite, da cui la sua inammissibilità <sup>(80)</sup>.

In questi casi si pone il problema se la condizione inapponibile rende nullo l'intero negozio, ovvero *vitiatur sed non vitiat*. La giurisprudenza si è dimostrata propensa per quest'ultima soluzione <sup>(81)</sup>; sembra, in realtà, che non vi siano ragioni per differenziare la soluzione del problema da quella legislativamente adottata, da un lato, per la disciplina delle condizioni impossibili e illecite e, dall'altro, per gli *actus legitimi*. Per cui, trattandosi di atti tra vivi, troverà applicazione, in via estensiva o analogica, il disposto dell'art. 1354 c.c., che sancisce una presunzione di inscindibilità della condizione e quindi comporta l'invalidità dell'intero atto, se non si prova (*ex art. 1419 c.c.*) che la condizione riveste un ruolo secondario nell'ambito del programma negoziale.

### 37. *Significato del brocardo « condicio non est in obligatione ».*

Una delle affermazioni tralaticie più frequenti nella teoria della condizione, ricorrente anche in giurisprudenza, consiste nel brocardo *condicio non est in obligatione* — e nel parallelo *quod est in condicione non est in obligatione* — cui si attribuisce il significato che l'evento condizionante non può « per sé e per la sua qualificazione costituire oggetto di obbligazione e quindi di prestazione dovuta dai contraenti o da uno soltanto di essi » <sup>(82)</sup>. Si afferma,

<sup>(79)</sup> DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 33.

<sup>(80)</sup> VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, cit., p. 428-429.

<sup>(81)</sup> Cass. 26 marzo 1971 n. 897, cit., c. 1109.

<sup>(82)</sup> Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1524 ss., ed in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 390.

L'affermazione è comunemente ripetuta in dottrina (cfr. già COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 435, secondo il quale « l'adempimento della condizione, anche se potestativa, da parte del creditore o del debitore non è mai oggetto d'obbligazione »), che la pone, da un lato, quale giustificazione teorica della distinzione tra condizione e *modus* (secondo la tralaticia definizione per cui



poi, che « ciò ovviamente vale per ogni tipo identificato di condizione, per esigenza indotta dalla natura unitaria dell'istituto e dalla identità, in ogni caso, della disciplina per esso sancita: e perciò vale oltre che per le condizioni così dette casuali (per le quali la natura dell'evento — fatto naturale o di terzi, fortuito — ne esclude con maggiore evidenza la riducibilità a oggetto di obbligazione), anche per quelle note come potestative o miste, in cui il verificarsi dell'evento dipende in tutto o in parte dalla volontà di (almeno) uno dei contraenti » (83).

Occorre peraltro verificare con attenzione le ragioni ed i limiti del principio suindicato, che viene ribadito come un assioma senza eccessivamente indagare sul suo fondamento positivo. Innanzitutto, non sembra che sia logicamente configurabile un evento puramente casuale dedotto, oltre che in condizione, anche in obbligazione, se è vero che la prestazione deve consistere sempre in un comportamento del soggetto debitore, o comunque imputabile alla sua sfera giuridica (84). Ciò significa, quindi, che *la rilevanza positiva del principio si misura esclusivamente in relazione alle condizioni potestative o miste.*

Non ha alcun rilievo il profilo — menzionato dalla giurisprudenza (85) — della *incertezza* dell'evento condizionante, che difetterebbe ove l'evento fosse anche dedotto in obbligazione. La prestazione costituente oggetto dell'obbligazione è infatti anch'essa incerta nel suo verificarsi, e su tale incertezza non incide in alcun modo la sua coercibilità, ove si consideri che, accanto ad obbligazioni non eseguibili in forma specifica, esistono obbligazioni che, di fatto, non risultano eseguite neanche coattivamente e in forma

---

la condizione « sospende ma non obbliga »: cfr. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 764), e, dall'altro, a giustificazione dell'esclusione della condizionalità in fattispecie nelle quali il medesimo comportamento costituirebbe atto dovuto ed evento condizionante (l'individuazione della cosa di genere, la venuta ad esistenza della cosa futura, la riserva di proprietà, il divieto del patto commissorio, la prelazione, il divieto convenzionale di alienazione, la c.d. condizione di adempimento); GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 115 (che esclude dal fenomeno condizionale le ipotesi in cui l'elemento mancante alla fattispecie complessa è un comportamento formante oggetto di diritti o di obblighi). Cfr. sul punto AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 70 ss., e p. 82 ss.

(83) Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, cit., p. 1527.

(84) BIANCA, *Diritto civile, IV - L'obbligazione*, Milano, 1998, p. 68.

(85) Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, cit., p. 1524 e 1527.

generica, per incapienza del patrimonio del debitore o per altre cause; senza considerare che il risultato conseguito attraverso l'esecuzione forzata non può considerarsi — fosse solo per i tempi ed i costi necessari per conseguirlo — in tutto equivalente all'adempimento spontaneo <sup>(86)</sup>.

Non sembra poi sussistere alcun ostacolo né logico, né giuridico alla deduzione in obbligazione dell'evento condizionante, allorché si tratti del comportamento di una delle parti a sua volta dedotto come *condizione risolutiva*. Questa ipotesi — e cioè la previsione della risoluzione del contratto a seguito dell'esatto adempimento di una certa obbligazione — può ricorrere, in concreto, quando l'interesse al prodursi dell'evento condizionante sia, nella considerazione delle parti, prevalente rispetto all'interesse al prodursi dell'efficacia negoziale. In questo caso, il negozio produce immediatamente la sua efficacia, sia pur risolubile, e quindi determina anche la nascita dell'obbligazione: in caso di adempimento, si avrà altresì l'avveramento della condizione, e quindi la risoluzione del contratto; in caso di inadempimento, il contratto conserverà i suoi effetti, salva l'applicazione dei rimedi di cui agli artt. 1218 ss. e 1453 ss. c.c. Altra, e diversa ipotesi è quella della deduzione in condizione risolutiva dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, anch'essa da ritenersi ammissibile (cfr. *infra*, paragrafo 53).

Neanche sembrano esservi ostacoli alla deducibilità in *condizione sospensiva* di un comportamento che costituisca, nel contempo, oggetto di obbligazione, allorché si sia di fronte ad un fenomeno di *condizionamento solo parziale* dell'efficacia negoziale. È ben possibile, infatti, che vengano condizionati solo una parte degli effetti del negozio, prevedendosi per il resto l'efficacia immediata: tra gli effetti — che sorgono immediatamente e non sono condizionati — può ben esservi anche l'obbligo di porre in essere l'evento condizionante. Si può ipotizzare, ad esempio, una compravendita in cui un solo effetto obbligatorio (pagamento del prezzo da parte del compratore) sia condizionato alla purgazione dell'immobile da un'ipoteca, purgazione che costituisce, nel contempo, oggetto di un obbligo del venditore immediatamente efficace.

---

<sup>(86)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 82 ss. (ed ivi ampi riferimenti di dottrina). Cfr. anche *infra*, paragrafo 53, ed ivi, nota 14.

Il principio *condicio non est in obligatione* sembra restringere la sua portata, quindi, al fenomeno della *condizionalità sospensiva potestativa totale* <sup>(87)</sup>. Anche sotto questo profilo, tuttavia, non può escludersi che le parti intendano configurare, contemporaneamente, il comportamento del debitore come evento sospensivamente condizionante: l'analisi che verrà effettuata nel prosieguo della trattazione sul fenomeno della condizione di adempimento (v. *infra*, paragrafo 53) dimostrerà che è logicamente e giuridicamente concepibile la deduzione in condizione dello stesso *adempimento di una delle prestazioni sinallagmatiche*, in quanto, sia durante la fase di pendenza condizionale sia successivamente all'avveramento o mancato avveramento della condizione, si ha una sicura rilevanza positiva della contemporanea qualificazione in termini di obbligatorietà del comportamento del debitore. A maggior ragione è concepibile *dedurre in condizione sospensiva l'adempimento di un'obbligazione secondaria ed accessoria*; per converso, nulla osta a *dedurre in obbligazione l'attività consistente nel produrre l'avveramento della condizione* <sup>(88)</sup>. Del resto, esistono una serie di fatti-

---

<sup>(87)</sup> Per l'impossibilità di dedurre l'adempimento come condizione sospensiva della controprestazione, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 93, secondo il quale « il rapporto giuridico non nasce, se prima non si verifica l'adempimento, ma d'altra parte questo, per essere in obbligazione, può essere perseguito giudiziariamente, il che presuppone che il rapporto giuridico sia nato prima ed indipendentemente dall'adempimento »; inoltre, l'incompatibilità di cui sopra deriverebbe dal fatto che « un'obbligazione inesistente non può essere adempiuta », e questa sarebbe « un'esigenza logica insopprimibile ». Per la confutazione di tale opinione, cfr. *infra*, paragrafo 53.

<sup>(88)</sup> In questo senso, limitatamente alla *condicio iuris*, PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 98, per il quale « un contratto può ben stabilire l'obbligo di una parte a realizzare, o ad operare perché si realizzi, una condizione legale. In questo caso, la parte è obbligata ad assumere il comportamento voluto dall'art. 1358: in questa ipotesi, si può affermare che *condicio est in obligatione* ». L'affermazione si presta ad essere generalizzata, ed estesa sia ai coelementi necessari di efficacia (si pensi all'obbligo di produrre la « cosa futura »), sia alle condizioni volontarie, non ricorrendo motivi di diverso trattamento tra le due fattispecie. Cfr. in tal senso anche GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 40, il quale riconosce che « in ipotesi-limite, l'effetto tipico della vendita (la traslazione del diritto) possa farsi dipendere, in forza di legge o di clausola contrattuale, dall'adempimento di un obbligo, del venditore o del compratore, derivante esso pure, quale effetto obbligatorio, dal medesimo contratto ». *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 130 ss., laddove si evidenzia che il coelemento necessario, o fonte di qualificazione oggettiva — necessario nella vendita obbligatoria per la produzione

specie — comunemente ritenute lecite ed ammissibili o addirittura espressamente disciplinate dal diritto positivo — in cui il comportamento dedotto come evento condizionante costituisce altresì « atto dovuto », in adempimento di un'obbligazione scaturente da fonte esterna al negozio (cessione del credito in garanzia risolutivamente condizionato all'inadempimento del credito garantito, sconto bancario, contratto a favore di terzo condizionato all'adempimento di obbligazione derivante da diverso titolo) <sup>(89)</sup>.

In definitiva, rientra nell'*autonomia negoziale* apprestare, per la realizzazione dell'interesse sottostante alla condizione, una *tutela più intensa* di quella tipica dell'istituto condizionale, prevedendo addirittura un obbligo di una delle parti di agevolare o determinare l'avveramento <sup>(90)</sup>.

Ciò può assumere maggior rilievo pratico nei casi in cui l'interesse sottostante alla clausola condizionale è un interesse « esterno », diverso cioè dall'interesse tipico negoziale: si può esemplificare indicando l'ipotesi della donazione sospensivamente condizionata al fatto che il donatario assista il donante fino al momento della morte. Può essere interesse del donante attribuire maggiore pregnanza a tale assistenza, qualificandola anche come obbligatoria, in modo da poter reagire anche con gli strumenti posti a tutela dell'obbligazione ad eventuali inadempimenti del donatario. Né si vede quale possa essere l'interesse dell'ordinamento a precludere al donante, nell'ipotesi citata, tale maggior tutela.

Problema più delicato è quello di valutare se ed in quali termini la *disciplina codicistica della pendenza condizionale* subisca alterazioni a seguito della deduzione dell'evento condizionante *in obli-*

---

dell'effetto traslativo — costituisce nel maggior numero dei casi un atto dovuto, di adempimento cioè di un'obbligazione derivante dal contratto.

In giurisprudenza, per l'affermazione che « la circostanza che alla produzione di un determinato evento debba concorrere l'attività dell'obbligato non basta a togliere alla condizione il carattere suo proprio ed a farla rientrare nell'oggetto dell'obbligazione, Cass. 30 marzo 1972 n. 837, in *Giust. civ.*, Rep. 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 81; Cass. 9 novembre 1970 n. 1298, in *Giust. civ.*, Rep. 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 73.

<sup>(89)</sup> Sulle fattispecie elencate, cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 100 ss.

<sup>(90)</sup> Nel senso che lo stesso evento possa essere, contemporaneamente, dedotto in condizione ed in obbligazione, GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 144 ss.

gatione. Se dall'interpretazione del negozio risulta trattarsi di un fenomeno di condizionalità parziale — nel senso che l'obbligazione di determinare l'avveramento della condizione non è a sua volta condizionata — *nulla quaestio*: la disciplina della pendenza troverà applicazione per gli altri effetti negoziali, mentre per l'obbligazione *de qua* troveranno immediata applicazione le norme sull'adempimento oppure, al contrario, sull'inadempimento. Ove, viceversa, l'obbligazione di determinare l'avveramento rientri anch'essa nella sospensione condizionale (come può verificarsi nel caso di condizionamento totale della compravendita al pagamento del prezzo), non possono che trovare applicazione le norme sulla pendenza, che — in virtù della qualificazione in termini di obligatorietà (sospesa) del comportamento del debitore — consentiranno l'applicabilità delle misure conservative dalla legge previste anche a tutela del credito condizionale; e salva la valutazione in termini di inadempimento in caso di mancato avveramento della condizione.

Il principio *condicio non est in obligatione* è stato richiamato anche — sia in dottrina che in giurisprudenza — per negare che sia configurabile una *finzione di avveramento della condizione potestativa*, sulla base della presunta contraddizione tra la libertà della parte di porre in essere il comportamento e la situazione di vincolo che scaturirebbe dall'applicazione dell'art. 1359 c.c. <sup>(91)</sup>. Una parte

---

(91) Per la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 1359 c.c. alla condizione potestativa, ovvero all'elemento potestativo della condizione mista, è la giurisprudenza pressoché unanime. Cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 20 luglio 1965 n. 1655, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 354; Cass. 14 gennaio 1967 n. 140, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1883; Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1856; Cass. 26 settembre 1969 n. 3141, in *Mass. Giust. civ.*, 1969, p. 1610, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 265 ss.; Cass. 18 maggio 1973 n. 1453, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 741, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 268 ss.; Cass. 17 maggio 1976 n. 1733, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 270 ss.; Cass. 26 aprile 1982 n. 2583, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1824, in *Riv. not.*, 1983, p. 1173, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 272 ss.; Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1524; Cass. 25 gennaio 1983 n. 702, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 192; Cass. 7 marzo 1983 n. 1680, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 191; Cass. 13 aprile 1985 n. 2464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 616; Cass. 5 giugno 1996 n. 5243, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 295; Cass. 18 novembre 1996 n. 10074, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, p. 710.

Per l'applicabilità della  *fictio*  alle condizioni miste, Cass. 14 gennaio 1967 n. 140, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 550, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 156 ss.; Cass. 7 novembre 1975 n. 3760, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 159.

sempre più consistente della dottrina nega tuttavia l'assolutezza di tale regola, ammettendo che il rimedio della finzione di avveramento sia compatibile con la condizione potestativa, tenuto conto degli specifici interessi che sono alla base della clausola condizionale nel caso concreto <sup>(92)</sup>. A tale conclusione si può giungere a maggior ragione una volta contestata la validità del brocardo in oggetto, e quindi affermata la compatibilità tra comportamento volontario *in condicione* e comportamento contrattualmente o legalmente dovuto <sup>(93)</sup>. Ne emerge, cioè, un diverso concetto di condizione potestativa (ricostruito anche sulla base delle norme contenute negli artt. 1358 e 1359), rispetto a quello tradizionale

---

In dottrina, v. BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1105; Id., *Sistema del diritto privato*, cit., p. 280; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 185; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 252-253; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 520, e p. 527, nota 84; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 141, e nota 27.

<sup>(92)</sup> Per l'applicabilità della finzione di avveramento alla condizione potestativa, e quindi in danno del contraente al cui comportamento volontario è rimesso l'avveramento, sia pure con varie limitazioni, TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 821 e 827 (secondo il quale l'esigenza di rispettare la discrezionalità del soggetto trova un limite nell'ipotesi in cui il comportamento di questi « appaia inteso al solo scopo di impedire l'efficacia del contratto »); DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 179, nota 178; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 57 ss., e p. 77; COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1529; Id., *Condizione nel contratto*, cit., p. 114 ss.; DE CUPIS, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1722; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 135 ss.; BELFIORE, (nota a Cass. 13 aprile 1985 n. 2464), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 616-617; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 315; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 364 ss.; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 76 ss.; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 80 ss. (secondo il quale la finzione di avveramento è applicabile quando — trattandosi di condizione mista — l'evento condizionante necessiti, per verificarsi, dell'iniziativa della controparte; ovvero — trattandosi di condizione potestativa — il contraente ecceda dalla sfera della discrezionalità incidendo sui fattori « ambientali » e « casuali » che costituiscono presupposto della condizione potestativa); VITUCCI, *Conditio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, cit., p. 9 ss.

<sup>(93)</sup> Sulla possibile deduzione *in condicione ed in obligatione* del medesimo comportamento, e sulla potestatività semplice, e non mera, di una siffatta condizione, cfr. già MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 51-52, e p. 95.

ricevuto dall'elaborazione storica <sup>(94)</sup>: una potestatività cioè che esclude dal suo ambito l'arbitrio immotivato ed irragionevole, e che — dovendo tener conto dell'equilibrio di interessi risultante dal contenuto del negozio — è compatibile con l'osservanza dei limiti e degli obblighi scaturenti dalla clausola di buona fede, a tutela dell'integrità delle ragioni della controparte.

38. *L'automatica incidenza dell'avveramento della condizione sull'efficacia del negozio.*

Secondo l'orientamento dottrinale assolutamente prevalente, il congegno condizionale opera automaticamente, nel senso che l'efficacia o la risoluzione del negozio si producono *ope legis* con l'avveramento della condizione, senza che sia necessaria, all'uopo, un'attività ulteriore delle parti <sup>(95)</sup>. L'opinione, per la verità, non è

---

<sup>(94)</sup> BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 82.

<sup>(95)</sup> Per il necessario automatismo dell'operatività dell'avveramento della condizione, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 90 ss.; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 435 (secondo il quale la nascita, la risoluzione o l'estinzione del rapporto giuridico scaturenti dal negozio condizionale « debbono verificarsi automaticamente, *ope legis*, in virtù della volontà originariamente manifestata, senza bisogno che il soggetto interessato debba esplicitare alcuna ulteriore attività allo scopo »); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 543; SCOGNAMIGLIO, *Sulla mancanza definitiva della condizione e la conseguente inefficacia del negozio*, cit., c. 1255; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 174 e 183 (« La condizione nei suoi vari stadi agisce automaticamente, nel senso che le parti nulla devono fare, perché la condizione stessa operi; l'impulso verso l'effetto è dato dalla volontà iniziale delle parti e dalla legge, che riconosce quest'ultima e la munisce di tutela »); SMIROLDO, *Condizione unilaterale di vendita*, cit., c. 570; VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 564, e p. 566 ss.; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 10; MAGGI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 52 ss., e p. 108-109 (secondo il quale « l'operare automatico della condizione si desume, invero, dalla mancata previsione, negli artt. 1353-1361 c.c., della necessità di un atto di parte al fine di determinare la produzione, ovvero, la risoluzione degli effetti del contratto »); BACIN, *La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 340 ss.; Cass. 6 settembre 1991 n. 9388, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1088.

Cfr. sul punto anche la Relazione al codice civile, n. 618: « la condizione vera e propria agisce *ope legis* in virtù di una volontà originariamente espressa dalle parti ».

Anche nel diritto francese si afferma che « la condition produit ses effets de plein droit »: DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 20.

pacifica: qualcuno, pur ammettendo che « l'effetto dell'avveramento o del non avveramento della condizione è di massima automatico », ammette che tale effetto « potrebbe essere quello di attivare un potere decisionale della parte in ordine all'efficacia o alla risoluzione del contratto » (96). Altri, più esplicitamente, ritiene che « l'ordinamento consente alle parti che lo vogliono di stipulare condizioni il cui avverarsi dà luogo non già all'efficacia o inefficacia del contratto, ma al sorgere del potere, riconosciuto a una delle parti, di scegliere fra l'efficacia o l'inefficacia del contratto » (97).

Quest'ultima opinione sembra in effetti — anche alla luce della riconosciuta, piena ammissibilità della condizione potestativa — quella più fondata: *nessuna norma di legge prevede un rigido automatismo* (inteso come indipendenza da una decisione di una delle parti) come conseguenza dell'avveramento della condizione.

In alcune ipotesi — si pensi al caso della vendita con patto di riscatto — il diritto potestativo è previsto *ab origine* nel regolamento contrattuale, e vi è quindi un'unica condizione, rappresentata dall'atto di esercizio di tale diritto, cui è subordinata l'efficacia del contratto.

In alternativa, è ben possibile che l'autonomia privata ricollegli al verificarsi dell'evento condizionante (casuale) il sorgere (non già dell'efficacia totale bensì) del *diritto potestativo* di una delle parti a determinare, a sua volta, il prodursi degli effetti (98).

Quanto alla natura giuridica dell'atto di esercizio del diritto potestativo, o comunque della facoltà di determinare il prodursi degli effetti (o la risoluzione degli stessi), è plausibile ritenere che lo stesso costituisca un'ulteriore condizione (potestativa). La struttura del negozio, in questi casi, può così configurarsi:

— il negozio contiene una condizione (casuale, o di altro tipo) alla quale è subordinata la nascita del diritto potestativo di una

(96) BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 530. In senso analogo (relativamente alla c.d. condizione unilaterale), CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 271.

(97) SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 147.

(98) Secondo SMIROLO, *Condizione unilaterale di vendita*, cit., c. 577, « L'automatismo della condizione significa, semplicemente, che essa opera senza che sia necessaria una dichiarazione positiva delle parti, o comunque un loro comportamento concludente nel senso di avvalersi della clausola condizionante; e non invece che gli effetti connessi alla presenza della condizione debbano essere subiti dalle parti ovvero siano sottratti alla loro disponibilità ».



delle parti di determinare, a sua volta, l'efficacia o la risoluzione del negozio stesso. L'intera efficacia del negozio è quindi subordinata, indirettamente, a questa condizione.

— Al verificarsi della suddetta condizione, sorge il diritto potestativo in questione, il cui esercizio determina l'avveramento di una ulteriore condizione (potestativa), alla quale è subordinata direttamente, stavolta, l'efficacia del contratto.

La fattispecie sopra ipotizzata postula il previo avveramento della condizione (principale), a cui si ricollega l'effetto della nascita del diritto potestativo in questione. Essa si differenzia, quindi, dalla fattispecie della condizione unilaterale, nella quale si ha, in sostanza, una revoca della clausola condizionale anteriormente all'avveramento della condizione. Il mezzo tecnico di produzione dell'effetto è, in tal caso, una ulteriore condizione (risolutiva), apposta non già all'intero negozio, bensì alla sola clausola condizionale principale.

Il tradizionale requisito dell'automatismo della condizione viene pertanto ad assumere una portata più limitata, rispetto a quella generalmente riconosciutagli dalla dottrina. Esso, innanzitutto, vale a significare la *non necessit* di un ulteriore intervento delle parti ai fini della produzione (o della risoluzione) degli effetti negoziali<sup>(99)</sup>: in assenza, cioè, di diversa determinazione pattizia, è sufficiente il consenso originariamente espresso per consentire alla condizione di produrre i suoi effetti.

In un'altra direzione, il requisito dell'automatismo esprime l'esigenza della *definitività ed impegnatività del consenso* contestualmente al perfezionamento del negozio, e come tale non tollera, quindi, che possa essere rimessa ad una successiva, libera ed arbitraria decisione di entrambe le parti del contratto l'efficacia del medesimo. Inoltre questo stesso principio determina — e la disciplina della condizione sospensiva meramente potestativa sta a dimostrarlo — l'impossibilità per la parte alienante o debitrice di decidere arbitrariamente in ordine all'attuazione del vincolo. In altre ipotesi — e segnatamente quando viene rimessa al mero

---

(99) Cass. 5 febbraio 1968 n. 381, in *Giust. civ.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 129, secondo la quale l'avveramento della condizione sospensiva rende « efficace il negozio sin dall'origine senza un ulteriore concorso di volontà dei soggetti ».

arbitrio di una delle parti la risoluzione del negozio, o quando, più in generale, l'efficacia del medesimo viene fatta dipendere da una decisione non arbitraria (condizione potestativa semplice) — è invece consentito all'autonomia privata congegnare la clausola condizionale in modo da rimettere alla decisione di una delle parti l'instaurazione o la permanenza dell'efficacia negoziale.

Il requisito dell'automatismo della condizione implica, infine, che l'efficacia o la risoluzione del contratto si producono, a seguito dell'avveramento della condizione — e quindi come conseguenza del semplice verificarsi dell'evento, casuale o potestativo, dedotto in condizione — *senza che sia necessaria alcuna pronuncia giudiziale*, di natura dichiarativa o costitutiva <sup>(100)</sup>.

Tutto ciò consente di intendere meglio il rapporto tra condizione risolutiva, da un lato, e *risoluzione del contratto per inadempimento*, dall'altro. Nel vigore del codice civile del 1865, in presenza di una norma che disciplinava la risoluzione per inadempimento nell'ambito della disciplina condizionale <sup>(101)</sup>, era maggioritaria l'opinione che ravvisava nell'inadempimento una condizione risolutiva tacita <sup>(102)</sup>. Si deve soprattutto alle argomentazioni di Auletta il superamento di questa tesi: oltre a criticare la teoria della presunzione di volontà e della condizione tacita (basata su una inaccettabile finzione), il citato Autore ha convincentemente dimostrato che non è possibile parlare, nella specie, neanche di *condicio iuris*, neppure configurando quest'ultima come evento complesso, dato dall'inadempimento e dalla manifestazione di volontà della

---

<sup>(100)</sup> Cass. S.U. 25 luglio 1964 n. 2061, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 83; Cass. 27 aprile 1967 n. 765, in *Giust. civ.*, Rep. 1967, voce *Azienda*, n. 16; Cass. 9 maggio 1977 n. 1767, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 711, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1376, in *Riv. not.*, 1977, p. 614, ed in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1258.

<sup>(101)</sup> L'art. 1165 del codice civile del 1865, sulla falsariga dell'art. 1184 del *code Napoléon*, recitava: « La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfa alla sua obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambedue i casi. La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze ».

<sup>(102)</sup> Cfr., per riferimenti, AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 85 ss.

parte adempiente: ciò perché la risoluzione non avviene automaticamente, in virtù dell'avverarsi di un evento futuro ed incerto, previsto *ab initio* dalle parti o dalla legge, bensì a seguito di una pronuncia del giudice, di natura costitutiva e non dichiarativa<sup>(103)</sup>. Più in generale, non è possibile ritenere che tutti i contratti a prestazioni corrispettive siano sottoposti alla condizione risolutiva legale della pronuncia giudiziale risolutiva: ciò significherebbe precarietà *ab origine* (*ex art. 1357 c.c.*) delle situazioni giuridiche soggettive acquistate con i contratti in esame, mentre, ovviamente, la disciplina positiva (artt. 1458, comma 2, e 2652 n. 1 c.c.) è in senso opposto, rendendosi opponibile la vicenda risolutiva solo ai terzi che abbiano trascritto il proprio acquisto successivamente alla trascrizione della domanda di risoluzione<sup>(104)</sup>. Per lo stesso motivo, la legge disciplina secondo le regole suesposte anche la risoluzione per inadempimento derivante da clausola espressa, *ex art. 1456 c.c.*, e non già perché, in quest'ultimo caso, non vi sarebbe automatismo ma rimessione alla volontà della parte adempiente<sup>(105)</sup>.

In conclusione, automatismo della condizione significa definitività ed impegnatività del negozio già prima dell'avveramento della condizione, ed impossibilità di far dipendere quest'ultimo dalla volontà di entrambe le parti (se diretta all'esclusivo fine di determinare l'efficacia negoziale), ovvero dalla volontà del debitore o dell'alienante (se condizione sospensiva), ovvero ancora dalla pronuncia giudiziale di risoluzione per inadempimento. Vanno quindi respinte, in quanto in netto contrasto con il diritto positivo, quelle teoriche che individuano nell'automatismo della condizione un principio con valenza ulteriore, che impedirebbe ogni influenza della decisione delle parti sull'efficacia negoziale.

---

<sup>(103)</sup> AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 90 ss. L'Autore pone a base della propria critica anche l'affermazione dell'ineducibilità in condizione dell'attività della parte incolpevole (ma la disciplina della condizione potestativa sta a dimostrare il contrario), nonché dell'impossibilità di dedurre contemporaneamente lo stesso comportamento *in condicione* ed *in obligatione*: per la critica a tale ultimo punto di vista, cfr. *infra*, paragrafo 53.

<sup>(104)</sup> AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 103.

<sup>(105)</sup> Sul rapporto tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva, cfr. *infra*, paragrafo 40.

39. *Limiti del fenomeno condizionale. A) I negozi aleatori.*

Nella tradizionale ricostruzione del fenomeno condizionale, che individua nell'estrinsecità la sua caratteristica fondante, pur riconoscendosi che la condizione — in ragione della ipoteticità e non attualità dell'evento condizionante — introduce nel negozio un elemento di aleatorietà <sup>(106)</sup>, viene operata una netta distinzione rispetto ai negozi aleatori, nei quali il profilo dell'incertezza gioca anche un ruolo decisivo, sotto il profilo qualificatorio e nella definizione della stessa causa negoziale: sono aleatori, infatti, quei negozi in cui vi è un evento futuro il cui sopravvenire o meno incide — per volontà delle parti o per la natura stessa del negozio <sup>(107)</sup> — non tanto sul vantaggio economico scaturente dal negozio <sup>(108)</sup>, quanto sul contenuto dei diritti o sulle prestazioni scatu-

<sup>(106)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 424; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 172.

<sup>(107)</sup> Sui contratti aleatori per volontà delle parti, cfr. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 229 ss.

Cfr. anche BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 463 ss. (che individua l'esistenza dell'alea anche quando il rischio concorre con la funzione di scambio del contratto, e, pur costituendo un momento eventuale o marginale del contratto stesso, concorre a determinare l'interesse concretamente perseguito, ed è quindi un elemento che incide sulla causa concreta). Secondo SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 460-461, il contratto può essere reso aleatorio mediante l'introduzione di una clausola pattizia, come ad esempio nella vendita a rischio e pericolo, nella vendita di speranza, nella vendita ereditaria senza specificazione degli oggetti, in taluni casi di vendita senza garanzie.

<sup>(108)</sup> Su tale definizione dell'aleatorietà, cfr. tra gli altri CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 239-240 (che definisce l'alea come « il rischio che si corre dall'uno e dall'altro contraente circa il risultato economico che deriverà al contratto per l'uno e per l'altro: al momento del contratto non si sa quale delle due parti avrà un vantaggio o un guadagno e quale una perdita. Tale rischio è dipendente da un evento incerto »). Per SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 224, « Secondo che il vantaggio e il sacrificio patrimoniali siano certi o dipendano dalla sorte, i negozi onerosi sono commutativi o aleatori; e in questi ultimi può dirsi che commutativo sia il rischio ».

La giurisprudenza afferma costantemente il principio secondo il quale si ha contratto aleatorio quando l'alea, per specifica pattuizione delle parti ovvero per la natura stessa del negozio, lo caratterizzi nella sua interezza e fin dalla sua formazione, cosicché sia radicalmente incerto per una o per tutte le parti il vantaggio economico, in relazione al rischio cui le stesse si espongono. In tal senso, tra le altre, Cass. 9 aprile 1980 n. 2286, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1503; Cass. 31

renti dal negozio medesimo, e come tali distinti dai negozi commutativi, nei quali l'esistenza e l'entità delle reciproche prestazioni non dipendono da fattori casuali <sup>(109)</sup>.

Secondo l'impostazione, ormai classica, di Falzea, ripresa dalla prevalente dottrina, l'incertezza propria dei negozi aleatori « si differenzia dall'incertezza che distingue la condizione, in cioè che la prima è essenziale, mentre la seconda, come abbiamo osservato, è accidentale rispetto allo schema normativo, così come accidentale è per quest'ultimo il meccanismo della condizionalità. Nel primo, e non invece nel secondo, la incertezza risponde alla natura intrinseca dell'atto, e quindi è da quest'ultimo logicamente inseparabile ». Si sostiene, quindi, che negli atti condizionali « l'evento viene assunto nel quadro della fattispecie con carattere complementare, per tutelare un sistema di interessi esterno a quello perseguito nell'atto stesso », mentre nei contratti aleatori « l'evento è assunto nel quadro della fattispecie solo per la realizzazione degli interessi interni » <sup>(110)</sup>.

---

maggio 1986 n. 3694, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Contratto in genere*, n. 335; Cass. 7 giugno 1991 n. 6452, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratto in genere*, n. 401; Cass. 26 gennaio 1993 n. 948, in *Contratti*, 1993, p. 532.

<sup>(109)</sup> Per la nozione più ristretta di alea in senso giuridico, che viene ravvisata solo quando la stessa è momento essenziale e originario del sinallagma, che vede come termini dello scambio una prestazione certa ed una prestazione necessariamente incerta, v. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 111 ss., spec. p. 137-138 (secondo il quale l'alea nei contratti aleatori « è elemento essenziale della fattispecie produttiva degli effetti giuridici », « determina una prestazione nella sua consistenza fisica », ed è « intrinseca al contratto »). Secondo GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 196 ss., l'aleatorietà determina l'insorgere di specifiche situazioni soggettive di soggezione-aspettativa, strutturalmente caratterizzanti i contratti aleatori. Per un quadro aggiornato delle concezioni sull'alea, cfr. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., spec. p. 60 ss.

<sup>(110)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 176; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p. 78; NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1031; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 123 (ove altre citazioni di dottrina), e p. 178; ID., *Alea*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., I, Torino, 1987, p. 255.

Per la netta differenziazione tra negozi aleatori e negozi condizionati, cfr. inoltre CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 240, nota 5; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 765, nota 9, e p. 786, nota 113; BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 782.

Si tratta della ricostruzione a più riprese criticata, e della quale si è dimostrata l'inaccettabilità. È, peraltro, l'unica obiezione di carattere veramente generale opposta all'inquadramento dei contratti aleatori nello schema condizionale, che per altro verso è stata sostenuta da molta parte della dottrina <sup>(111)</sup>. Per il resto sono state proposte ulteriori obiezioni, che tuttavia concernono solo profili specifici, o determinati contratti aleatori. Si è detto, ad esempio, che nei contratti aleatori, a differenza che nei contratti condizionati, l'incertezza concerne un evento che non sospende direttamente gli effetti giuridici del negozio, ma il vantaggio che uno o entrambi i contraenti si attendono dal contratto <sup>(112)</sup>: l'obiezione, tratta dalla definizione che del contratto aleatorio forniva l'art. 1102 del codice civile del 1865, non può oggi essere considerata di portata generale, visto che è ben configurabile l'ipotesi di aleatorietà scaturente dal condizionamento parziale degli effetti del contratto.

Si è anche rilevato che dall'evento futuro e incerto, nel contratto aleatorio, può dipendere non già il prodursi degli effetti, ma esclusivamente l'individuazione del soggetto tenuto alla prestazione <sup>(113)</sup>: anche questo può valere per alcuni contratti aleatori (segnatamente, il gioco e la scommessa, od i concorsi a premio), ma non per tutti. Lo stesso vale per la considerazione che, in taluni casi (ad esempio, nella *emptio spei*), pur attuandosi l'effetto giuridico, può non realizzarsi il vantaggio sperato (perché, ad esempio, la cosa

---

<sup>(111)</sup> La spiegazione sotto il profilo della condizionalità del meccanismo dei contratti aleatori è stata sostenuta già nella pandettistica, nonché nella successiva dottrina tedesca (cfr. citazioni in FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 175, nota 152, nonché OERTMANN, *Die Rechtsbedingung* (condicio iuris), Leipzig, 1924, p. 33 ss.). Per la dottrina italiana, cfr., con riferimento ai singoli contratti aleatori, FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, Torino, 1961, p. 27-29, e p. 64-65; HAYMANN, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1938, I, p. 144 ss.; BUTERA, *Del contratto vitalizio*, Torino, 1935, p. 70; DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1937, I, p. 408 ss., 413 ss.; FRAGALI, *Della fideiussione*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 78 ss. (quest'ultimo parla peraltro di *condicio iuris*). Cfr. inoltre la dottrina citata in BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 74 e 75.

Per OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 344, nota 1, sussiste analogia fra contratto condizionale e contratto aleatorio, « quando l'alea non consista nel dovere più o meno, ma nel dovere o non dovere ».

<sup>(112)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 175.

<sup>(113)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 175.

venuta ad esistenza è di valore irrisorio) <sup>(114)</sup>. Non può, infine, distinguersi tra le due fattispecie sulla base del diverso atteggiarsi dell'interesse all'evento <sup>(115)</sup>, per l'estrema variabilità di tale profilo nell'istituto condizionale.

Sembra, in realtà, che non si possa concludere radicalmente nel senso della condizionalità o meno delle fattispecie comunemente inquadrate nell'ambito dei contratti aleatori, ma che sia necessaria un'indagine caso per caso, che verifichi le caratteristiche strutturali delle singole fattispecie tipiche.

È comunque possibile fissare alcuni punti fermi. In primo luogo, una volta assodata la neutralità e polifunzionalità del congegno condizionale, è evidente che — sotto il profilo assiologico — non esiste alcun impedimento di carattere generale alla compresenza, nel medesimo negozio, dell'alea e della condizione, ed in particolare alla realizzazione della prima per mezzo della seconda.

In secondo luogo, un problema di applicabilità delle norme sulla condizione può porsi solo per quei negozi in cui l'alea dipende dall'incidenza sull'efficacia negoziale di un evento futuro ed incerto: quindi, ad esempio, nella rendita vitalizia, in cui l'incertezza dipende dal momento in cui avverrà la morte del vitalizante, quest'ultimo evento, *certus an* ed *incertus quando*, rientra piuttosto nella figura del termine, e non può porsi alcun problema di applicazione della disciplina condizionale <sup>(116)</sup>. Parimenti, si è certamente al di fuori del fenomeno condizionale allorché l'aleatorietà dipenda da un evento passato e ignoto alle parti, ovvero da una situazione di fatto o di diritto che non sia qualificabile come « evento » <sup>(117)</sup>. Neanche si ha condizione in senso tecnico quando l'evento incida sul *quantum* o sulle caratteristiche della prestazione, prospettandosi piuttosto, in tal caso, una fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico (su quest'ultima categoria, cfr. *infra*, paragrafo 45).

In terzo luogo, è possibile affermare che — salva una specifica analisi della disciplina dettata per i contratti aleatori tipici — ogni

<sup>(114)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 175.

<sup>(115)</sup> SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 124; BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 467 ss.; ID., *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 85 ss.

<sup>(116)</sup> SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 182.

<sup>(117)</sup> DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 219 ss.

qualvolta si è in presenza di un *negozio aleatorio atipico*, e l'alea dipende dal verificarsi di un evento futuro ed incerto cui è subordinata, in tutto od in parte, l'efficacia del negozio, ricorre una condizione in senso tecnico, alla quale devono senz'altro ritenersi applicabili tutte le norme previste dalla legge sulla condizione, oltre, ovviamente, alle norme sui contratti aleatori (es., artt. 1448, penultimo comma, e 1469 c.c.). Ciò avviene, ad esempio, quando le parti condizionano, sospensivamente o risolutivamente, solo una delle obbligazioni sinallagmatiche, rimanendo la controprestazione efficace *ab initio* e definitivamente <sup>(118)</sup>. La possibilità di questo tipo di condizionamento parziale, ammessa da dottrina e giurisprudenza prevalenti, è stata da qualcuno negata <sup>(119)</sup>, senza peraltro specifiche motivazioni che non si identificassero con l'acritica riproposizione dei dogmi della accidentalità ed estrinsecità della condizione; l'obiezione è quindi destinata a cadere nella misura in cui è accertato che la condizione può influire sulla causa del negozio e sulla stessa riconduzione ad un tipo legale.

Comunque, anche con riferimento ai contratti aleatori tipici, dottrina e giurisprudenza concordano nell'affermare che, anche laddove non sia rinvenibile una condizione in senso tecnico, nel periodo di pendenza in attesa dell'evento futuro e incerto sia applicabile per analogia, ai contratti aleatori, la disciplina della condizione <sup>(120)</sup>. L'affermazione può condividersi, con l'avvertenza

---

<sup>(118)</sup> RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 415; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di cosa futura*, cit., p. 137.

<sup>(119)</sup> GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 136 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 142.

<sup>(120)</sup> Per l'applicazione analogica della disciplina condizionale ai contratti aleatori, cfr. FEDELE, *Natura giuridica del concorso Sisal*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 693; BUTTARO, *Il suicidio nell'assicurazione sulla vita di un terzo*, in *Assicurazioni*, 1955, I, p. 101, nota 1; ID., *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 76 (ivi, a p. 74 e 75, altre citazioni di dottrina); SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 178, nota 166; GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 208 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 141 ss.

È stata, in particolare, ritenuta applicabile ai contratti aleatori la disciplina della pendenza, e quindi l'obbligo di buona fede e la finzione di avveramento, la trasmissibilità delle posizioni giuridiche nascenti dal contratto aleatorio *ex art.* 1357 c.c., la particolare disciplina della pubblicità degli atti condizionati.

Sull'applicabilità della disciplina della pendenza condizionale ai contratti aleatori, in giurisprudenza, Cass. 6 giugno 1967 n. 1248, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1061,



che, laddove la legge disciplini specificamente, con riferimento al singolo contratto aleatorio, un determinato aspetto della pendenza o altro profilo di disciplina, quest'ultima, in quanto normativa speciale, prevarrà sulla disciplina condizionale, comportandone ovviamente l'inapplicabilità: si pensi al rapporto tra la disciplina dell'aggravamento del rischio e le reticenze dell'assicurato, da un lato, e la finzione di avveramento, dall'altro <sup>(121)</sup>.

Può essere utile, a questo punto, un'analisi di alcune significative figure tipiche di contratti aleatori, al fine di verificare il rapporto delle stesse con la figura del negozio condizionato.

a) Il contratto di *emptio spei*, o acquisto di speranza, è tradizionalmente ritenuto aleatorio — essendo, tra l'altro, espressamente definito in tal senso dalla legge (art. 1472, 2° comma) — ed è caratterizzato dal fatto che l'obbligo di pagare il prezzo permane anche se la cosa venduta non viene ad esistenza. Secondo qualcuno non può, nella specie, farsi riferimento al concetto di condizione per spiegare la posizione del venditore, la cui prestazione traslativa non può essere immediatamente eseguita; si è quindi ritenuto che la sorte influisca, in questo caso, solo sull'utilità, sul vantaggio in capo al compratore, e non sull'efficacia vera e propria, identificandosi d'altra parte la prestazione del venditore non nel trasferimento, ma nell'obbligo di non impedire che la cosa venga ad esistenza, talora accompagnato dall'obbligo di fare alcunché <sup>(122)</sup>; altri addirittura identifica l'oggetto del contratto nell'alea, o nella speranza <sup>(123)</sup>. Tali tesi sembrano peraltro artificiose, e come tali sono state criticate <sup>(124)</sup>, perché finiscono con l'identificare l'oggetto del contratto con entità — come la speranza — inidonee a costituire oggetto di obbligazione, e perché rinunciano sostanzialmente a spiegare la natura del fenomeno, che è in realtà quello di un contratto in cui la sola prestazione traslativa del venditore è subor-

---

in *Vita not.*, 1968, p. 306, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 256 ss.

<sup>(121)</sup> Cfr. sul punto BUTTARO, *Il suicidio nell'assicurazione sulla vita di un terzo*, cit., p. 101, nota 1.

<sup>(122)</sup> SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 183-184.

<sup>(123)</sup> Cfr., ad esempio, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., par. 140, p. 62.

<sup>(124)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 425 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 161 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 164 ss.

dinata al sopravvenire di una *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto* (il venire ad esistenza della cosa), che taluno preferisce qualificare come « elemento tipico » <sup>(125)</sup>, o condizione legale <sup>(126)</sup>, ma che in realtà è un coelemento necessario di efficacia, non influente tuttavia sull'obbligazione di pagamento del prezzo, che è immediatamente e definitivamente efficace.

b) Riguardo al contratto di *assicurazione*, la dottrina più risalente configurava la prestazione dell'assicuratore come obbligazione sospensivamente condizionata al verificarsi del sinistro <sup>(127)</sup>; la dottrina più recente — a fronte della incertezza della

<sup>(125)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 425 ss.

<sup>(126)</sup> PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 167-168: « Nella *emptio spei* l'obbligo di consegna o l'effetto reale sono condizionati all'effettivo prodursi della cosa e la condizione ha natura di un requisito di efficacia della sola prestazione del venditore; nella *emptio rei speratae* trattasi di un negozio condizionato, cioè, soggetto ad una condizione che ha natura di vero e proprio requisito di efficacia del negozio e non della prestazione »; secondo l'Autore, quindi, nella *emptio spei* « il fatto che la cosa non sia venuta ad esistenza non ha influenza sull'obbligo del compratore di pagare il prezzo ».

<sup>(127)</sup> Si tratta dell'opinione un tempo dominante: cfr., tra gli altri, OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 163 (« Dire che *in obligatione* è l'assunzione del rischio, non è probabilmente che una metafora che non ha significato pratico e giuridico diverso dal dire che è *in obligatione* il pagamento della somma assicurata al verificarsi del sinistro... Mentre di solito la condizione attiene *al contratto* e quindi alle obbligazioni di entrambe le parti, qui attiene (e non è il solo caso) *ad una sola obbligazione*: da ciò appunto nasce l'alea del contratto e con ciò si giustifica la normale sproporzione fra prestazione e controprestazione »); HAYMANN, *La prestazione dell'assicuratore*, cit., p. 144 ss. (« L'elemento che inconfutabilmente distingue il contratto di assicurazione dal regolare contratto bilaterale, in cui ciascuna parte promette incondizionatamente alla sua controparte una prestazione, consiste in ciò che in tutte le assicurazioni contro i danni, come in gran parte delle assicurazioni di somme, l'assicuratore si obbliga solo condizionatamente, il contraente invece incondizionatamente... le parti... vogliono costituire un vincolo sinallagmatico fra due promesse di prestazione, una condizionata e l'altra incondizionata »); DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, cit., p. 415 ss. (che distingue da un lato alcune ipotesi di assicurazione sulla vita, in cui il pagamento è subordinato ad un evento *certus an*, quindi ad un termine, e dall'altro le assicurazioni contro i danni ed altre forme di assicurazione sulla vita, in cui il pagamento sarebbe subordinato ad un evento *incertus an*, e quindi ad una *condicio iuris*, poiché « la subordinazione dell'obbligo dell'assicuratore al verificarsi del sinistro è essenziale al tipo astratto del negozio assicurativo »); SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 191 (per il quale « nell'assicurazione la subordinazione della prestazione dell'assicuratore a un dato evento

prestazione pecuniaria dell'assicuratore — rigetta generalmente la teoria del condizionamento parziale del contratto, ritenendo viceversa che la prestazione assicurativa sia immediatamente efficace, e consista, per l'esattezza, nel « garantire », o « sollevare da un rischio » l'assicurato, producendo, come tale, l'immediata realizzazione dell'interesse della controparte <sup>(128)</sup>. La teoria della garanzia come idoneo oggetto di prestazione è stata sottoposta a critiche <sup>(129)</sup>, e se ne è fatta scaturire, talvolta, l'esclusione dell'assicurazione dal novero dei contratti aleatori <sup>(130)</sup>; tuttavia — anche accettando quest'ultima ricostruzione — non sembra possibile contestare che, a seguito del verificarsi del sinistro, sorga *anche* una specifica obbligazione di pagamento a carico dell'assicuratore. In realtà, sembra che il rifiuto *tout court* della teoria condizionale costituisca una posizione estrema, che risente sia dell'acritica accettazione del dogma dell'accidentalità della condizione <sup>(131)</sup>, sia dell'altrettanto semplicistica convinzione che il condizionamento debba necessariamente investire l'intera efficacia negozia-

---

attiene all'essenza stessa del contratto », atteggiandosi quindi come « una condizione legale o presupposto necessario della obbligazione dell'assicuratore »).

Per il rilievo della essenzialità, e non accidentalità, del sinistro nell'economia del contratto di assicurazione, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 785-786.

<sup>(128)</sup> Per questa concezione, cfr. tra gli altri BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 42 ss.; SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1959, I, p. 397 ss.; BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 459 ss.; ID., *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 83 ss.; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 180 ss.; ID., *Assicurazione (contratto di)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 337 ss. (ove anche un'elencazione delle conseguenze di disciplina scaturenti da questa ricostruzione).

Si è anche rilevato, soprattutto dal Sotgia, che l'assicuratore deve anche fornire tutto quel complesso di attività tecniche che porta alla copertura della massa dei rischi degli assicurati; è discusso, peraltro, se questo comportamento costituisca oggetto di un'obbligazione in senso tecnico scaturente dal contratto, e relativamente al quale l'assicurato possa agire contro l'assicuratore: cfr., sul punto, CASTELLANO-SCARLATTELLA, *Le assicurazioni private*, Torino, 1981, p. 295 ss.; DE GREGORIO-FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 103-104; SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 342 ss.; DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 160 ss.

<sup>(129)</sup> SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss., spec. p. 1276.

<sup>(130)</sup> DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 173 ss.

<sup>(131)</sup> Cfr., ad esempio, BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 456.

le <sup>(132)</sup>. Viceversa — pur concordandosi con l'osservazione che la disciplina condizionale trova qui ben poche possibilità di applicazione, in conseguenza dell'analiticità e completezza della disciplina del contratto di assicurazione <sup>(133)</sup> — ciò non può costituire elemento sufficiente per rigettare, *sic et simpliciter*, la qualificazione condizionale: si pensi all'ipotesi, ritenuta dalla dottrina prevalente lecita ed ammissibile, del contratto di assicurazione stipulato occasionalmente con un privato o comunque non come contratto d'impresa <sup>(134)</sup>, e nella quale certamente, essendo inapplicabile la disciplina assicurativa in senso proprio, viene in considerazione, per l'applicazione diretta o analogica, la disciplina della pendenza condizionale.

Sembra peraltro che, sotto il profilo dell'inquadramento teorico, sia necessario uno sforzo di approfondimento e di ulteriore analisi: si evidenziano, a seguito dell'osservazione empirica, alcune fattispecie (ad esempio, l'assicurazione sulla vita in cui l'evento futuro ed incerto è esclusivamente il caso morte, *certus an ed incertus quando*) in cui manca il requisito dell'incertezza <sup>(135)</sup>; in altre ipotesi (come nell'assicurazione in cui il pagamento di una somma predeterminata è subordinato alla sopravvivenza dell'assicurato ad una certa data) si ha condizione in senso tecnico; in altre ipotesi ancora (si pensi all'assicurazione contro i danni), l'evento

---

<sup>(132)</sup> Cfr. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 179 ss.; BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 77 ss.

*Contra*, di recente, DE GREGORIO-FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 103-104: « si deve ammettere, per principio, un rapporto contrattuale in cui una delle parti si obblighi ad una prestazione puramente e semplicemente (nella nostra ipotesi l'assicurato al pagamento dei premi) e l'altra si obblighi ad una prestazione che sarà dovuta solo al verificarsi di un certo evento (nella nostra ipotesi l'assicuratore al pagamento della somma assicurata se e quando si verifichi il sinistro) ».

<sup>(133)</sup> Per PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 160 ss., « non è escluso che possa ancora porsi un problema di applicazione analogica di talune norme dettate per la condizione al rapporto assicurativo (contro i danni); ma si tratta ovviamente di profili marginali della disciplina del negozio e comunque di importanza pratica limitata. E ciò proprio perché il contratto di assicurazione ha una sua ampia disciplina particolare, nella quale l'evento futuro ed incerto del sinistro, e la clausola che lo prevede, privati di ogni carattere marginale, ineriscono allo schema tipico del negozio ».

<sup>(134)</sup> Cfr. sul punto SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 347 (ed *ivi*, ulteriori citazioni).

<sup>(135)</sup> DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, cit., p. 415.

futuro ed incerto incide anche sul *quantum debeatur* <sup>(136)</sup>, atteggiandosi piuttosto come fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico.

c) Sono state altresì qualificate come prestazioni di garanzia, oltre a quella tipica dell'assicuratore, quelle scaturenti dalla *promessa del fatto del terzo* <sup>(137)</sup> e dalla *fideiussione di risarcimento*, così escludendosi, anche in queste fattispecie, la sussistenza di un'obbligazione condizionata <sup>(138)</sup>.

d) Rispetto alla struttura del *contratto di scommessa* la dottrina si è a lungo affannata, ravvisandovi inizialmente un contratto, sorto come bilaterale e che diverrebbe unilaterale in fase di esecuzione <sup>(139)</sup>; altri vi ha ravvisato due obbligazioni corrispettive reciprocamente condizionate <sup>(140)</sup>; altri ancora ha contrapposto due obbligazioni reciproche di assunzione del rischio <sup>(141)</sup>. A parte la solita critica basata sul difetto del requisito di accidentalità <sup>(142)</sup>, la più recente dottrina ha optato decisamente per la natura unilaterale del contratto, e quindi per l'unicità dell'obbligazione e della prestazione <sup>(143)</sup>, rispetto alla quale sarebbero incerti solo il soggetto titolare dell'obbligo e, correlativamente, il soggetto titolare del credito. L'evento futuro ed incerto, quindi, incide sull'efficacia contrattuale solo in quanto determina il soggetto destinatario degli effetti, ed assume così la qualifica di *fonte di imputazione*, o di qualificazione soggettiva dell'effetto giuridico, alla quale, come

---

<sup>(136)</sup> DONATI, *op. ult. cit.*, p. 419.

<sup>(137)</sup> Per la condizionalità della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, cfr. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 333; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 140.

<sup>(138)</sup> SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 188.

<sup>(139)</sup> MANENTI, *Del giuoco e della scommessa dal punto di vista del diritto privato romano e moderno*, Milano, 1903, p. 723.

<sup>(140)</sup> FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, Torino, 1961, p. 64. Cfr. anche la dottrina citata in SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 177, nota 164.

Secondo OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 344, nota 1, nel contratto di giuoco è sospensivamente condizionata all'esito del giuoco stesso l'obbligazione naturale di pagare la posta: non si ha, peraltro, produzione di alcun effetto preliminare, per espresso disposto di legge (art. 2034 c.c.).

<sup>(141)</sup> BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, cit., p. 780 ss.; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, cit., p. 38.

<sup>(142)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 786.

<sup>(143)</sup> BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., p. 80 ss.; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 187.

verrà dimostrato, sono applicabili analogicamente le norme sulla condizione. Considerando poi quei contratti di giuoco in cui la posta versata da ciascun giocatore concorre alla formazione del monte premi, l'evento futuro ed incerto funge non solo da fonte di imputazione, ma altresì da *fonte di qualificazione oggettiva* dell'effetto, in quanto vale a determinare sia il soggetto creditore, sia l'entità della prestazione.

40. B) *Condizione e regolamentazioni tipiche dell'efficacia negoziale in relazione al verificarsi di eventi futuri ed incerti.*

Sono state analizzate, nei precedenti paragrafi, numerose fattispecie di « condizioni legalmente tipizzate », fatte oggetto di specifica disciplina ma, nel contempo, rientranti a pieno titolo nel fenomeno condizionale. Occorre peraltro rilevare che non si ha sempre e comunque condizione, allorché l'efficacia negoziale sia subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto. Affinché possa rientrarsi nella disciplina degli artt. 1353 ss. c.c., è necessario che ricorrano una serie di altri requisiti, che si è visto essere indispensabili concettualmente e giuridicamente al concetto di condizione. Risulta particolarmente utile, per l'individuazione dei confini del fenomeno condizionale medesimo, una ricognizione di alcune figure significative, che sono state, talvolta, ad esso ricondotte.

a) *Il diritto di accrescimento.*

Il fenomeno dell'accrescimento nelle successioni *mortis causa* e nei negozi tra vivi è stato, talvolta, accostato al meccanismo condizionale <sup>(144)</sup>; l'analogia dei problemi che si prospettano per le due

---

<sup>(144)</sup> La teoria condizionale dell'accrescimento era sostenuta dalla dottrina più antica: cfr., in particolare, BUTERA, *Il patto di accrescimento nelle donazioni*, in *Foro it.*, 1927, I, c. 1091 ss.; SENIN, *Il diritto di accrescimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 205 ss. Di recente, PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 114. La natura condizionale dell'accrescimento è sostenuta anche nella dottrina francese: cfr. sul punto, ampiamente, DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 10 ss.

Per la differenziazione dell'accrescimento in senso tecnico dalle disposizioni condizionali, cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, Milano, 1951, p. 27 ss., 52 ss., 64 ss.; GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, Milano, 1956, p. 82 ss., 128 ss., 180 ss.; GIARDINO, *Tre tesi in tema di accrescimento*, in *Riv. not.*, 1973, p. 349-350.

specie di accrescimento sotto il profilo in esame consente di trattare unitariamente il problema.

L'accrescimento viene considerato, in prevalenza, come la necessaria conseguenza della vocazione solidale, in quanto istituzione congiuntiva e simultanea di tutti i chiamati, e di ciascuno di essi, nell'*universum ius* (o nell'intero oggetto del negozio tra vivi), con l'ovvia conseguenza che ciascun chiamato consegue l'intero diritto, solo occasionalmente limitato nel godimento dal concorso altrui, la cui cessazione determina la cessazione della limitazione e l'espansione del godimento stesso <sup>(145)</sup>. L'operatività automatica dell'accrescimento rende inaccettabile la tesi — rimasta isolata — che ravvisa in esso un autonomo diritto soggettivo <sup>(146)</sup>.

Ciò premesso, l'esclusione del congegno condizionale, nella fattispecie in esame, è stata motivata sulla base di una serie di ragioni, non tutte condivisibili. Non è decisivo, innanzitutto, il riferimento al requisito della retroattività, che può essere esclusa dalla stessa natura del negozio condizionale <sup>(147)</sup>; non lo è neanche

---

<sup>(145)</sup> La teoria oggettiva dell'accrescimento — stante l'operatività automatica dello stesso e la prevalenza su di esso della rappresentazione — è quella che appare più fondata, rispetto all'altra che fa leva sulla presunta volontà del testatore. Si rinvia comunque, per le argomentazioni a sostegno delle varie tesi, alla trattatistica sul tema, ed in particolare a SCOGNAMIGLIO R., *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953; ID., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit.; GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, cit.; ID., *Accrescimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 322 ss.; CICU, *Successioni per causa di morte - parte generale*, Milano, 1961, p. 60 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 556 ss.; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 433 ss.; GIARDINO, *Tre tesi in tema di accrescimento*, cit., p. 343 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 563 ss.; PALAZZO, *Accrescimento*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 46 ss.; TATARANO, *Accrescimento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; TERZI, *Accrescimento*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 1177 ss.; FERRARI, *L'accrescimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, Torino, 1997, p. 280 ss.

<sup>(146)</sup> Per la tesi dell'accrescimento come « diritto al diritto », SCOGNAMIGLIO R., *Il diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, cit., p. 30; ID., *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 30, 43, 69 ss. *Contra*, tra gli altri, GAZZARA, *Accrescimento (dir. civ.)*, cit., p. 326; ID., *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, cit., p. 101 ss.

<sup>(147)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 54, e p. 70; GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, cit., p. 82.

il rilievo della certezza della morte di ciascuno dei destinatari dell'accrescimento (se posteriore all'acquisto), poiché non sarebbe mai possibile stabilire, tra i vari destinatari, un ordine certo di premorienza <sup>(148)</sup>. Non è poi possibile basare il rifiuto della condizionalità sull'asserita autonomia causale del negozio di accrescimento <sup>(149)</sup>, posto che — ammesso che tale autonomia sia configurabile nell'accrescimento per atto tra vivi — almeno per le successioni *mortis causa* l'adesione alla teoria oggettiva dell'accrescimento porta a ravvisare nella legge la fonte dell'accrescimento stesso. Neanche è possibile affermare che il disponente non potrebbe, tramite il congegno condizionale, incidere sui rapporti interni dei coacquirenti <sup>(150)</sup>, in quanto — ove anche si ipotizzasse un negozio giuridico di accrescimento <sup>(151)</sup> — nulla escluderebbe che questo possa essere plurilaterale <sup>(152)</sup>.

Altri argomenti appaiono più fondati. Con riferimento all'accrescimento ereditario — attribuendosi, in base alla teoria oggettiva, fonte legale all'accrescimento — l'eventuale natura condizionale dello stesso porterebbe all'inquadramento nella categoria della *condicio iuris*, di cui, peraltro, non ricorrono nella specie gli elementi essenziali. Non si ha, cioè, la sospensione (o la risoluzione) degli effetti come strumento di tutela di interessi esterni di grado posteriore, bensì si realizza, col peculiare congegno in esame, la tutela dell'interesse dello stesso testatore e dei beneficiari ad una data devoluzione ereditaria. Più in generale, si è esattamente osservato che la teoria condizionale — nella misura in cui configura una condizione bifronte, che dal fatto della vacanza di una quota faccia dipendere la risoluzione di una vocazione e, sospensivamente, la vocazione a favore di altri — « presuppone una duplicità di vocazione, in aperto contrasto con la unitarietà di vocazione (al *solidum*) cui rimane ancorato tutto il funzionamento dell'istituto » <sup>(153)</sup>. La teoria condizionale presuppone cioè una pluralità di

---

<sup>(148)</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. e loc. ult. cit.*; GAZZARA, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(149)</sup> In tal senso, GAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 84.

<sup>(150)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 66.

<sup>(151)</sup> Sulla natura di negozio autonomo della clausola di accrescimento, cfr. GAZZARA, *Accrescimento (dir. civ.)*, cit., p. 324 ss.

<sup>(152)</sup> GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, cit., p. 83.

<sup>(153)</sup> GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, cit., p.



vocazioni, reciprocamente condizionate in modo sospensivo e risolutivo, e non una vocazione unitaria in solido, con la conseguenza che, secondo tale teoria, a seguito dell'accrescimento, il beneficiario verrebbe ad acquistare un diritto nuovo ed autonomo <sup>(154)</sup>, al quale potrebbe quindi anche rinunciare; conclusione che, come è evidente, si pone in aperto contrasto con il diritto positivo. In definitiva, mentre nel negozio condizionato è sospesa l'efficacia, e quindi l'acquisto del diritto, nel negozio con accrescimento è in sospenso l'espansione del diritto già conseguito. Si è anche osservato che — mentre la condizione, per definizione, incide solo sull'*an* e sul *quando* degli effetti, ma non sul loro contenuto — nell'accrescimento « la misura stessa dell'espansione è incerta » <sup>(155)</sup>. Infine, è stato esattamente rilevato come, nella fattispecie dell'accrescimento, non si ha alcuno stato di pendenza giuridicamente rilevante, né la produzione di effetti preliminari <sup>(156)</sup>.

Queste argomentazioni sono certamente estensibili all'accrescimento negli atti tra vivi, anteriore all'acquisto (art. 773 c.c.), in cui si ravvisa la medesima offerta in solido che costituisce il presupposto dell'accrescimento ereditario <sup>(157)</sup>. Caratteristiche parzialmente

---

128; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 27-28 (« del diritto condizionato è incerto se si costituirà o meno... Mentre nel caso in questione l'incertezza riflette solo l'espansione di un diritto già conseguito... Differenza che si manifesta specie nell'efficacia dell'accrescimento che è di determinare, man mano che qualcuno non possa o non voglia accettare, l'espansione proporzionale delle quote dei donatari: il quale effetto non si vede come potrebbe realizzarsi attraverso il meccanismo condizionale »).

<sup>(154)</sup> Così, GIARDINO, *Tre tesi in tema di accrescimento*, cit., p. 349.

<sup>(155)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 28, nota 27 (« Come dire che qui non soltanto non si sa se l'effetto si costituirà o meno, ma in che quantità si produrrà: ciò che rivela il gioco di un elemento in parte diverso da quello condizionale »).

<sup>(156)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 71.

<sup>(157)</sup> Le argomentazioni riportate nel testo servono a confutare l'affermazione di PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 114, secondo il quale, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 773 c.c., si avrebbe una condizione sospensiva consistente nella mancata accettazione dell'altro donatario, che « è potestativa ove il donatario non voglia, casuale, qualora non possa o l'accettazione sia nulla. Nello stesso tempo, essa è *condicio iuris e facti*: l'accettazione è *condicio iuris* ai fini della perfezione del contratto ed in confronto del donatario che acquista direttamente ed è *condicio facti* in relazione al donatario che acquista per accrescimento ». Sulla clausola di accrescimento *ex art. 773 c.c.*, cfr. anche TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 393-394; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 121 ss.

diverse presenta l'accrescimento negli atti tra vivi posteriore all'acquisto (*post adquisitum emolumentum*), previsto in tema di rendita vitalizia (art. 1874 c.c.), e che la dottrina tende ad ammettere con riferimento alla donazione del diritto di usufrutto e di diritti personali. Anche in questo caso è stata sostenuta la teoria condizionale, poiché la premorienza di ciascun titolare è stata elevata a condizione risolutiva dell'acquisto della quota di costui, ed a condizione sospensiva del conseguimento della suddetta quota da parte dei contitolari superstiti. La tesi appare infondata, per le rilevate incompatibilità strutturali tra condizione ed accrescimento che ricorrono anche nel caso in esame: anche nel caso di premorienza di un contitolare, infatti, non si ha l'acquisto di un nuovo diritto da parte dei superstiti, « bensì l'automatica, naturale espansione di quel diritto, che i superstiti avevano originariamente conseguito, nella sua interezza, pur se costretti al concorso di altri titolari »<sup>(158)</sup>. La contraria tesi comporterebbe invece che — verificatasi la condizione risolutiva — il bene dovrebbe ritornare al disponente, e quindi trasmettersi nuovamente al contitolare superstite, dando luogo ad una duplice, artificiosa vicenda traslativa, della quale non è alcuna traccia nell'ordinamento positivo<sup>(159)</sup>, e che potrebbe dar luogo a difficoltà pratiche, oltre a postulare, probabilmente, una pluralità di negozi in luogo dell'unico atto dispositivo.

b) *La fideiussione.*

Il problema dei rapporti tra obbligazione fideiussoria e negozio condizionale è stato affrontato, in dottrina, solo di sfuggita, negandosi generalmente la ricorrenza di una condizionalità in senso tecnico, anche nelle ipotesi in cui l'adempimento del fideiussore è subordinato ad un evento futuro ed incerto (ipotesi di pattuizione

---

<sup>(158)</sup> GAZZARA, *Contributo ad una teoria generale dell'accrescimento*, cit., p. 185-186, ed ivi, nota 147, l'osservazione che « la morte di un contitolare non determina un trasferimento di diritti, ma solo una variazione nella compagine del gruppo dei titolari dello identico ed intero diritto ». Nello stesso senso, SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 69-70: « La forza dell'accrescimento non si esplica dunque principalmente nel far dipendere l'acquisto del diritto da un evento futuro e incerto ma nella determinazione preventiva delle vicende di un diritto già entrato a far parte del patrimonio di un dato soggetto per l'ipotesi che questi venga meno ».

<sup>(159)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di accrescimento nei negozi tra vivi*, cit., p. 65 ss., e nota 81.

del beneficio di escussione, fideiussione di indennità, fideiussione per obbligazione futura). Diverse sono le argomentazioni in questo senso. In primo luogo, la natura condizionale dell'obbligazione fideiussoria con beneficio di escussione è stata talvolta negata sulla base dell'essenzialità, e non accidentalità, dell'inadempimento del debitore principale <sup>(160)</sup>, esponendosi questa dottrina all'obiezione di petizione di principio (non potendosi presupporre l'accidentalità come requisito normativo della condizione, a prescindere da una specifica dimostrazione). Da altri si è negata la rilevanza del beneficio di escussione sotto il profilo della condizionalità, in considerazione dell'operatività non automatica — ma solo previa eccezione del fideiussore — di detto beneficio <sup>(161)</sup>: senza tener conto che ben può darsi un negozio sottoposto a condizione sospensiva, l'avveramento della quale determina semplicemente il sorgere di un diritto potestativo (al positivo esercizio del quale siano poi rimessi gli altri effetti negoziali). A proposito della fideiussione di indennità, si è detto che il contenuto dell'obbligazione del garante consisterebbe in una « prestazione di sicurezza », da ritenersi attuata già per effetto della contrazione dell'obbligazione, e quindi immediatamente con l'assunzione del vincolo <sup>(162)</sup>: tuttavia, l'opinione prevalente è senz'altro nel senso che l'obbligazione del fideiussore abbia per oggetto la stessa prestazione dovuta dal debitore principale, o semmai una prestazione pecuniaria di tipo risarcitorio, allorché l'obbligazione principale sia infungibile <sup>(163)</sup>.

Più in generale, si è sostenuto che l'esistenza del debito garan-

---

<sup>(160)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 785-786. Secondo FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968, p. 79, il beneficio di escussione è « un modo di attuazione della destinazione tipica del negozio fideiussorio e viene a far parte degli elementi tipici del negozio, in via alternativa con l'elemento della solidarietà. Le parti sono chiamate a scegliere fra la solidarietà e il beneficio di escussione e la scelta non può implicare determinazione accessoria, come è ogni condizione ».

<sup>(161)</sup> CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione*, Torino, 1902, p. 41, e p. 351-352; DEIANA, *Beneficio di escussione ed obbligazione fideiussoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 214; ARU, *Della fideiussione*, in *Commentario al codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1949, p. 388; FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito*, cit., p. 79.

<sup>(162)</sup> SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 188.

<sup>(163)</sup> FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito*, cit., p. 97 ss.; RAVAZZONI, *Fideiussione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 258; BOZZI, *La fideiussione*, Milano, 1995, p. 60 ss.; GIUSTI, *La fideiussione e il mandato*

tito « costituisce una circostanza, oggettivamente distinta dal negozio fideiussorio, che, quantunque posteriore in ordine cronologico, costituisce un antecedente logico del negozio per la sua stessa natura e configurazione tipica »<sup>(164)</sup>: da ciò si è tratta la conclusione della non estrinsecità (strutturale) del debito rispetto al rapporto fideiussorio, e la sua irriducibilità al paradigma condizionale. Tuttavia, a prescindere dalla confusione tra il profilo del negozio e quello dell'obbligazione fideiussoria (l'obbligazione è un effetto giuridico, quindi inesistenza dell'obbligazione fideiussoria significa inefficacia del negozio fideiussorio), appare difficile inquadrare giuridicamente un elemento che non viene ritenuto né « elemento estrinseco », né « elemento costitutivo »: non sembra, d'altra parte, possa affermarsi che l'inesistenza del debito garantito — nell'ipotesi della fideiussione per obbligazione futura — possa spiegare la propria rilevanza rendendo addirittura invalida, in via successiva, la fideiussione.

Sembra, invece, che occorra distinguere tra le varie ipotesi. Nel caso di fideiussione con beneficio di escussione, l'obbligazione fideiussoria sorge immediatamente ed incondizionatamente, ed è possibile, al fideiussore, paralizzare con l'*exceptio* unicamente l'*esecuzione*, non l'efficacia della propria obbligazione: per tale motivo siamo al di fuori del fenomeno condizionale in senso tecnico<sup>(165)</sup>.

Nel caso della fideiussione di indennità e della fideiussione per obbligazione futura, oggetto di garanzia è certamente un'obbligazione futura, ma ciò non può legittimare l'affermazione che l'ob-

---

*di credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1998, p. 25 ss.

<sup>(164)</sup> GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, cit., p. 158: « il sorgere del debito garantito non è elemento estrinseco al rapporto fideiussorio del quale condiziona solo l'efficacia, ma elemento che si inquadra necessariamente tra quelli intrinseci al rapporto obbligatorio, sebbene non ne rappresenti un elemento costitutivo in senso stretto, ma costituisca un presupposto essenziale per la stessa ragion d'essere dell'obbligazione di garanzia. Viceversa, se non sopravviene l'obbligazione garantita, il rapporto fideiussorio sarà imperfetto e non entrerà mai in vigore ».

<sup>(165)</sup> Per quanto concerne il credito eventuale di regresso del fideiussore — anteriormente all'escussione — nei confronti del debitore principale, la giurisprudenza ha esattamente escluso trattarsi di credito condizionato: Trib. Udine 30 aprile 1988, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2874, ed in *Fallimento*, 1989, p. 81.

bligazione fideiussoria sia attualmente inesistente <sup>(166)</sup>: sin dall'inizio, invece, deve ritenersi sussistente il *vinculum iuris*, con tutte le relative conseguenze <sup>(167)</sup>. Anche in questi casi, pertanto, la nascita dell'obbligazione principale influisce solo sull'esecuzione dell'obbligazione fideiussoria. Tuttavia, l'adempimento del debitore garantito, o il mancato sorgere dell'obbligazione futura, comportano il venir meno dell'obbligazione fideiussoria, e come tali possono definirsi *condiciones iuris* risolutive dell'effetto obbligatorio scaturente dalla fideiussione <sup>(168)</sup>.

c) *La promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo.*

Parte della dottrina ha inquadrato la figura della promessa del fatto del terzo nello schema condizionale <sup>(169)</sup>: più precisamente, si è ritenuto che, nella fattispecie dell'art. 1381 c.c., il promittente si obblighi al pagamento dell'indennità, condizionatamente al mancato compimento del fatto del terzo. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendono, tuttavia, a ricostruire diversamente la fattispecie, ponendo in primo piano l'obbligo del promittente di « adoperarsi » affinché il terzo compia l'atto in questione, e configurando quindi l'indennità come una conseguenza, di tipo risarcitorio, connessa all'inadempimento di un'obbligazione propria del promittente <sup>(170)</sup>. In quest'ottica, evidentemente, non residua spazio per

---

<sup>(166)</sup> Per FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito*, cit., p. 79-80, « l'inadempimento, in sostanza, non condiziona la sanzione del risarcimento, ma è elemento costitutivo della fattispecie inerente a tale sanzione... è elemento causante dell'effetto, non mai elemento che lo condiziona ». Si ravvisano, nel pensiero dell'Autore, oscillazioni in relazione ai concetti di perfezione, efficacia, esecuzione: « L'inadempimento del debitore garantito e le altre circostanze... non fanno sorgere... l'obbligazione di garanzia, ma cadono su un'obbligazione già sorta provocandone l'effetto » (p. 81).

<sup>(167)</sup> Cass. 14 ottobre 1966 n. 2453, in BOZZI, *La fideiussione*, cit., p. 64 ss. Per FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito*, cit., p. 81, gli « artt. 1953 n. 3, 1955, 1956 e 1957 sono formulati in modo da presupporre un'obbligazione fideiussoria esistente prima ancora che si verifichi la scadenza dell'obbligazione garantita o l'inadempimento in contemplazione del quale il fideiussore diede la sua garanzia ».

<sup>(168)</sup> In dottrina, per il riferimento alla nozione di *condicio iuris* a proposito dell'obbligazione fideiussoria, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 592; FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito*, cit., p. 78 ss.

<sup>(169)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 333; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 140.

<sup>(170)</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 97 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 328 ss.; ALCARO, *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*,

l'utilizzo del meccanismo condizionale, atteggiandosi l'indennità come conseguenza di un inadempimento.

d) *La clausola risolutiva espressa.*

L'art. 1456 c.c. disciplina la pattuizione con la quale si conviene la risoluzione del contratto nel caso di inadempimento di una obbligazione, stabilendo che, in tal caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara di avvalersi della clausola risolutiva. Per taluno si tratta di un patto sottoposto alla condizione sospensiva dell'inadempimento<sup>(171)</sup>; la dottrina assolutamente prevalente nega tuttavia la condizionalità della fattispecie, sulla base di tre rilievi principali: innanzitutto il difetto di automatismo, che sarebbe proprio del meccanismo condizionale e non ricorrerebbe nel caso in esame, in cui l'inadempimento determina solo la nascita del diritto potestativo del contraente adempiente di provocare la risoluzione<sup>(172)</sup>. In secondo luogo, il difetto di estrinsecità, perché l'inadempimento, nella clausola risolutiva espressa, « è un momento dello svolgimento del rapporto consequenziale »<sup>(173)</sup>. In terzo luogo, l'indeducibilità dell'inadempimento in condizione<sup>(174)</sup>. Nessuna delle tre obiezioni è tuttavia fondata. Non lo è quella che fa leva sul difetto di automatismo: da un lato, si riconosce che — in base al principio di autonomia contrattuale —

XXXVII, Milano, 1988, p. 71 ss.; CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992, p. 15 ss.; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 156-157; MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 381 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 467 ss.

In senso parzialmente diverso, DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 105 ss.

<sup>(171)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150.

<sup>(172)</sup> NATOLI, *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, in *Foro it.*, 1944-1946, I, c. 571 ss.; GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1998, p. 16 ss.; Cass. 8 luglio 1948 n. 1109, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, p. 225, con nota di RUBINO.

<sup>(173)</sup> NATOLI, *Condizione risolutiva espressa e rapporto enfiteutico*, cit., p. 571 ss. (per il quale occorre che l'evento condizionante in senso tecnico « non rappresenti né un elemento essenziale del negozio, né un aspetto o un momento tipico dello svolgimento del rapporto consequenziale; ma sia un evento esterno all'uno e all'altro »).

<sup>(174)</sup> SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 217.

è possibile stipulare una clausola che preveda la risoluzione *ipso iure* in caso di inadempimento <sup>(175)</sup>; d'altra parte, si è visto (*supra*, paragrafo 38) che l'automatismo, come tradizionalmente inteso, non è un requisito della condizione, ben potendosi configurare una condizione, l'effetto del cui avveramento sia la nascita di un diritto potestativo in capo ad uno dei contraenti <sup>(176)</sup>. Non rileva neanche l'obiezione del difetto di estrinsecità: l'evento inadempimento è, per un verso, strutturalmente estrinseco (in quanto incide solo sull'efficacia della clausola, non sulla sua perfezione), e, per altro verso, si è dimostrato che l'estrinsecità assiologica non è requisito imprescindibile della condizione. Infine, anche l'obiezione che fa leva sull'indeducibilità in condizione dell'inadempimento si rivela (cfr. *infra*, paragrafo 53) destituita di fondamento.

In conclusione, le superiori obiezioni non precludono — avuto riguardo al profilo strutturale della clausola risolutiva espressa — l'inquadramento della stessa nel fenomeno condizionale <sup>(177)</sup>. Se non ché — a parte il ruolo sanzionatorio della clausola risolutiva espressa sotto il profilo funzionale <sup>(178)</sup> — sono proprio gli effetti giuridici, ricollegati dalla legge a questa clausola, ad escluderne il carattere condizionale in senso tecnico: l'art. 1458, comma 2, c.c.,

---

<sup>(175)</sup> SMIROLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 216. Ritiene l'art. 1456 c.c. norma dispositiva, DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 851.

<sup>(176)</sup> Secondo Pret. Gela 20 maggio 1958, in *Giust. civ.*, Rep. 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 110, è possibile configurare un evento condizionante di tipo risolutivo a struttura complessa, di cui facciano parte due differenti fatti giuridici, « consistenti l'uno nella realizzazione dell'evento previsto in condizione, l'altro consistente in una dichiarazione di volontà della parte in cui favore è stabilita la condizione risolutiva di volersi avvalere della medesima ». Cfr. anche le conclusioni raggiunte in tema di condizione risolutiva unilaterale (*supra*, paragrafo 29), nella quale è identificabile un tale evento condizionante cumulativo.

<sup>(177)</sup> BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 197, nega che il verificarsi dell'inadempimento di una parte funga da condizione risolutiva in senso tecnico, « apprendo, invece, soltanto come un presupposto necessario, ma non sufficiente a provocare la risoluzione », e determinando « la nascita di un diritto potestativo di recesso unilaterale a favore dell'altra »; afferma, tuttavia, che la dichiarazione del contraente adempiente, « dal punto di vista strutturale, possiede le caratteristiche proprie della condizione in senso tecnico (e precisamente corrisponde a una condizione risolutiva potestativa) ».

<sup>(178)</sup> Cass. 19 agosto 1961 n. 1982, in *Giust. civ.*, Rep. 1961, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 108.

dispone che la risoluzione, « anche se è stata espressamente pattuita », non pregiudica i diritti acquistati dai terzi ». La fattispecie delineata dall'art. 1456 si configura quindi in maniera profondamente diversa da quella disciplinata dagli artt. 1353 ss.: non dà luogo ad una aspettativa di diritto, trasferibile ed opponibile *ex art.* 1357 c.c., e il diritto dell'acquirente è pieno, privo di limiti intrinseci, diversamente da quello dell'alienante sotto condizione risolutiva.

Quanto sopra non preclude la deducibilità in condizione risolutiva dell'inadempimento, con i diversi effetti previsti dalle norme sulla condizione (cfr. *infra*, paragrafo 53) <sup>(179)</sup>: l'ordinamento mette a disposizione dei privati due diversi strumenti, e cioè la clausola risolutiva espressa (utilizzabile quando l'inadempimento appaia meno probabile, e quindi non vi siano ragioni per limitare con efficacia *erga omnes* la situazione giuridica soggettiva dell'acquirente), e la condizione risolutiva (che si presta invece, una volta pubblicizzata ai sensi dell'art. 2659, ult. comma, e dell'art. 2655 c.c., a rendere opponibile ai terzi la vicenda risolutiva) <sup>(180)</sup>.

e) *I rimedi sinallagmatici.*

Il profilo della corrispettività, nei contratti a prestazioni corrispettive, è a volte definito, sia pure impropriamente, come rapporto

<sup>(179)</sup> Secondo BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 170, « se le parti per rinvigorire l'effetto risolutivo l'esprimono sotto forma di condizione vera... i terzi vengono colpiti ».

<sup>(180)</sup> La ricostruzione sistematica esposta nel testo consente il superamento delle perplessità espresse da BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1311-1312, secondo il quale « non è agevole cogliere la razionalità di un sistema che non solo ammette in via di principio la tutela reale dell'aspettativa condizionale (e, quindi, l'efficacia *erga omnes* della condizione risolutiva), ma che, altresì, offre una via (art. 1524 c.c.) attraverso la quale aggirare la strettoia della norma in esame »; l'Autore rileva quindi « l'esistenza di pratiche interpretative che, di fatto, sterilizzano la rilevanza sistematica (e, quindi, la potenzialità normativa) dell'art. 1458, comma 2 c.c. ». Sembra, quindi, di cogliere un'evoluzione — maggiormente problematica — del pensiero dell'Autore, rispetto al saggio del 1971 (*Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, par. 19), come riconosce lo stesso Belfiore, alla nota 21 di p. 1312. In realtà, è proprio la valenza sistematica delle norme citate da Belfiore (artt. 1357, 1524 c.c.), in rapporto con l'art. 1458, comma 2, e con le norme sulla trascrizione (artt. 2659, 2655, 2652 n. 1 c.c.), a legittimare la conclusione che il legislatore ha inteso approntare diversi modelli risolutivi e circolatori, da utilizzarsi in base alle concrete esigenze delle parti del negozio.



di condizionalità, affermandosi che l'interdipendenza tra le prestazioni — nella quale si rinviene il carattere qualificante di tale corrispettività <sup>(181)</sup> — esprime « il condizionamento di una prestazione all'altra » <sup>(182)</sup>. L'accostamento è però improprio: se si ha riguardo al c.d. sinallagma genetico, l'interdipendenza esprime il fatto che « se una delle due obbligazioni non può nascere, per qualunque impossibilità naturale o giuridica, nemmeno l'altra viene ad esistenza » <sup>(183)</sup>; si ha riguardo, quindi, al profilo formativo della fattispecie centrale, e non ad un elemento marginale (quale è la condizione). Se, invece, si concentra l'attenzione sulla fase attuativa del programma di interessi (c.d. sinallagma funzionale), appare chiaro che la disciplina dell'art. 1460 c.c. — che consente ad una delle parti di rifiutare la propria prestazione finché l'altra non abbia a sua volta adempiuto — non è in alcun modo accostabile alla disciplina della pendenza condizionale. Infatti, mentre l'obbligazione condizionale è un'obbligazione attualmente inesistente, l'obbligazione del contraente adempiente — in caso di inadempimento della controparte *ex art. 1460* — è vigente a tutti gli effetti, con le ovvie conseguenze di disciplina <sup>(184)</sup>. In altri termini, lo strumento

---

<sup>(181)</sup> Sulla corrispettività, e sull'interdipendenza delle prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive, cfr. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 175 ss.; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963; REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 223 ss.; CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *Scritti per G. Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 223 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 747 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 460 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 906 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 8 ss.; SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 453 ss.; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1477 ss.

<sup>(182)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 460 ss. (che parla altresì di « vincolo di reciproco condizionamento »); CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 906 (« nei contratti sinallagmatici ciascuna delle parti si vincola a una determinata prestazione a favore dell'altra (o delle altre) a condizione che l'altra (o sul presupposto che ciascuna delle altre) si vincoli a sua volta a effettuare altra determinata prestazione »); SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 453-454 (« La corrispettività delle prestazioni sta a significare che ognuna delle parti si sottomette al proprio sacrificio solo a condizione che l'altra parte si sottometta a sua volta al suo proprio sacrificio »).

<sup>(183)</sup> AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 175.

<sup>(184)</sup> Non può quindi condividersi l'opinione di MESSINEO, *Il contratto in*

dell'eccezione di inadempimento consente di sospendere l'*esecuzione* di una prestazione, mentre la condizione sospende l'*efficacia*, totale o parziale, del negozio.

f) *Il riscatto nella locazione finanziaria.*

Il problema del ruolo dell'atto di riscatto rispetto al contratto di locazione finanziaria non risulta espressamente affrontato in dottrina e giurisprudenza, ed in particolare non risulta affermata la natura condizionale di tale atto rispetto al contratto medesimo. Certamente non si tratterebbe di una condizione estrinseca ed accidentale, in quanto si tratta, viceversa, di un elemento costante ed indefettibile del tipo negoziale: ciò non costituirebbe, tuttavia, ostacolo alla qualificazione in senso condizionale, come più volte rilevato. Si tratterebbe, peraltro, una condizione sospensiva meramente potestativa, rimessa cioè alla mera volontà dell'acquirente-debitore, dalla cui esclusiva valutazione dipende l'acquisto del diritto e l'assunzione dell'obbligo di pagamento del prezzo di riscatto. Una prima alternativa qualificatoria porta quindi a ritenere che si tratti di condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte debitoris*, e quindi nulla. L'ulteriore alternativa — che appare più fondata — è quella che inserisce il riscatto nell'ambito del procedimento formativo del contratto di locazione finanziaria, alla stregua dell'accettazione dell'opzionario nel contratto di opzione: ciò risponde meglio alla realtà del fenomeno, e comporta l'inapplicabilità, alla fattispecie, delle norme proprie della condizione.

41. C) *Condizioni improprie.*

Sia dottrina che giurisprudenza definiscono come condizioni improprie le c.d. *condiciones in praesens vel in praeteritum relatae*, con le quali si fa dipendere l'efficacia del negozio dall'esistenza di un evento non futuro, ma passato o presente rispetto al momento

---

*genere*, I, cit., p. 751, che imposta diversamente i termini del confronto: « se la controprestazione non sia adempiuta, la prestazione non è dovuta affatto; invece, mentre pende la condizione sospensiva, cui la prestazione è subordinata, quest'ultima resta *in suspenso*, ma è tuttavia *dovuta*, salvo che la condizione stessa venga a mancare ». Né è decisiva la distinzione, effettuata anche dal suddetto Autore, tra « dovere che è *in obligatione* » e « dovere che è *in condicione* », che rappresenta, dal punto di vista in esame, una mera tautologia.

di formazione del negozio, e la cui incertezza non è quindi oggettiva, ma meramente soggettiva <sup>(185)</sup>. Esempio paradigmatico di condizione impropria, in questa accezione, è la verifica della proprietà del bene venduto in capo al venditore <sup>(186)</sup>. L'evento soggettivamente incerto è definito come presupposto, o circostanza preliminare, e costituisce, al pari della condizione, un coelemento di efficacia del negozio giuridico <sup>(187)</sup>, realizzando anch'esso interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322, 2<sup>o</sup> comma, c.* <sup>(188)</sup>.

---

<sup>(185)</sup> Secondo MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 285, l'incertezza meramente soggettiva o, che è lo stesso, il difetto di incertezza oggettiva può determinare l'invalidità del negozio, se risulta che le parti non lo avrebbero concluso senza la clausola condizionale, salva la conversione *ex art. 1424 c.c.* in negozio puro ovvero a termine, e salvo il principio di conservazione per i negozi testamentari.

Con riferimento alle condizioni testamentarie, si discute se il profilo della futurità vada considerato riguardo al momento della apertura della successione, ovvero al momento della confezione del testamento: cfr. le sentenze e la dottrina citate *supra*, alla nota 67 del capitolo III.

<sup>(186)</sup> TATARANO, « *Incetezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 117. L'Autore richiama (a p. 14 ss., p. 96, nota 47, p. 145 ss.), oltre a quello richiamato, altri esempi: l'incarico disgiunto a due amministratori di una società a concludere un affare, con l'inserimento nei relativi contratti di una clausola che condizioni il contratto alla mancata conclusione da parte dell'altro amministratore; il preliminare di compravendita immobiliare in cui si condiziona l'efficacia alla verifica della sussistenza di una determinata tipizzazione urbanistica dell'area oggetto del contratto; il contratto « condizionato » di mutuo fondiario *ex T.U. 646/1905*, con il quale si subordina l'erogazione all'inesistenza di precedenti formalità pregiudizievoli; il contratto di vendita in cui si subordina alla condizione la sola consegna del bene trasferito. Si tratta comunque, sempre a giudizio del citato Autore, di fenomeno « destinato a diffondersi nella misura in cui la pratica degli affari utilizzerà sempre di più dati tecnici spesso non immediatamente acquisibili ».

Per l'esclusione della condizionalità in senso tecnico nel « contratto condizionato di mutuo fondiario », Cass. 21 novembre 1981 n. 6222, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2786. Cfr. anche, sulla questione, MOGLIE, *Credito fondiario e edilizio*, Milano, 1982, p. 361 ss.

<sup>(187)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 167, nota 131.

<sup>(188)</sup> TATARANO, « *Incetezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 10 ss.

La validità delle condizioni improprie in esame è pacifica in dottrina e giurisprudenza. Per la diversità dei « presupposti », o condizioni improprie in esame rispetto al fenomeno condizionale in senso stretto, cfr. anche ARNDTS, *Trattato delle pandette*, I, cit., p. 117; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 289; COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 425; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 434; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*

La posizione di dottrina e giurisprudenza prevalenti trova un solido aggancio normativo nella disposizione dell'art. 1353 c.c., che individua nel carattere *futuro* dell'evento un elemento qualificatorio essenziale della condizione. Ma è stato convincentemente dimostrato che anche la disciplina della pendenza condizionale riflette il necessario carattere di futurità dell'evento, e non può applicarsi ai presupposti, o circostanze preliminari (188-bis), per i quali « non si danno invece che due ipotesi: o l'evento era già realizzato quando l'atto è pervenuto ad esistenza, ed allora quest'ultimo diviene immediatamente *efficace*; o l'evento non si era realizzato, ed allora l'atto diviene immediatamente *inutile* » (189).

Nei negozi impropriamente condizionati, quindi, l'efficacia si produce immediatamente, e ciò che può rimanere in sospeso in attesa della verifica della circostanza preliminare è unicamente l'*esecuzione* del negozio (190), anche se le parti possono comunque

---

*nel diritto privato italiano*, cit., p. 653; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 520-521; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 593; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 192; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1098; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 786 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 198; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 364 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 416; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 228; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 516; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, I, 2, Fatti e atti giuridici*, cit., p. 758; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 284 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., p. 273-274; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 57; COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, cit., p. 811 ss.

In giurisprudenza, Cass. 20 aprile 1937 n. 1206, in *Foro it.*, Rep. 1937, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 307; Cass. 8 luglio 1968 n. 2335, in *Mass. Giust. civ.*, 1968, p. 1206; Cass. 22 novembre 1974 n. 3783, in *Giust. civ.*, Rep. 1974, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 59, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 18-19; Cass. 14 gennaio 1975 n. 151, in *Foro it.*, Rep. 1975, voce *Contratto in genere*, n. 167; Cass. 6 giugno 1981 n. 3676, in *Giust. civ.*, Rep. 1981, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 65, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 19 ss.; Cass. 10 gennaio 1991 n. 187, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratto in genere*, n. 285.

(188-bis) Il presupposto è anche indicato come « *supposizione* » da RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 786-787. Sull'opportunità di tale terminologia, cfr. FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 12.

(189) FALZEA, *op. ult. cit.*, cit., p. 164-165.

(190) FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 166. Sull'autonoma rilevanza del profilo dell'esecuzione rispetto a quello dell'efficacia, v. anche DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 132 ss.

pattuire l'immediata esecuzione pur in difetto della verifica della circostanza preliminare: in quest'ultimo caso, se è stata data immediata esecuzione al negozio, e successivamente si scopre che la circostanza preliminare era inesistente, non avendo il negozio prodotto i propri effetti *ab origine*, le prestazioni eseguite dovranno essere restituite.

La *condicio in praesens vel in praeteritum relata* non genera, quindi, né pendenza né retroattività<sup>(191)</sup>. La sua peculiarità si riflette anche su altri profili di disciplina: così, per il *periculum rei* non trova applicazione l'art. 1465, ult. comma, c.c., ma trova senz'altro applicazione la regola generale *res perit domino* sancita dal primo comma dello stesso articolo; sono possibili misure conservative a favore del soggetto che attende la prestazione<sup>(192)</sup>, ma non può parlarsi di aspettativa in senso tecnico in quanto non si ha tutela di un interesse prodromico ed incompleto all'acquisto di un futuro diritto, bensì l'esigenza di salvaguardia di diritti attuali, eventualmente già acquisiti; sono possibili atti di disposizione sui diritti eventualmente sorti, subordinati legalmente alla sussistenza del diritto e quindi della circostanza preliminare<sup>(193)</sup>; non è, a rigore, applicabile la finzione di avveramento, che presuppone

---

(191) Nel senso che con riferimento ai presupposti non vi sono né pendenza, né retroattività, né aspettative da tutelare, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 787. Secondo CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 58, un ulteriore profilo di pratica rilevanza tra condizione e presupposto, o supposizione, è ravvisabile in ciò: « colui che aliena un bene a condizione sospensiva o che lo acquista a risolutiva è responsabile nei confronti della controparte della conservazione della cosa durante la pendenza — nei termini dell'art. 1358 c.c. — in base al criterio della correttezza; nel contratto sottoposto a supposizione all'iniziale « inesigibilità » del credito per il prezzo corrisponde invece la responsabilità dell'alienante secondo il canone di diligenza normalmente imposto al debitore ».

(192) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 521; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 365; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 9.

(193) FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 167 ss. Secondo TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 24 ss., l'interesse delle parti a disporre durante la pendenza sarebbe tutelato, nell'ipotesi della *condicio in praesens vel in praeteritum relata*, dall'art. 1357 c.c. In realtà, non avendosi pendenza in senso tecnico, possono distinguersi due ipotesi: o l'evento si è verificato, e quindi l'efficacia si è prodotta pienamente e non vi è applicazione dell'art. 1357; ovvero l'evento non si è verificato, ed in quel caso, non essendosi prodotti gli effetti del negozio, agli atti di disposizione compiuti dall'acquirente è piuttosto applicabile la disciplina dei negozi su beni altrui.

un'incidenza causale del comportamento di una delle parti sull'avveramento della condizione, incidenza che non è ipotizzabile rispetto ad un evento passato <sup>(194)</sup>. Non si può neanche ipotizzare l'applicazione della finzione di avveramento con riferimento ad un comportamento di mala fede, anteriore alla conclusione del contratto, che abbia fatto venir meno la circostanza preliminare <sup>(195)</sup>: il rimedio sarà costituito, in questi casi, dalla responsabilità precontrattuale e/o contrattuale del contraente in mala fede, ma non dalla produzione dell'efficacia anche in difetto della circostanza preliminare, e l'esigenza di buona fede sarà realizzata non tramite l'art. 1358, bensì dagli artt. 1337 e 1375 c.c. Non si può neppure prospettare un problema di retroattività, visto che gli effetti si producono (o non si producono) già dal momento della formazione del negozio.

Dalle fattispecie sopra delineate si distingue nettamente quella in cui l'efficacia del negozio sia subordinata non già alla verifica della sussistenza di una circostanza preliminare, bensì all'*accertamento* in senso tecnico di tale circostanza, nel senso che l'evento accertamento è dedotto quale evento condizionante in senso tecnico, con le caratteristiche di futurità ed incertezza proprie della condizione, e purché allo stesso accertamento non competa un'efficacia puramente dichiarativa, ma viceversa un'efficacia di tipo costitutivo o preclusivo, tale da costituire un *quid novi* nel mondo del diritto (ciò che si verifica, in realtà, per il fenomeno dell'accertamento in senso tecnico) <sup>(196)</sup>.

---

<sup>(194)</sup> In senso contrario, TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 22 ss., il quale ritiene sanzionabile ex art. 1359 c.c. il comportamento scorretto di uno dei contraenti che « impedisce, attraverso un'attività dolosa o anche colposa, l'acquisizione all'area negoziale del dato mancante », relativo ad un evento passato o coevo alla formazione del negozio.

<sup>(195)</sup> Trib. Monza 18 dicembre 1978, in *Foro pad.*, 1980, I, c. 154, con nota contraria di FAVARÒ, *L'art. 1359 cod. civ. e la c.d. finzione di avveramento della condizione*; BIANCA, *Diritto civile, III — Il contratto*, cit., p. 527, nota 85 (che vi ravvisa un'ipotesi di impossibilità originaria della condizione, ricadente quindi nel dettato dell'art. 1354 c.c.).

<sup>(196)</sup> Sull'idoneità del futuro accertamento di un evento passato a costituire evento condizionante in senso tecnico, purché non si traduca in una mera verifica con effetti dichiarativi, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 165, nota 127; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 6; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 286, nota 55; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 135-136;

La tradizionale ricostruzione del fenomeno delle condizioni improprie — sopra accolta — è stata messa in discussione da un Autore, che ha contestato la necessità di futurità dell'evento condizionante, ritenendo il requisito dell'incertezza necessario e sufficiente per la configurabilità di un fenomeno condizionale in senso tecnico (197). In questa peculiare ottica, il problema della futurità sarebbe sorto dall'adozione — in sede di ricostruzione dogmatica dell'istituto condizionale — del paradigma della fattispecie a formazione successiva, che avrebbe falsato i termini del problema, disconoscendo, d'altra parte, la meritevolezza dell'interesse alla sospensione dell'efficacia negoziale anche a fronte di un'incertezza meramente soggettiva relativa ad un fatto passato o presente, e quindi, sostanzialmente, a fronte della mancata acquisizione ad opera delle parti, al momento della stipulazione, di un « dato » essenziale nell'economia dell'affare (198). L'Autore colloca tale riflessione nell'ambito di una ricostruzione che svaluta la distinzione tra il momento « esecutivo » ed il momento « esistenziale » nel rapporto obbligatorio, sì da identificare sostanzialmente il momento dell'efficacia con quello dell'esecuzione, e quindi il credito condizionale con il credito non ancora realizzato (199).

Questa ricostruzione non sembra accoglibile. Essa non tiene conto né dell'inequivoca formulazione dell'art. 1353 c.c. che richiede, a chiare lettere, la collocazione nel futuro dell'evento condizionante (200), né delle esigenze giuridiche e pratiche che

---

CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 57. In giurisprudenza, Cass. 14 gennaio 1975 n. 151, in *Giust. civ.*, Rep. 1975, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 71.

(197) TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 3 ss., che afferma non essere « qualificante la collocazione temporale del fatto dedotto in condizione ».

(198) TATARANO, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

(199) TATARANO, *op. ult. cit.*, p. 45 ss., e p. 95 ss.

(200) Il requisito della futurità dell'evento condizionante risulta espressamente anche dall'art. 1168 del codice civile francese (ed era stato quindi recepito negli artt. 1157 e 1158 del codice civile italiano del 1865). Peraltro, con riferimento alla condizione sospensiva, l'art. 1181 dello stesso codice equipara all'evento futuro l'« événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties ».

Nell'ordinamento tedesco si ha condizione solo in relazione ad eventi futuri. Sulla posizione della dottrina tedesca cfr. FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 12; TATARANO, *op. ult. cit.*, p. 6, nota 13. Analogamente dispone l'art. 270 del codice civile portoghese (« As partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução »).

postulano una necessaria distinzione tra il momento dell'efficacia ed il momento dell'esecuzione, e solo con riferimento al primo rendono concepibile una situazione di pendenza in senso tecnico. Senza considerare che, nella concezione suesposta, la figura condizionale finisce inevitabilmente con lo scindersi in diversi modelli di operatività, a seconda che essa riguardi effetti reali od obbligatori. Le prospettate esigenze di tutela delle situazioni di interesse nelle fattispecie esaminate possono trovare realizzazione sia nella disciplina delle circostanze preliminari, sopra enucleata, sia eventualmente nella disciplina della presupposizione, ma non certamente nella disciplina della condizione in senso tecnico.

#### 42. D) *Condizione esecutiva.*

La distinzione tra condizione sospensiva in senso tecnico e c.d. condizione esecutiva è stata già da tempo tracciata in dottrina con rigore dogmatico: nella prima ipotesi si ha sospensione dell'efficacia del negozio giuridico, con la conseguenza che le situazioni giuridiche soggettive da esso scaturenti non vengono ad esistenza fin quando la condizione non si è verificata. Nella seconda ipotesi, invece, l'effetto giuridico sorge al momento della perfezione del negozio, e ciò che rimane in sospenso è esclusivamente l'esecuzione del negozio medesimo <sup>(201)</sup>. Il nostro codice disciplina esclusivamente il primo tipo di condizione, come emerge chiaramente dall'art. 1353 c.c., laddove si fa espresso riferimento alla subordinazione degli *effetti* del contratto ad un evento futuro ed incerto.

La distinzione postula quindi l'altra tra *efficacia ed esecuzione*, ed è stata, anch'essa, nitidamente delineata distinguendo la componente di valore e la componente di fatto dell'effetto giuridico: la prima viene ad esistenza simultaneamente al fatto giuridico, e

---

Viceversa, l'art. 151 del codice svizzero delle obbligazioni dispone semplicemente che « un contratto si ritiene condizionale, quando la sua obligatorietà si faccia dipendere da un avvenimento incerto », senza far quindi cenno alla collocazione nel futuro. Parimenti, l'art. 1113 del codice civile spagnolo equipara all'avvenimento futuro la circostanza del passato che le parti ignorano (« Serà exigible desde luego toda obligaciòn cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren »).

<sup>(201)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 226 ss. Riprende questi concetti LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 22-23.



rappresenta la situazione esigenziale volta alla realizzazione dell'interesse evidenziato dal fatto; la seconda è data dal comportamento umano che attua l'esigenza, e quindi realizza l'interesse (202). Posto che anche rispetto agli effetti di natura reale, e non solo per quelli di natura obbligatoria, l'attuazione dell'interesse postula sempre un comportamento realizzativo (203), la distinzione tra i due momenti dell'efficacia e dell'esecuzione, più evidente nei rapporti obbligatori, mantiene una valenza costruttiva di ordine generale.

Il fatto che il diritto scaturente dal negozio condizionato non sia ancora esistente durante la fase di pendenza rende possibile la qualificazione dello stesso, a tutti gli effetti di legge, come *diritto futuro* (204); la dottrina ha chiarito che la distinzione, talvolta

---

(202) FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 284 ss.; CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., p. 68 ss.

(203) FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 50 ss.

(204) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 300, nota 13a; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 78, nota 1 (« ogni effetto giuridico sorge sempre istantaneamente: formazione successiva può avere solo la corrispondente fattispecie. Un effetto condizionato sospensivamente è un effetto ancora inesistente, perché la sua fattispecie è ancora incompleta »); FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 233; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 539; SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa*, cit., p. 232; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 797; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 34-35; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 241 e 245.

Sull'identificazione dell'oggetto, nei negozi su diritti condizionati, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 379 ss. (il quale tuttavia, a p. 423, ritiene che il trasferimento dell'aspettativa condizionale, pur determinando di riflesso il trasferimento del diritto quando lo stesso verrà ad esistenza, non sia soggetto agli eccezionali divieti legislativi del negozio su cosa futura, in particolare donazione e ipoteca). In giurisprudenza, Cass. 10 gennaio 1966 n. 184, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1307.

Nel senso, invece, che il negozio di disposizione del « diritto pendente » non ha ad oggetto un diritto futuro, FADDA e BENZA, Note a WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, IV, cit., p. 477 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 202; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 409-410; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 22 ss., e p. 36 (« diritto futuro è ogni diritto che non è nella titolarità di alcun soggetto, né in parte, né in germe »; « la vendita del c.d. diritto condizionato, non è vendita di un diritto futuro, ma di un diritto presente ed attuale, di natura provvisoria e strumentale »); RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 175-176; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 179 ss.;

rivenibile nei testi di legge, tra diritto eventuale e diritto futuro (es., art. 1938, art. 2852 c.c.), non attiene al profilo esistenziale dei diritti stessi, ma soltanto alla circostanza che — per l'uno e non anche per l'altro — è riconosciuta un'aspettativa in senso tecnico <sup>(205)</sup>.

Si è quindi rilevato che è diversa la situazione del credito semplicemente inesigibile rispetto a quello inesistente, e sarebbe errato far derivare l'inesistenza dalla mera inesigibilità <sup>(206)</sup>; la distinzione emerge chiaramente anche dalla differenza tra la disciplina della condizione e quella contenuta negli artt. 1185, comma 2, e 1186 c.c. <sup>(207)</sup>.

La distinzione ha importanti conseguenze di ordine positivo. Innanzitutto, le norme che fanno riferimento ai diritti futuri trovano applicazione con riferimento ai diritti condizionali, ma non anche riguardo ai diritti di cui è sospesa l'esecuzione. In secondo luogo, in quest'ultima ipotesi è possibile che il diritto formi oggetto di atti di tutela, sostanziale o processuale (si è ammessa, ad esempio, la costituzione in mora, esclusa invece nei confronti del debi-

TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 118-119.

Occorre peraltro evitare confusione tra i due profili, e cioè la futurità o meno del diritto definitivo — che verrà a spettare all'acquirente sotto condizione sospensiva o all'alienante sotto condizione risolutiva — e la disponibilità *pendente condicione*, che può avere ad oggetto l'aspettativa (situazione giuridica soggettiva presente) ovvero il diritto definitivo (futuro). Altro discorso ancora è quello relativo alla ricomprensione del diritto condizionale tra i beni futuri di cui è vietata la donazione, che sembra in realtà un falso problema, poiché l'oggetto della donazione sarebbe, in tal caso, l'aspettativa attuale.

Per quanto concerne la concessione di ipoteca, essa può avere certamente ad oggetto un'aspettativa condizionale, ma la relativa iscrizione potrà effettuarsi soltanto relativamente al diritto reale, ove questo sorga in capo al concedente per l'avverarsi della condizione.

<sup>(205)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 234. *Id.*, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 22, nota 46, chiarisce che « non si possono ammettere vari stadi di sviluppo di un diritto, perché questo, come ogni fenomeno giuridico, sorge e viene meno in un solo momento: il suo esercizio può essere più o meno condizionato, ma la sua nascita, che ha luogo quando intervenga il riconoscimento della situazione di fatto primaria e si perfezioni il presupposto di efficacia al quale eventualmente sia condizionata, è unitaria ».

<sup>(206)</sup> STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 42.

<sup>(207)</sup> STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 45.

tore condizionale <sup>(208)</sup>), mentre nel caso di diritto condizionato in senso tecnico il titolare *sub condicione* potrebbe unicamente agire a tutela dell'aspettativa, con i limitati strumenti di natura conservativa a tal uopo concessi <sup>(209)</sup>.

Altre differenze di disciplina sono già state evidenziate nell'analisi delle c.d. condizioni improprie (*supra*, paragrafo 41): basti pensare all'inesistenza di una fase di pendenza in senso tecnico e quindi di problemi di retroattività, agli effetti del perimento o del deterioramento del bene, alla disciplina degli atti di disposizione.

In concreto, è stato ravvisato un esempio di condizione c.d. esecutiva nell'atto di *scelta o individuazione della prestazione oggetto di obbligazione alternativa o generica*: in questo caso il rapporto obbligatorio si costituisce già *ab origine*, e ciò che rimane sospeso in attesa della scelta o individuazione è soltanto l'adempimento, quindi l'esecuzione. Ciò avviene perché l'esistenza dell'oggetto, che rispetto al diritto reale è coelemento di efficacia (fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico), non impedisce la nascita del diritto di credito e, in genere, degli effetti di natura obbligatoria, che rimangono paralizzati solo riguardo all'esecuzione <sup>(210)</sup>. La natura condizionale in senso tecnico delle obbliga-

---

<sup>(208)</sup> Per l'esclusione della messa in mora del debitore condizionale, PINELINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 290; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1979, p. 12.

<sup>(209)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 228-229. Il debitore condizionale non può, ad esempio, esperire i rimedi della *mora accipiendi* in caso di difetto di collaborazione del creditore: l'art. 1208 n. 5 c.c. richiede, per la validità dell'offerta reale, « che si sia verificata la condizione dalla quale dipende l'obbligazione »: CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1973, p. 154-155; GIACOBBE, *Mora del creditore (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 966.

<sup>(210)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 230 ss. (ove si ammette che l'effetto obbligatorio « può realizzarsi immediatamente, in quanto può costituire valido ed attuale oggetto dell'obbligazione una cosa indicata in modo generico od alternativo ». L'Autore (p. 308) ravvisa un ulteriore elemento di incompatibilità nel fatto che la scelta o specificazione costituisce un atto dovuto: criterio, questo, non accettabile, se si ritiene deducibile in condizione l'adempimento di un'obbligazione: cfr. *infra*, paragrafo 53); RUBINO, *Obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968, p. 10.

zioni generiche e alternative è stata negata <sup>(211)</sup>, anche sulla base di altre considerazioni:

— la constatazione dell'inesistenza di effetti preliminari prima della scelta o individuazione; nelle obbligazioni alternative, prima del verificarsi della scelta, il rapporto obbligatorio esiste già nella sua veste definitiva, il titolare del diritto può agire, ed il diritto di credito è trasmissibile <sup>(212)</sup>;

— nella condizione è incerta la stessa esistenza (definitiva) del vincolo, è invece certo l'oggetto o contenuto: nell'obbligazione alternativa sono certe l'esistenza e la persistenza dell'obbligazione, ed è incerto quale ne sarà la prestazione <sup>(213)</sup>;

— l'atto di scelta o individuazione, una volta intervenuto, opera con effetto *ex nunc* e non retroattivamente <sup>(214)</sup>.

Per tutti i motivi suindicati non può accogliersi la concezione che, anche di recente, ha riproposto su nuove basi il concetto di condizione esecutiva, ritenendo ammissibile un condizionamento *ex artt.* 1353 e seguenti non dell'efficacia, ma dell'esecuzione del contratto, e sostenendo anzi che, rispetto agli effetti di tipo obbligatorio, la condizione agirebbe comunque e sempre sull'esecuzione e non sull'efficacia <sup>(215)</sup>. La tesi appare in contrasto con il diritto positivo, e, sotto il profilo teorico, postula una inammissibile identificazione tra credito condizionato e credito esistente ma non ancora adempiuto, cancellando così totalmente la rilevanza delle norme sulla pendenza e sul contenuto dell'aspettativa condizionale rispetto agli effetti definitivi di tipo obbligatorio.

<sup>(211)</sup> Sulla questione cfr. anche PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Milano, 1972, p. 36, nota 42; DI MAJO-INZITARI, *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 215, nota 14; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1982; BIANCA, *Diritto civile, IV - L'obbligazione*, cit., p. 127, e nota 66.

<sup>(212)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 785; RUBINO, *op. e loc. ult. cit.*, e p. 39 ss.

<sup>(213)</sup> RUBINO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(214)</sup> RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 10; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 561.

<sup>(215)</sup> TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 70, e p. 95 ss. (« se è vero che nelle situazioni traslative (e finali in genere) il piano sul quale l'interesse è destinato a ricevere soddisfazione è quello della efficacia, mentre nelle situazioni di tipo obbligatorio è quello dell'esecuzione, è presumibile che la selezione del meccanismo condizionale operi rispettivamente sull'uno e sull'altro piano »).

Quanto sopra non significa, ovviamente, che non sia possibile sospendere unicamente l'esecuzione in luogo dell'efficacia di un rapporto obbligatorio: le parti di un contratto di compravendita possono, ad esempio, condizionare ad un evento incerto (ad esempio, l'avvenuta trascrizione del contratto e l'inesistenza di formalità pregiudizievoli) non già l'obbligazione di pagamento del prezzo, ma soltanto la sua esecuzione: ciò avrà come conseguenza che il prezzo sarà comunque dovuto anche in difetto del verificarsi dell'evento, ma l'esecuzione dell'obbligo rimarrà sospesa; una volta accertata, ad esempio, la presenza di oneri o pesi sull'immobile venduto, il compratore sarà legittimato alla *exceptio inadimpleti contractus*, oltre che agli altri rimedi sinallagmatici ed a quelli specifici previsti dalla disciplina della compravendita. Durante il periodo di « pendenza », questa c.d. condizione esecutiva verrà quindi disciplinata secondo le regole sue proprie, e non in base alle norme sulla condizione sospensiva.

#### 43. E) *Condizione e presupposizione.*

La teoria della presupposizione <sup>(216)</sup> (*Voraussetzung*) risale, come è noto, a Windscheid <sup>(217)</sup>, ed è definita, nella sua originaria formulazione, come « condizione non sviluppata » <sup>(218)</sup>. Il riferimento alla condizione continua nella dottrina successiva, anche dopo che, con il saggio di Oertmann <sup>(219)</sup>, la problematica è stata esaminata in una diversa dimensione, con l'elaborazione della teoria del vizio obiettivo del negozio, consistente nella mancanza o nel venir meno della base negoziale (*Geschäftsgrundlage*) del regolamento di interessi. La successiva elaborazione ha avuto modo di precisarne i contorni e differenziarne, al suo interno, diverse tipologie, non tutte riconducibili, probabilmente, ad un identico

---

<sup>(216)</sup> Sulla presupposizione, nei suoi rapporti con la condizione, cfr. la giurisprudenza riportata in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 57 ss.

<sup>(217)</sup> WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850.

<sup>(218)</sup> Per la tendenza ad assimilare alla condizione le circostanze presupposte nel contratto, cfr. la dottrina e giurisprudenza citate in BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 21, nota 35.

<sup>(219)</sup> OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig 1921, p. 37.

meccanismo strutturale e ad un unico principio giustificativo, per cui si è parlato di « plurivocità operativa della fattispecie »<sup>(220)</sup>. In questa sede occorre ripercorrere velocemente il cammino percorso, ed individuare le diverse fattispecie, al fine di verificare le eventuali interferenze delle problematiche note sotto l'etichetta della presupposizione con l'istituto della condizione.

Una prima ipotesi è quella della *supposizione* di eventi passati o presenti, che presenta spiccate analogie con la problematica delle c.d. circostanze preliminari, o condizioni improprie, di cui ci si è già occupati: diversa è però la fattispecie, in quanto la condizione impropria presuppone pur sempre un'incertezza, sia pure di tipo soggettivo, sull'esistenza della circostanza, mentre nell'ipotesi della supposizione l'evento o circostanza preliminare viene considerato dalle parti come certo, e proprio in ragione di tale certezza viene omessa qualunque regolamentazione contrattuale della mancanza del presupposto<sup>(221)</sup>.

Diverse sono le configurazioni giuridiche proposte per tale ipotesi: si va dalla teoria condizionale<sup>(222)</sup>, alla teoria dell'annullabilità per errore<sup>(223)</sup>, a quella della nullità per vizio genetico della causa<sup>(224)</sup>. Esclusa la prima, per difetto di collocazione nel futuro dell'evento, non sembra adeguata neanche la teoria della nullità per difetto causale: a parte la probabile sproporzione del rimedio in funzione del tipo di interesse tutelato, se si accetta l'impostazione in base alla quale il requisito di validità *ex art. 1325 c.c.* è soddisfatto purché nel negozio venga indicato, a livello programmatico, il tipo di interesse che si vuole perseguire — analogamente a quanto avviene per l'oggetto del negozio — non può farsi questione di nullità laddove difetta un presupposto esterno del negozio stesso.

Sembra invece rispondere adeguatamente alle esigenze poste

---

<sup>(220)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 19.

<sup>(221)</sup> Per tale distinzione tra presupposizione e *condiciones in praesens vel in praeteritum relatae*, cfr. SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 267 ss.

<sup>(222)</sup> L'affermazione che la presupposizione costituirebbe una « condizione non sviluppata » è ancora frequente nella giurisprudenza: cfr. le sentenze citate in CALDERONI, « *Presupposizione e disciplina del contratto* », cit., p. 3166, nota 16.

<sup>(223)</sup> Per l'annullabilità per errore essenziale, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 788; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 287 ss., e p. 289, nota 63.

<sup>(224)</sup> COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291.

dalla problematica della presupposizione la teoria dell'errore, e quindi la conseguenza dell'annullabilità del negozio <sup>(225)</sup>.

Altra, e diversa problematica, è quella della presupposizione di un evento futuro, dato per certo dalle parti ma in realtà non verificatosi. Anche rispetto a questa ipotesi si fronteggiano diverse opinioni, che, volta per volta, parlano di vizio funzionale della causa <sup>(226)</sup>, di rischio contrattuale <sup>(227)</sup>, di condizione non sviluppata <sup>(228)</sup>, facendo usualmente discendere da tali costruzioni la conseguenza della sopravvenuta inefficacia, e quindi risoluzione del negozio <sup>(229)</sup>.

Occorre verificare, in particolare, l'applicabilità della disciplina della condizione mancata. Le perplessità a questo tipo di utilizzo dello strumento condizionale sono per lo più derivate dall'acritica accettazione dei dogmi dell'accidentalità ed estrinsecità della condizione, e quindi dalla convinzione che non si possa parlare di condizione quando l'evento futuro si atteggi come essenziale per la realizzazione della stessa causa del negozio. Occorre piuttosto indagare l'intenzione delle parti per verificare se la rappresentazione dell'evento futuro era in termini di *certezza o incertezza*: nel secondo dei casi non può parlarsi di vera presupposizione, ma si ha piuttosto una condizione non sviluppata e non espressa, la cui influenza sul regolamento negoziale è subordinata alla soluzione del problema formale: può, cioè, avere rilevanza un tale tipo di condizione esclusivamente e nella misura in cui la legge non richieda una forma solenne per la condizione stessa.

Ove, viceversa, le parti avessero presupposto come certo l'evento futuro, e questo non si sia poi avverato, non può parlarsi di condizione, e probabilmente la concezione più corretta è quella che

---

<sup>(225)</sup> PIETROBON, *Presupposizione*, in *Enc. giur. Treccani*, XLI, Roma, 1991; ID., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale — saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997.

<sup>(226)</sup> In termini critici sul concetto di vizio funzionale della causa — nell'ambito di una concezione del requisito causale in chiave esclusivamente programmatica — cfr. di recente AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 322 ss.

<sup>(227)</sup> BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; BESSONE-D'ANGELO, *Presupposizione*, cit., p. 326 ss.

<sup>(228)</sup> Cfr. le sentenze richiamate *supra*, alla nota 218 di questo capitolo.

<sup>(229)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 288.

fa leva sul c.d. vizio funzionale della causa, facendone conseguire la sopravvenuta inefficacia del negozio.

Appare netta, a questo punto, la distinzione tra presupposizione e condizione: l'elemento dell'*incertezza*, considerato stavolta nella rappresentazione programmatica dei soggetti del negozio, assume rilievo decisivo nel qualificare come condizionale il regolamento negoziale <sup>(230)</sup>.

#### 44. F) *Condizione volontaria e condizione legale.*

L'istituto della condizione legale, non trovando — a differenza della condizione volontaria — una espressa disciplina nel codice civile, è oggetto di accese dispute relativamente alla sua effettiva natura giuridica ed alla stessa utilità dogmatica e pratica di un concetto generale di *condicio iuris* <sup>(231)</sup>.

---

<sup>(230)</sup> Per il ruolo decisivo del profilo dell'*incertezza*, nella distinzione tra condizione e presupposizione, cfr. SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., p. 260 ss. (ed ivi citazioni di dottrina e giurisprudenza). Non appare invece rilevante — alla luce della ricostruzione accolta nel testo — la pretesa estraneità del piano di interessi condizionale rispetto a quello negoziale.

È da respingere, altresì, ogni differenziazione tra condizione e presupposizione che faccia leva esclusivamente sul « modo con cui l'evento subordinante è introdotto nel negozio », cioè mediante dichiarazione espressa o attraverso il principio di buona fede: in tal senso BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1098.

<sup>(231)</sup> Sulla figura della *condicio iuris*, cfr. in giurisprudenza, tra le altre, App. Napoli 7 luglio 1945, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 41, con nota di TRABUCCHI; Cass. 30 gennaio 1951 n. 253, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, p. 340; Cass. 8 marzo 1951 n. 568, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 195; Cass. 3 ottobre 1951 n. 2610, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 668; Cass. 10 luglio 1954 n. 2446, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1481; Trib. Napoli 28 ottobre 1955, in *Dir. e giur.*, 1956, p. 535, con nota di RESCIGNO; Cass. 16 novembre 1960 n. 3071, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 169 ss., ed in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 237; Cass. 21 dicembre 1962 n. 3398, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 271; Cass. 11 novembre 1967 n. 2718, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 1375, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 438 ss.; Cass. 11 luglio 1968 n. 2444, in *Giust. civ.*, Rep. 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 121; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1990; Cass. 4 marzo 1977 n. 883, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 131, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 431 ss.; Cass. 14 febbraio 1981 n. 915, in *Riv. dir. agr.*, 1982, II, p. 226; Cass. 5 febbraio 1982 n. 675, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 175, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 427; Cass. S.U. 8 novembre 1983 n. 6587, in *Riv. not.*, 1984, p. 887; Cass. S.U. 26 luglio 1985 n. 4342, in *Giust. civ.*, Rep. 1985, voce *Opere pubbliche*, n. 49; Cass. S.U. 1 febbraio 1985 n. 651, in *Giust. civ.*,



Secondo una prima corrente dottrinale, sotto il concetto di condizione legale sarebbero raggruppate una serie di ipotesi eterogenee, caratterizzate da diversità ontologiche e di disciplina giuridica, sì da far seriamente dubitare circa l'utilità di una categoria generale di *condicio iuris* e — a maggior ragione — della costruzione di un concetto generale di condizione, sotto il quale sussumere sia la condizione volontaria che quella legale <sup>(232)</sup>.

Secondo un diverso, e preferibile orientamento, la condizione legale rientra a tutti gli effetti nel *genus* condizione <sup>(233)</sup>. In base a questa concezione, le ipotesi realmente inquadrabili nello schema della *condicio iuris* sospensiva sono vere e proprie fattispecie a

---

1985, I, p. 1667; Cass. 16 ottobre 1987 n. 7648, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1620; Cass. S.U. 12 febbraio 1988 n. 1508, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1175; Cass. 8 luglio 1991 n. 7529, in *Rass. Avv. St.*, 1991, p. 490.

<sup>(232)</sup> Per una approfondita esposizione di questa concezione, cfr. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 768 ss. Cfr. anche — per l'inammissibilità di un concetto unitario di condizione nel quale far confluire sia la condizione volontaria che quella legale, e per l'eterogeneità di natura e disciplina delle diverse *condiciones iuris* — COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 423; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 68 ss. (che ravvisa la ragione principale della contrapposizione nell'appartenenza dei due tipi di condizione, rispettivamente, alla *zona del fatto* e alla *zona della norma*; non vi sarebbe, inoltre, una disciplina giuridica unitaria, per cui più che di *condicio iuris* dovrebbe parlarsi, a giudizio dell'Autore, di *condiciones iuris*); ID., *Sistema del diritto privato*, cit., p. 288-289; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 592; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 106 ss.; FURGUELE, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 225, nota 41; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, cit., p. 760; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 260 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 333; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 39 ss.

<sup>(233)</sup> Per la riconducibilità della condizione volontaria e di quella legale ad un *genus* unitario di condizione, e quindi per la legittimità di una categoria unitaria di *condicio iuris*, cfr. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 12 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 94 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 8 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 51 ss.; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 8 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 152 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 116 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 533 (secondo il quale « sia la condizione volontaria che quella legale rispondono all'idea di una disposizione che subordina l'efficacia o la risoluzione del contratto ad una circostanza che non attiene al contenuto dell'impegno contrattuale o agli elementi costitutivi dell'atto »); CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 601 ss.

formazione successiva, in cui l'evento futuro ed incerto <sup>(234)</sup> posto dalla legge come condizionante, facendo parte del ciclo formativo esterno della fattispecie e sospendendo quindi solo l'efficacia e non la perfezione del negozio, merita a tutti gli effetti l'inquadramento nello schema generale della condizione, quale desumibile, in diritto positivo, dalla definizione dell'art. 1353 c.c. <sup>(235)</sup>. Lo stesso vale per la condizione risolutiva legale, che, come quella volontaria, determina l'eliminazione dell'efficacia del negozio, senza comunque incidere sul contenuto degli effetti <sup>(236)</sup>.

La teoria negatrice dell'autonomia concettuale e giuridica del

---

<sup>(234)</sup> Secondo BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 78 ss., la diversità ontologica della *condicio iuris* rispetto alla condizione volontaria farebbe sì che la prima non necessiti di essere fornita degli stessi requisiti, ed in particolare del requisito dell'*incertezza* (l'Autore faceva riferimento, in particolare, al visto amministrativo). *Contra*, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 173 ss., il quale dalla differenza tra visto ed approvazione (il primo certo, la seconda incerta) ricava la qualificazione del primo come termine, e della seconda come condizione.

<sup>(235)</sup> Sono ancora attuali, sul punto, le precisazioni di SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 13: « tutte quelle circostanze che sono future ed incerte al momento della costituzione del negozio, che non riguardano direttamente l'essenza di questo e sono quindi estranee alla natura del rapporto; tutti quei presupposti stabiliti espressamente o tacitamente *dalla legge* per la efficacia del negozio e che possono *dalla legge* essere modificati o soppressi senza che per ciò lo schema del negozio ne rimanga alterato; tutte queste circostanze e tutti questi presupposti possono meritare il nome di *condizioni*, perché, come le vere condizioni, essi sono qualche cosa di estrinseco, elementi accidentali, requisiti dell'efficacia e non dell'esistenza del negozio ». Cfr. anche CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 410 ss.

<sup>(236)</sup> Per l'ammissibilità della *condicio iuris* risolutiva, OERTMANN, *Die Rechtsbedingung (condicio iuris)*, Leipzig, 1924, p. 39 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 245; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 11; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 370. In senso contrario, ma senza specifiche motivazioni, VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo*, cit., p. 764, nota 23; CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 413; Cass. 20 febbraio 1979 n. 1092, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 441 (che afferma apoditticamente che « Le condizioni legali o *condiciones iuris* sono sempre e necessariamente per la loro natura sospensive »). Non affronta espressamente il problema SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 15. Per una particolare fattispecie di *condicio iuris* risolutiva, cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 472 ss., ed ivi riferimenti.

concetto di *condicio iuris* parte da una serie di presupposti che, ad una attenta analisi, si sono rivelati non condivisibili. Si è rilevato, innanzitutto, un vizio di impostazione, in base al quale condizione volontaria e legale sono state « esaminate da profili trasversali, e cioè la prima soltanto dal punto di vista dell'evento, e la seconda soltanto dal punto di vista della clausola condizionale... sostenendosi che la condizione volontaria, in quanto clausola negoziale, farebbe parte del contenuto dell'atto, mentre la condizione legale, come fatto estrinseco, si porrebbe al di fuori del negozio »<sup>(237)</sup>: obiezione riassunta nella formula che la condizione volontaria apparterebbe alla « zona del fatto », quella legale alla « zona della norma »<sup>(238)</sup>, e che, riferendosi a termini eterogenei, si rivela assolutamente inadeguata.

È stata poi denunciata l'arbitraria affermazione che ravvisa nella condizione legale un « elemento costitutivo », appartenente alla fase esistenziale della fattispecie legale<sup>(239)</sup>; opinione in qualche modo collegata alla vecchia convinzione che la fonte degli effetti negoziali sia la volontà privata, che nel negozio sottoposto a *condicio iuris* sarebbe già perfezionata, incondizionata ed efficiente, difettando tuttavia il riconoscimento normativo senza il quale non si darebbe giuridica esistenza della fattispecie: le teorie della rilevanza giuridica e della pendenza negoziale hanno, da tempo, fatto giustizia di queste concezioni.

La teoria negatrice, infine, nasce dall'equivoco di ricomprendere nella categoria in esame una serie eterogenea di ipotesi variegata, buona parte delle quali non hanno effettivamente nulla a che fare con la vera condizione legale. La *condicio iuris*, invece, deve essere opportunamente distinta rispetto una serie di fenomeni spesso ad essa accomunati, con grave danno per l'utilità scientifica e pratica del concetto. In particolare, non hanno nulla a che fare con il fenomeno condizionale legale:

a) gli eventi che per legge sospendono non solamente l'efficacia, ma addirittura la perfezione del negozio, ed i c.d. requisiti di validità<sup>(240)</sup>;

<sup>(237)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 121-122.

<sup>(238)</sup> BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 68 ss., 72 ss.

<sup>(239)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 122 ss.

<sup>(240)</sup> Cfr. già sul punto SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 12 ss. (ed ivi, p. 3 ss., l'analisi storica del concetto di *condicio iuris*, spesso

b) la « condizione che sia prevista in una norma, ma che sia subordinata alla previsione espressa delle parti. In questo caso la condizione non cessa d'essere volontaria » <sup>(241)</sup>;

---

ritenuto assorbente delle ipotesi di imperfezione negoziale); BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 76 ss. (che definisce la *condicio iuris* « una circostanza futura, non necessariamente incerta, estranea alla struttura dell'atto medesimo, però costitutiva della intera fattispecie, dalla quale soltanto possono sgorgare gli effetti giuridici, a cui il negozio era diretto »); CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 636 ss.; CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 408 ss. Per la concezione, ormai superata, secondo la quale si ha « l'imperfezione del negozio, prima che la *condicio iuris* sopravvenga », MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 592; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 193.

In giurisprudenza, per l'erronea affermazione che la condizione legale sarebbe, o potrebbe essere, un elemento necessario per la validità o addirittura per l'esistenza dell'atto, Cass. 14 dicembre 1945 n. 824, in *Foro it.*, Rep. 1945, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 260-261 (che distingue due categorie di *condiciones iuris*, e cioè quelle che consistono « in un requisito essenziale o in un presupposto logico » del negozio, e quelle che viceversa consistono « in un requisito per la sua efficacia », statuendo quindi che « mentre le *condiciones iuris* della prima specie non hanno alcuna affinità con la condizione vera e propria, quelle della seconda sono perfettamente parificabili alle *condiciones facti* »); Cass. 30 gennaio 1950 n. 253, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, p. 340; Cass. 8 marzo 1951 n. 568, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 195; Cass. 5 luglio 1955 n. 2064, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 1000; Cass. 14 luglio 1956 n. 2666, in *Foro it.*, 1957, I, c. 423; Cass. 24 ottobre 1957 n. 4083, in *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Vendita*, n. 39; Cass. 25 novembre 1961 n. 2720, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1121; Cass. 21 ottobre 1965 n. 2171, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1363; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1990; Cass. 5 agosto 1977 n. 3559, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 132; Cass. S.U. 12 febbraio 1988 n. 1508, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1175, ed in *Foro it.*, 1988, I, c. 1126.

Si è comunque rilevato che la giurisprudenza, nelle applicazioni concrete, « ha sempre applicato il concetto di *condicio iuris*, da essa elaborato, esclusivamente a quegli elementi del negozio giuridico, che, come più avanti si cercherà di dimostrare, sono da ritenere compresi nella figura della condizione in senso proprio »: CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 409.

<sup>(241)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 770; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 39. Si può parlare, in proposito, di « condizioni volontarie legalmente tipizzate » (v. per la distinzione di tali condizioni volontarie tipizzate dalle condizioni legali anche MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 333). Cfr. per la distinzione tra *condicio iuris* e *condicio tacita (quae tacite inest)*, fenomeni spesso indifferenziati nella trattazione dei giuristi dell'età intermedia e dei pandettisti, ma nettamente distinti in quanto rispettivamente riconducibili alle categorie della condizione legale e della condizione volontaria, FURGIUELE, *Vendita di « cosa*

c) i c.d. coelementi necessari di efficacia, ai quali è rimessa la determinazione del soggetto o dell'oggetto del rapporto nelle ipotesi in cui tale determinazione non sia coeva o anteriore alla formazione del negozio <sup>(242)</sup>;

d) le autorizzazioni al cui difetto la legge riconnette la nullità o l'annullabilità dell'atto;

e) i diritti potestativi scaturenti da prelazioni od opzioni legali (es., artt. 732 e 2441 c.c.);

f) gli eventi sostitutivi di un elemento mancante dell'atto, che sanano, attraverso un ciclo irregolare, gli effetti dell'atto stesso (convalida, conferma, ecc.);

g) il fenomeno della pubblicità legale, nella misura la cui inosservanza determini non inefficacia, ma inopponibilità e quindi ineseguibilità nei confronti di determinati terzi <sup>(243)</sup>.

Si tratta di fattispecie che arbitrariamente una parte della

---

*futura* » e aspetti di teoria del contratto, cit., p. 219 ss. (ed ivi, riferimenti di dottrina).

È frequente, in dottrina, la confusione tra questo tipo di condizioni, spesso coincidenti con circostanze e presupposti « necessari per l'esistenza dell'obbligazione », e le condizioni legali: se ne è parlato, ad esempio, con riferimento al verificarsi del sinistro rispetto all'obbligazione dell'assicuratore (DONATI, *Il sinalagma nel contratto di assicurazione*, cit., p. 421, che parla di « elementi essenziali di efficacia rispetto al tipo astratto »; SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 191, per il quale « nell'assicurazione la subordinazione della prestazione dell'assicuratore a un dato evento attiene all'essenza stessa del contratto »), ovvero ai concorsi televisivi a premio, o concorsi a premio mediante raccolta di figurine (PUGLIATTI, *Concorsi a premio mediante raccolta di figurine*, in *Foro della Lombardia*, 1939, p. 485; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, cit., p. 166). In questi ultimi casi, peraltro, è probabilmente più corretto far riferimento alla categoria delle fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto giuridico, in quanto l'evento futuro ed incerto vale ad individuare il soggetto cui imputare l'effetto. Anche quando, comunque, si abbia vera e propria condizione, questa sarebbe certamente volontaria, in quanto non imposta dalla legge a tutela di interessi esterni, ma prevista dalle stesse parti del contratto: l'essenzialità (e non accidentalità) non preclude, come si è visto, la qualificazione come *condicio facti*.

<sup>(242)</sup> Sulla figura dei coelementi necessari, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 155 ss., 254 ss., nonché *infra* nel testo, paragrafo 45.

<sup>(243)</sup> Sul fenomeno dell'inopponibilità come ineseguibilità nei confronti di determinati terzi, e quindi come fattispecie sostanzialmente diversa dall'inefficacia, cfr. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 353 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 11.

dottrina cataloga nell'ambito della condizione legale <sup>(244)</sup>; in nessuno di questi casi, peraltro, ricorre il dato caratterizzante della sospensione dell'efficacia del negozio perfetto e valido a fronte di un evento futuro ed incerto previsto direttamente dalla legge, ed incidente non sul contenuto degli effetti, ma unicamente sul prodursi o sul cessare degli stessi.

Così delimitata, la categoria della *condicio iuris* si rivela feconda e suscettibile di costituire punto di attrazione di una *disciplina giuridica unitaria ed autonoma*, che non può che essere tratta dalle norme codicistiche che disciplinano la condizione volontaria. Sotto tale profilo, occorre peraltro verificare se si tratti di applicazione diretta ovvero analogica.

Il codice civile del 1865, nel disciplinare la condizione, esordiva affermando (con l'art. 1157) che « È condizionale l'obbligazione, la cui sussistenza o risoluzione dipende da un avvenimento futuro ed incerto » <sup>(245)</sup>. Diversamente, l'art. 1353 del vigente codice civile esordisce statuendo che « *Le parti possono* subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro e incerto ». Nel vigente ordinamento, quindi, la disciplina della condizione è dettata con espresso riferimento alla condizione volontaria (*condicio facti*), a differenza che nel codice abrogato, la cui lettera meglio si prestava all'accoglimento della teoria che riteneva direttamente, e non solo analogicamente, applicabile alla *condicio iuris* la disciplina codicistica sulla condizione, o quanto meno le norme riguardanti aspetti essenziali della condizione, in quanto definitorie della sua natura e del suo funzionamento <sup>(246)</sup>.

---

<sup>(244)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 773.

<sup>(245)</sup> La formula dell'art. 1157 c.c. 1865 riprendeva sostanzialmente il dettato dell'art. 1168 del *code Napoléon*, che recita: « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ». Analogamente, l'art. 151 del codice svizzero delle obbligazioni dispone che « Un contratto si ritiene condizionale, quando la sua obbligatorietà si faccia dipendere da un avvenimento incerto ».

<sup>(246)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 127 ss. (ed ora nella voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 9), inquadra tra le norme essenziali della condizione, comuni sia alla *condicio facti* che alla *condicio iuris*, quelle già contenute negli artt. 1157, 1158 1° comma, 1159, 1166, 1167 e 1168 del codice civile abrogato (quindi, essenzialmente, il rinvio ad un avvenimento futuro ed incerto per la sussistenza dell'obbligazione, il concetto di condizione sospen-

A rigore, la nuova formulazione dell'art. 1353 c.c. non impedirebbe, per sé sola, l'applicazione diretta della disciplina in oggetto alla condizione legale, potendo eventualmente sopperire ad una imperfetta formulazione delle norme di legge l'interpretazione estensiva, quando se ne accerti una portata effettivamente più ampia di quella apparente <sup>(247)</sup>. Ciò che sembra precludere tale applicazione diretta è, in realtà, la profonda diversità, sotto il profilo assiologico, dei due tipi di condizione. Si è evidenziato che, nel caso della *condicio iuris*, « il rapporto tra prodotto giuridico di fonte privata ed ordinamento statale si realizza nel senso di una inefficacia del primo nei confronti del secondo in difetto di un atto ulteriore esorbitante dalla sfera di competenza propria dei privati », o, ancora più incisivamente, che la condizione legale consiste in « un limite predisposto all'autonomia dei privati e che si realizza nella forma di un intervento estrinseco all'atto » <sup>(248)</sup>. Mentre, quindi, la condizione volontaria « esalta » l'autonomia dei privati, la condizione legale è un limite a tale autonomia. E sono chiare anche le ragioni di tale differenza: come è stato autorevolmente puntualizzato, mentre nel caso della condizione volontaria il piano di interessi tutelato dal meccanismo condizionale appartiene agli stessi soggetti dell'atto, nel caso della condizione legale tale *piano di interessi è esterno*, concernendo un altro soggetto, il quale non può tutelarlo perché non partecipa all'atto <sup>(249)</sup>. L'Autore di que-

---

siva, la distinzione tra condizioni casuali, potestative e miste, la regola dell'adempimento della condizione « nel modo verisimilmente voluto e inteso dalle parti », la disciplina del termine entro cui la condizione, positiva o negativa, deve avverarsi). A queste norme l'Autore contrappone quelle che riguardano caratteri marginali dell'istituto, eventualmente applicabili anche alla condizione legale ma solo *analogicamente*: tra di esse, le norme sul *periculum rei*, la retroattività, i poteri conservativi.

<sup>(247)</sup> Sull'interpretazione estensiva, in rapporto a quella analogica, cfr. GIANINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 529 ss.; BOBBIO, *Analogia*, in *Novissimo Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 601 ss.; ID., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, c. 695 ss.; CALANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 352 ss.; GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 327.

<sup>(248)</sup> CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 412-413; FURGIUELE, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 240-241. Nello stesso senso, ROMANO A., « *Conditio iuris* » ed approvazione tutoria nei contratti della pubblica Amministrazione, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 587.

<sup>(249)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 111,

st'ultima affermazione sostiene, come è noto, l'unitarietà del fenomeno condizionale, nella sua duplice configurazione volontaria e legale, oltre che sotto il profilo strutturale anche sotto il profilo assiologico, ritenendo che anche la condizione volontaria tuteli sempre e comunque un piano di interessi esterno rispetto a quello tipicamente realizzato con il negozio <sup>(250)</sup>. Il superamento di tale tesi, e l'affermazione della polifunzionalità della condizione volontaria, accentuano la distanza tra le due fattispecie, che peraltro mantengono, sotto il profilo strutturale, una essenziale unitarietà. Ed infatti l'unica differenza di struttura tra le due ipotesi sembra effettivamente risiedere nella diversa fonte della previsione condizionale, per cui la condizione legale, « promanando direttamente dalla norma giuridica, rende affatto irrilevante qualsiasi correlativa manifestazione dei soggetti » <sup>(251)</sup>. Per il resto il meccanismo di operatività è invece identico: la condizione sospensiva legale agisce da concausa degli effetti negoziali ed elemento finale della fattispecie complessa, la condizione risolutiva legale quale causa di risoluzione degli effetti e fattispecie autonoma rispetto al negozio <sup>(252)</sup>.

Pertanto, considerato l'espresso riferimento che l'art. 1353 c.c. fa alle parti quali autori della clausola condizionale — nonché la profonda differenza assiologica e funzionale tra le due fattispecie — è preferibile l'opinione che ritiene applicabili le norme sulla condizione volontaria — siano esse principali o secondarie — non direttamente, ma solamente in via analogica <sup>(253)</sup>.

---

secondo il quale, nell'ipotesi di condizione legale, « il congegno condizionale è volto alla esclusiva tutela dell'interesse di questo soggetto estraneo all'atto, ed in nessun caso, neanche quando l'evento si verifichi, può dirsi destinato alla tutela dell'interesse dell'agente ».

<sup>(250)</sup> Sull'identità funzionale di condizione legale e volontaria, v. FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 112.

<sup>(251)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 112.

<sup>(252)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 94 ss.

<sup>(253)</sup> Per l'applicazione analogica alla *condicio iuris* delle norme codicistiche sulla condizione volontaria, SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 14 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 111; VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo*, cit., p. 764; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 522; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 11 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 347-348; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 333; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 41; ID., *La condizione e gli altri elementi accidentali*, cit., p. 880. In



Così, evidentemente, il fatto che la condizione sia prevista dalla legge comporta l'inapplicabilità alla fattispecie degli artt. 1354 e 1355 c.c. <sup>(254)</sup>. Le caratteristiche assiologiche della condizione legale influiscono anch'esse sulla disciplina applicabile: la natura poizore degli interessi tutelati dalla condizione legale, e la loro appartenenza a soggetti diversi dagli autori del programma negoziale, determina, quale logica conseguenza, l'*assoluta inscindibilità* della condizione dal negozio medesimo, e quindi l'impossibilità che — come si verifica a proposito della condizione volontaria — in determinate circostanze possa prodursi l'efficacia negoziale a prescindere dall'avveramento della condizione. Ciò significa, ad esempio, l'inapplicabilità, per definizione, alla condizione legale della *finzione di avveramento della condizione* <sup>(255)</sup>, come pure l'esclu-

---

giurisprudenza, Cass. 14 dicembre 1945 n. 824, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 445 ss.; Cass. 30 gennaio 1951 n. 253, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Vendita*, n. 67; Cass. 5 agosto 1977 n. 3559, in *Mass. Giust. civ.*, 1977.

Per una distinzione, nell'ambito della disciplina codicistica della condizione volontaria, tra norme essenziali e norme secondarie, le prime applicabili direttamente alla *condicio iuris*, e le seconde solo analogicamente, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 127 ss.

Per l'applicazione in via diretta delle norme sulla condizione volontaria, PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su « edificio da costruire »*, cit., p. 85, nota 156; ID., *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 183 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 117, e nota 75.

*Contra*, BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, I, 2 - Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 760.

<sup>(254)</sup> CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 414.

<sup>(255)</sup> Per l'inapplicabilità dell'art. 1359 c.c. alla *condicio iuris* sono la giurisprudenza unanime e la dottrina prevalente: cfr., in giurisprudenza, App. Roma 11 gennaio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 951, con nota di ROSSANO, *I controlli preventivi dell'attività contrattuale degli enti pubblici e i diritti subiettivi dei privati*; ed in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, I, p. 642, con nota di TORRENTE, *In tema di approvazione dei contratti della Pubblica Amministrazione*; Cass. S.U. 14 agosto 1953 n. 1736, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 582, con nota di ROMANO, « *Condicio iuris* » ed *approvazione tutoria nei contratti della Pubblica Amministrazione*; Cass. 30 aprile 1953 n. 1220, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1494; Cass. S.U. 15 novembre 1960 n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, c. 450, con note di COLETTI, *Appunti in materia di efficacia dei contratti di ambito privato stipulati dalla Pubblica Amministrazione*, e di NIGRO, *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*; Cass. 16 novembre 1960 n. 3071, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 237, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 477 ss.; Cass. 2 aprile 1965 n. 567, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1132; Cass. 11 novembre 1967 n. 2718, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 1376, ed in PECCENINI, *op.*

sione della revoca della condizione e l'indisponibilità della stessa non solo con atto unilaterale, ma anche con l'accordo di tutte le parti del negozio.

---

*ult. cit.*, p. 438 ss.; Cass. 11 luglio 1968 n. 2444, in *Foro it.*, 1969, I, c. 112, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 456 ss.; Cass. 10 aprile 1970 n. 981, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 961; Cass. 5 febbraio 1972 n. 675, in *Foro it.*, Rep. 1972, voce *Contratto in genere*, n. 175; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 358; Cass. 4 marzo 1977 n. 883, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Contratto in genere*, n. 131, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 431 ss.; Cass. 5 febbraio 1982 n. 675, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 175, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 427 ss.; Trib. Napoli 10 maggio 1985, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 513; Cass. 4 marzo 1987 n. 2255, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Opere pubbliche*, n. 128, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 473 ss.; Cass. 10 marzo 1992 n. 2875, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 276; App. Roma 18 luglio 1995, in *Arch. civ.*, 1996, p. 55. *Contra*, Pret. Rovigo 24 luglio 1995, in *Arch. locazioni*, 1996, p. 778. Per l'interessante affermazione che l'evento futuro ed incerto previsto da un contratto collettivo di lavoro non costituisce una condizione (volontaria) in senso tecnico del contratto di lavoro individuale, con conseguente inapplicabilità della finzione di avveramento, Cass. 21 giugno 1986 n. 4140, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 913.

In dottrina, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 285 ss. (secondo il quale non è estensibile analogicamente la finzione di adempimento, ma lo è l'obbligo, desumibile dalla stessa norma, di non impedire il completamento della fattispecie); FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 208 (« poiché il meccanismo della condizione è predisposto in questo caso per la tutela di interessi estranei alla sfera teleologica dei soggetti, l'evento condizionante risulta indeclinabile ed insostituibile; sì che la sanzione per l'inadempimento dell'obbligo di astensione sopradetto non può essere quella disposta dall'art. 1169 c.c. (del 1865: n.d.r.), sibbene l'obbligo secondario del risarcimento dei danni »); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 522; CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 414; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 775 ss.; TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 825; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 195; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 117, nota 75; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 134 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 253; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 9; PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 454 ss. (e giurisprudenza ivi riportata); ID., *La finzione di avveramento della condizione*, cit., p. 86 ss.

Dubitativa la posizione di MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 593; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 347, nonché di SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 156, ove l'affermazione che « Il carattere generale, potenzialmente espansivo, della norma consente, in astratto, di applicarla alla condizione legale; ma per lo più vi osta il carattere cogente della norma, che subordina l'effetto del contratto all'avverarsi della condizione, senza poter ammettere equipollenti ».

Per PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su « edificio da costruire »*, cit.,

Nell'ambito della disciplina della condizione dettata dagli artt. 1353 ss. c.c. esistono numerose altre norme che sono certamente applicabili analogicamente alla *condicio iuris*. Ciò vale, innanzitutto, per le norme definite come « essenziali » e centrali nella definizione del fenomeno condizionale, come quella che pone i

---

p. 118, nota 244, non può ritenersi che la finzione di adempimento sia applicabile solo alle condizioni volontarie e non a quelle legali: per entrambe occorrerebbe analizzare il tipo di evento, il suo contenuto e la sua diversa natura, potendo darsi una « applicazione indiretta » della finzione con il risarcimento del danno.

Non tiene adeguato conto della prevalenza degli interessi esterni GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 65, secondo il quale l'applicabilità della finzione in oggetto alla condizione legale discende dal fatto che « il soggetto interessato può eccitare, anche con azione giudiziaria, l'attività della controparte, quando l'avveramento dell'evento condizionante (in forza di legge) presupponga l'esplicazione di quella attività ».

Sembra, in realtà, che buona parte dei dubbi avanzati siano sorti, in dottrina, con particolare riferimento alle fattispecie di negozi condizionati ad atti della pubblica amministrazione, soprattutto per la mancata distinzione tra vere e proprie ipotesi di *condiciones iuris* e fattispecie diverse in cui, viceversa, si era in presenza di una condizione volontaria, apposta dalle parti nell'esercizio della loro autonomia privata e per la tutela dei loro esclusivi interessi, in cui evento condizionante era un atto della P.A. (ad esempio, il rilascio di concessione edilizia): cfr., ad esempio, DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 11, nota 13. In questo senso, è frutto di un vero e proprio travisamento delle caratteristiche della fattispecie la nota di commento di AVONDOLA, *Condizione legale e applicabilità dell'art. 1359 c.c.*, in *Contratti*, 1998, p. 557 ss., a margine di Cass. 27 febbraio 1998 n. 2168, relativa ad una fattispecie di condizione volontaria unilaterale (con la quale le parti avevano pattiziamente subordinato l'efficacia del contratto al rilascio di una concessione edilizia). Per la corretta distinzione tra le due ipotesi, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 120-121.

Laddove, invece, si sia in presenza di una vera e propria *condicio iuris* consistente nel rilascio di un provvedimento della pubblica amministrazione, correttamente è stato ritenuto che la natura pubblica dell'interesse, le superiori esigenze della pubblica amministrazione e della relativa discrezionalità, la prevalenza dei principi del diritto pubblico comporti senz'altro l'inapplicabilità della finzione di avveramento: cfr. sul punto RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 776 ss. (ed ivi indicazioni di dottrina e giurisprudenza); COSTANZA, *op. e loc. ult. cit.*

Altro, e diverso problema, è quello della possibile identificazione di *condiciones iuris* previste da norme dispositive, e quindi derogabili ad opera delle parti: ove esistessero effettivamente tali ipotesi, potrebbe ritenersi che la condizione legale è prevista a tutela degli interessi delle stesse parti, e ne deriverebbe l'applicabilità della finzione ex art. 1359: sul punto cfr. GALGANO, *Mancata esecuzione del « transfert » ed esercizio dei diritti sociali nel trasferimento per girata delle*

requisiti della collocazione nel futuro e dell'incertezza, o quella che ammette il fenomeno della condizionalità parziale (art. 1353 c.c.).

Sono certamente applicabili, per identità di *ratio*, alla *condicio iuris* le norme che disciplinano la situazione di pendenza <sup>(256)</sup>: si considerino, ad esempio, la possibilità del titolare dell'aspettativa di compiere atti conservativi (art. 1356 c.c.) <sup>(257)</sup>, la norma che obbliga le parti ad agire secondo buona fede durante la pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) <sup>(258)</sup>, le norme che regolano la soprav-

---

*azioni nominative*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 419, nota 36; BIGIAVI, *Mancata esecuzione del « transfert » ed esercizio dei diritti sociali nel trasferimento per girata delle azioni nominative*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, II, p. 400 ss. (in nota a Cass. S.U. 27 giugno 1961 n. 1553).

Nel senso, tuttavia, che, ove la condizione sia prevista da una norma dispositiva, non si ha condizione legale in senso tecnico, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 146.

<sup>(256)</sup> Rileva CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 413, che « la situazione che si verifica durante la pendenza della *condicio iuris* è identica a quella che si verifica durante la pendenza della condizione sospensiva... dunque, in mancanza di norme esplicite, saranno da applicarsi le norme del codice in tema di condizione sospensiva volontaria, ed in particolare gli art. 1356, 1357, 1358, 1361, tutte le disposizioni cioè che riguardano i diritti e i doveri che incombono alle parti del negozio durante la pendenza della condizione ».

<sup>(257)</sup> VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo*, cit., p. 764; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 11.

<sup>(258)</sup> VIGORITA, *op. e loc. ult. cit.*; DE SEMO, *op. e loc. ult. cit.*; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 144 ss., e p. 153. Non sembra dubitabile l'applicabilità della regola di buona fede anche durante la pendenza della *condicio iuris*: ovviamente, alla violazione di tale dovere non potrà conseguire l'applicazione della finzione di avveramento, ma soltanto l'obbligo di risarcimento del danno ed eventualmente il potere di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento. In questo senso, relativamente alla *condicio iuris*, Cass. 10 luglio 1953 n. 2330, in *Foro it.*, Mass. 1953, 232; Cass. 14 luglio 1956 n. 2666, in *Foro it.*, 1957, I, c. 423; Cass. 16 novembre 1960 n. 3071, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 477 ss.; Cass. 9 gennaio 1961 n. 21, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 1026; Cass. 11 novembre 1967 n. 2718, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 438 ss.; Cass. 11 luglio 1968 n. 2444, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 456; Cass. 10 aprile 1970 n. 487, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 487 ss.; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1990, ed in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 1604; Cass. 5 febbraio 1982 n. 675, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 175, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 427 ss.; Trib. Napoli 10 maggio 1985, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 466 ss.; Cass. 10 marzo 1992 n. 2875, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 276; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 606.

Per l'inapplicabilità, invece, dell'art. 1358 c.c. alla *condicio iuris*, NIGRO,

venuta possibilità dell'oggetto nel negozio sospensivamente condizionato (art. 1347 c.c.) e la sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1465, ult. comma, c.c.) <sup>(259)</sup>, gli effetti del fallimento dell'alienante allorché la proprietà non si è ancora trasferita all'acquirente (art. 72 l. fall.) <sup>(260)</sup>, la disciplina della prescrizione dell'aspettativa <sup>(261)</sup>, la previsione della non debenza della provvigione al mediatore fino a quando non si avvera la condizione (art. 1755, 1° comma, c.c.).

Si applicano anche, senza dubbio, le norme tratte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, mediante interpretazione, dal sistema del codice, e riguardanti le definizioni di condizione sospensiva e risolutiva, la distinzione (che ormai è di matrice dottrinale, non essendo stata riprodotta nel vigente codice la norma già contenuta

---

*L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, cit., c. 460.

<sup>(259)</sup> Non sembra condivisibile l'opinione di TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 131 ss., che esclude l'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 1465, ult. comma, alla condizione legale, sul rilievo che tale disciplina sarebbe adottata « in funzione precipua della programmatica incertezza dell'evento condizionale », in quanto « rappresentazione » dell'evento stesso in termini di incertezza: non si vede, infatti, in cosa la rappresentazione dell'incertezza di un evento legalmente condizionante possa distinguersi rispetto all'ipotesi tipica della condizione volontaria.

<sup>(260)</sup> La norma da ultimo citata non è in realtà dettata dalla legge fallimentare con espresso riferimento alla condizione volontaria, riferendosi a qualsiasi ipotesi di pendenza, e quindi è applicabile direttamente, e non analogicamente, al negozio sottoposto a *condicio iuris*, o ad un coelemento necessario di efficacia. Sulla disciplina dell'art. 72, comma 4°, l. fall. con riferimento al negozio condizionato, cfr. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 134 ss.; Trib. Torino 19 marzo 1990, in *Fallimento*, 1991, p. 64, con nota di VACCHIANO, *Acquisizione alla massa di immobile oggetto di compravendita sospensivamente condizionata in caso di fallimento del venditore*; Cass. 14 maggio 1996 n. 4483, in *Fallimento*, 1996, p. 1201.

<sup>(261)</sup> Sul problema della prescrivibilità dell'aspettativa condizionale, e sul correlativo problema della idoneità del titolo condizionato ai fini dell'usucapione decennale, NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 455, nota 2; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1108; PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su « edificio da costruire »*, cit., p. 155 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1975, p. 185 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 79 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 242; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 514; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 300 ss.; Cons. Stato 23 marzo 1982 n. 129, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Antichità*, n. 32.

nell'art. 1159 c.c. 1865 <sup>(262)</sup>) tra condizioni casuali, potestative e miste, la distinzione tra condizioni positive e negative, la disciplina del termine entro cui la condizione deve avverarsi.

Con riferimento ad altri profili di disciplina — e segnatamente per ciò che concerne l'irrevocabilità o impegnatività <sup>(263)</sup>, l'aspettativa condizionale ed in genere gli effetti preliminari, il profilo della retroattività <sup>(264)</sup> e la disciplina degli atti di amministrazione

<sup>(262)</sup> La natura dottrinale della distinzione tra condizioni casuali, potestative e miste è indicata nella Relazione al codice civile, n. 618, come motivo della mancata riproduzione della norma già contenuta nell'art. 1159 del codice civile abrogato. Rileva FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 7, che « l'abbandono della tradizionale tripartizione è conseguenza della sua infecondità: la condizione potestativa e la condizione mista vengono in considerazione unicamente in quanto non integrano l'unica ipotesi giuridicamente rilevante, della condizione meramente potestativa ». In materia di condizioni testamentarie, l'art. 645 c.c. fa riferimento, invece, alla condizione potestativa senza distinzioni.

Per la nozione di condizione mista, cfr. Cass. 12 marzo 1964 n. 533, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 949.

<sup>(263)</sup> Per l'irrevocabilità del negozio sottoposto a *condicio iuris*, cfr. già BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 79 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 118, nota 75. In giurisprudenza, Cass. 22 aprile 1974 n. 1150, in *Giust. civ.*, Rep. 1974, voce *Pubblica Amministrazione*, n. 32, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 421 ss.; Cass. 6 dicembre 1977 n. 5276, in *Giust. civ.*, Rep. 1977, voce *Imposta di registro*, n. 39.

Rileva peraltro FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 214, nota 216, che l'irrevocabilità del negozio sottoposto a condizione (legale o volontaria) dipende dall'irrevocabilità della situazione finale, che non sempre sussiste, non essendo una costante né dei negozi unilaterali, né dei negozi bilaterali (si pensi alle eccezioni previste, ad esempio, nel diritto amministrativo).

<sup>(264)</sup> Sul problema della retroattività della *condicio iuris*, per l'applicazione analogica delle norme dettate in tema di condizione volontaria, salva la necessità di un'analisi caso per caso che tenga conto della « natura del rapporto », cfr. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 14-15; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 83 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 122-123; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 9; VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo*, cit., p. 764; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 62-63; CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 414; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 11; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 153 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 257; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 534, che richiama l'opinione affermativa di OERTMANN, *Die Rechtsbedingung (condicio iuris)*, Leipzig, 1924, p. 111; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 142; TATARANO, « *Incertezza* », *autono-*

(art. 1361) e di disposizione in pendenza della condizione (*ex art. 1357 c.c.*) — l'analisi circa la ricorrenza della *eadem ratio* ai fini dell'applicazione analogica necessita di maggior attenzione.

Per meglio comprendere, in particolare, i limiti di applicabilità della *retroattività* alla condizione legale, occorre rilevare che essa, secondo un'autorevole opinione, inerisce « alla *ratio* della dichiarazione condizionale », e più precisamente è fatta dipendere dalla ignoranza del futuro nel momento in cui si stipula il negozio: rimossa tale ignoranza, « l'effetto si produce con riferimento al momento in cui si sarebbe prodotto se non vi fosse stata l'ignoranza » <sup>(265)</sup>. La retroattività opera, quindi, mediante la previsione di effetti attuali che producono una situazione il più possibile simile a

---

*mia privata e modello condizionale*, cit., p. 128 ss.; ID., *Retroattività*, cit., p. 89. Ritiene in generale applicabile la retroattività, GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 118, nota 75.

In giurisprudenza, per la retroattività della *condicio iuris*, Cass. 2 luglio 1937 n. 2261, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1532; Cass. 14 dicembre 1945 n. 824, in *Foro it.*, 1944-1946, I, c. 289; Cass. 20 ottobre 1959, in *Giust. civ.*, Rep. 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 107; Cass. 21 ottobre 1965 n. 2171, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 442 ss.; Cass. 4 dicembre 1975 n. 4010, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 451 ss. (relativamente ai contratti di enti pubblici sottoposti a controllo dell'autorità tutoria).

Nel senso che, al di fuori delle applicazioni espressamente previste della regola di retroattività, non ne sia possibile l'applicazione analogica, vista la sua natura eccezionale, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 113, nota 1; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 775; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 194-195; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 333. Per una approfondita, convincente contestazione della pretesa eccezionalità dell'efficacia retroattiva, v. però LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 103 ss., ed anche GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 83 ss.

Escludono senz'altro la retroattività, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 593 (che parte dal presupposto che prima dell'avveramento della *condicio iuris* il negozio non sia perfezionato); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 522; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 197. In giurisprudenza, Cass. 4 marzo 1977 n. 883, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 434.

Sulla retroattività in genere, cfr. anche la Relazione al codice civile, n. 621.

<sup>(265)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 9, che richiama a tal proposito l'opinione di Leibniz; BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1106 (« La retroattività è un fatto per sé congeniale alla struttura del negozio condizionato, che non esprime, come erroneamente è stato inteso dietro ispirazione dello stesso Windscheid, un "voglio se e quando", ma un voglio (fin d'ora) se »).

quella che si sarebbe realizzata se il contratto avesse avuto efficacia immediata (condizione sospensiva) o non fosse mai stato concluso (condizione risolutiva) <sup>(266)</sup>. Aggiungiamo che — dovendosi ritenere la retroattività operante con particolar riferimento al profilo della titolarità del diritto oggetto del negozio condizionato <sup>(267)</sup> — l'esclusione dell'operatività di essa introdurrebbe nella programmazione negoziale un ulteriore elemento di aleatorietà, dovuto proprio all'ignoranza del futuro: si pensi all'ipotesi in cui l'acquirente non sia coniugato al momento della formazione del negozio, e sia invece coniugato in regime di comunione legale al momento dell'avveramento della condizione <sup>(268)</sup>. Ciò non significa che la retroattività sia un principio logico indefettibile nell'economia del negozio condizionato: ciò è dimostrato sia dal fatto che altre legislazioni lo ignorano <sup>(269)</sup>, sia dalla sua stessa derogabilità anche

---

<sup>(266)</sup> BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 37 ss.; FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 9-10.

BARBERO, *op. ult. cit.*, p. 35, e voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1106, contesta che la retroattività sia una finzione: « Certo è che, dal punto di vista naturale, *factum infectum fieri nequit*; ma ciò non impedisce che dal punto di vista giuridico possa essere «comandato» che il *factum* sia trattato come *infectum* ». Dubbi sul ricorso al concetto di finzione anche in RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 799-800. In senso negativo, PUGLIATTI, *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 672, il quale ribadisce, a livello più generale (p. 659) che « la scienza giuridica non ha per oggetto la realtà nella sua concretezza... invece, nel discorso della scienza giuridica, il dato reale o fenomeno entra come concetto ».

<sup>(267)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 531, secondo il quale la regola di retroattività sta principalmente a significare che « gli effetti connessi alla titolarità del diritto decorrono dal momento della stipulazione del contratto. Così, ad es., una pretesa risarcitoria verso terzi per danni alla cosa spetta a chi ne risulta proprietario con effetto retroattivo ».

<sup>(268)</sup> Sulla problematica degli acquisti in comunione legale - *ex art. 177, lett. a)*, c.c. - nei negozi ad effetti reali differiti, cfr. soprattutto LEMMI, *Comunione legale e vendita obbligatoria (sul concetto di acquisti ex art. 177, lett. a, c.c.)*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 428; BRONZINI, *Comunione dei beni tra coniugi. Esclusione dell'effetto retroattivo*, in *Arch. civ.*, 1989, p. 1204 ss.; REGINE, *Acquisto effettuato da uno dei coniugi con riserva di proprietà e decorrenza degli effetti della separazione personale come causa di scioglimento della comunione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 653 ss.; TRINCHILLO, *Regime di comunione legale e acquisti di beni*, in *Notariato*, 1999, p. 73 ss.

<sup>(269)</sup> Il principio di retroattività è accolto, oltre che dal nostro codice civile, da quello francese (art. 1179, già ripreso dall'art. 1170 del codice italiano del 1865); si evidenzia peraltro che, in quell'ordinamento, « *cet effet rétroactif n'est pas de l'essence de la condition... peut lui-meme etre réduit ou meme anéanti par la loi*,



negli ordinamenti, come il nostro, che lo ammettono <sup>(270)</sup>. Più in generale, è stato detto che la *ratio* che sta alla base del principio di retroattività è capace di coesistere con altre *rationes*, la cui interferenza può determinarne la non operatività <sup>(271)</sup>. Nel contempo va respinto il tentativo radicale di contestare in radice la portata

---

la *décision du juge* ou la *volonté des parties* » (DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 19).

La retroattività è esclusa invece dal codice svizzero delle obbligazioni (art. 151, 2° comma, e 154, 2° comma) e dal BGB tedesco (paragrafo 159), che ha accolto sul punto la tesi di WINDSCHEID (*Diritto delle pandette*, I, cit., p. 304 ss.).

<sup>(270)</sup> Sulla derogabilità della retroattività condizionale, cfr. in particolare NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 478 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 318 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, p. 796 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 125 ss.

Già in BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 83, nel vigore del codice civile del 1865, l'affermazione che « la retroattività non è essenziale al concetto di condizione ». Nello stesso senso è oggi la dottrina assolutamente prevalente: cfr. tra gli altri SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 296 ss., 314 ss. (che rileva come, nelle più risalenti elaborazioni, la retroattività veniva invece considerata logicamente indefettibile nei negozi ad effetti differiti, per la difficoltà di concepire, nell'ambito delle teorie volutaristiche, un negozio temporaneamente improduttivo di effetti: « la genesi della retroattività deve riporsi in un'idea che già si è rilevato essere lontana dalla realtà giuridica: quella che il negozio sia la fattispecie degli effetti finali e debba produrli dunque immediatamente »); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 543; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 190; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di cosa futura*, cit., p. 140-141 (ed ivi, nota 31, ulteriori riferimenti dottrinali). In senso contrario, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 203 (ove l'affermazione che la retroattività è « connaturata alla condizione », e che tale principio non è toccato dalla possibilità che « taluni effetti » del negozio condizionato siano riportati per volontà delle parti ad un momento diverso).

Sul problema della derogabilità della retroattività della *condizione testamentaria*, cfr., in senso negativo, la Relazione al Progetto definitivo del codice civile (n. 147), sulla base, essenzialmente, del rilievo che il testatore non potrebbe « alterare le linee essenziali dell'istituto della condizione »; occorre, inoltre, rilevare che l'art. 646 non prevede, a differenza dell'art. 1360 (e dell'art. 218 del progetto preliminare) la deroga ad opera del testatore, e che ciò potrebbe giustificarsi sulla base del principio *semel heres semper heres*, ed anche alla luce del divieto di sostituzione fedecommissaria. Per l'inderogabilità parrebbe, in dottrina, CICU, *Testamento*, cit., p. 202. Per la derogabilità, invece, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, cit., p. 217 ss.; LUMINOSO, *Clausola testamentaria « si sine liberis decesserit »*, *condizione e termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 29 ss., 33 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, cit., p. 224-225.

<sup>(271)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 9.

normativa della regola di retroattività, che, essendo sancita espressamente dalla legge, non può essere fatta oggetto di *interpretatio abrogans*, per quanto numerose siano le eccezioni a tale principio <sup>(272)</sup>.

Assodata la vigenza del principio di retroattività, deve affermarsi quindi, alla luce di quanto detto, la sua non eccezionalità <sup>(273)</sup>, tenuto anche conto — data la distinzione tra retroattività in senso tecnico e disciplina degli atti di disposizione dell'aspettativa condizionale, *ex art. 1357 c.c.* — del fatto che la stessa retroattività opera essenzialmente tra le parti del negozio, pur potendo esplicitare efficacia riflessa nei confronti dei terzi <sup>(274)</sup>. In altri termini, poiché — in base al principio di relatività — gli effetti del negozio si producono solo tra le parti (art. 1372 c.c.), e quindi la retrodatazione degli stessi non può che operare con gli stessi limiti, e poiché la retroattività risponde ad un'esigenza logica ed equitativa (regolare l'assetto d'interessi negoziale sulla base della situazione esistente al momento in cui l'atto è stato compiuto), non vi è alcun motivo per affermare l'eccezionalità di tale principio.

La questione della retroattività della *condicio iuris* va quindi risolta, caso per caso, verificando che il piano di interessi esterno di cui la condizione legale è espressione tolleri detta retroattività; trattandosi di interessi non appartenenti alla sfera giuridica delle parti del negozio, si giustifica la maggior cautela con la quale questa indagine deve essere effettuata rispetto alla condizione volontaria, con riferimento alla quale la retroattività può trovare un ostacolo di carattere oggettivo solo per la « natura del rapporto » <sup>(275)</sup>, senza

---

<sup>(272)</sup> Il tentativo di cui al testo è quello di PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., che proprio dal numero e dall'importanza delle eccezioni normative al principio di retroattività vorrebbe far derivare la natura essenzialmente « dogmatica » e non normativa del principio, e quindi la sua sostanziale irrilevanza positiva. La dottrina assolutamente prevalente continua peraltro a sostenere la vigenza di tale principio.

<sup>(273)</sup> Per un'approfondita contestazione della pretesa eccezionalità dell'efficacia retroattiva, cfr. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 103 ss.

<sup>(274)</sup> Per l'osservazione che « il vero significato della retroattività dell'effetto giuridico deve essere colto nei rapporti *inter partes*, non già rispetto ai terzi », LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 147 ss.; ID., *La vendita con riscatto*, cit., p. 33, nota 79.

<sup>(275)</sup> Con riferimento alla condizione volontaria, sono state indicate una serie di ipotesi di esclusione della retroattività per la « natura del rapporto »: le

potersi peraltro escludere in via generalizzata un margine di autonomia delle parti del negozio <sup>(276)</sup>.

Così, ad esempio, è necessariamente retroattivo il rifiuto c.d. eliminativo (previsto dalla legge a favore del legatario, o nei negozi a favore di terzo) <sup>(277)</sup>; non vi sarà neanche ostacolo per l'applicazione della regola di retroattività al negozio di alienazione di immobile in zona di confine, legalmente condizionato all'approvazione prefettizia <sup>(278)</sup>, né all'ipotesi di contratto di ente pubblico subordinato all'approvazione tutoria <sup>(279)</sup>, o nell'ipotesi di compravendita di azienda farmaceutica, legalmente condizionata all'approvazione da parte del medico provinciale <sup>(280)</sup>, o ancora al negozio

---

disposizioni testamentarie, in cui la condizione retroagisce non oltre il momento di apertura della successione; la donazione obnuziale; i diritti di provvigione del mediatore: COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 129.

Secondo TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 113, in tutte le situazioni di tipo obbligatorio la retroattività è esclusa proprio dalla natura del rapporto, poiché « l'incidenza selettiva del meccanismo condizionale è destinata a esercitarsi sul piano della esecuzione ». Per la critica a tale concezione, cfr. *supra*, paragrafo 42.

<sup>(276)</sup> La dottrina riconosce che le parti possono pattuire una piena retroattività dell'avveramento della condizione anche con riferimento a quei particolari effetti — come il regime dei frutti e delle obbligazioni a prestazione periodica o continuata — per cui tale principio è di regola derogato dal codice: FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 10. In senso contrario, sembra, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 134, secondo la quale « i limiti posti dal codice alla retroattività degli effetti della condizione sono inderogabili », in base ai « principi degli equilibri sinallagmatici » (ma non sembra che tale motivazione abbia un fondamento positivo).

Sul punto cfr. anche, in giurisprudenza, Cass. 21 gennaio 1957 n. 131, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, c. 980.

<sup>(277)</sup> Per la necessaria retroattività del rifiuto eliminativo, MOSCARINI, *In negozi a favore di terzo*, cit., p. 155 ss.; ID., *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 73 ss.

<sup>(278)</sup> TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 129; ID., *Retroattività*, cit., p. 89, nota 58; Cass. 30 gennaio 1951 n. 253, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, p. 340, con nota adesiva di CARRESI, *Efficacia giuridica dell'autorizzazione prefettizia richiesta per gli atti di alienazione di immobili siti nelle provincie di confine*.

<sup>(279)</sup> Cass. 22 aprile 1974 n. 1150, in *Mass. Giust. civ.*, 1974; Cass. 4 dicembre 1975 n. 4010, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 451 ss.; Cass. 1 febbraio 1985 n. 651, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1667.

<sup>(280)</sup> Per la retroattività della *condicio iuris* nell'ipotesi indicata, Cass. 30 maggio 1995 n. 6050, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Vendita*, n. 27.

sottoposto ad omologazione <sup>(281)</sup>. Viceversa, non può esservi retroattività nell'ipotesi di convenzione matrimoniale stipulata anteriormente al matrimonio, i cui effetti sono legalmente condizionati alla celebrazione del matrimonio stesso <sup>(282)</sup>, né nell'ipotesi di negozio traslativo legalmente condizionato al riconoscimento governativo dell'ente acquirente <sup>(283)</sup>.

Non può quindi essere condivisa quella giurisprudenza che esclude la retroattività nell'ipotesi dell'acquisto a seguito di riscatto agrario, legalmente condizionato al pagamento del prezzo <sup>(284)</sup>, sulla base della presunta eccezionalità della retroattività condizionale, e senza che ricorrano, in concreto, specifici motivi di incompatibilità.

Considerate, poi, le distinzioni tra retroattività reale ed obbligatoria da un lato <sup>(285)</sup>, retroattività relativa ed assoluta dall'al-

<sup>(281)</sup> COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 425.

<sup>(282)</sup> Su questa fattispecie, cfr. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 15-16; DUSI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Torino 1930, p. 158; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 522; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 320; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 129; Trib. Padova 18 novembre 1975, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Famiglia*, nn. 64, 65 e 68; Trib. Prato 19 maggio 1976, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Famiglia*, n. 59; Trib. Torino 14 aprile 1976, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Famiglia*, n. 63; Trib. Rieti 23 aprile 1976, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Famiglia*, n. 60; Trib. Padova 16 aprile 1976, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Famiglia*, n. 62.

<sup>(283)</sup> TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 129; ID., *Retroattività*, cit., p. 89, nota 58.

<sup>(284)</sup> Cass. 10 giugno 1988 n. 3950, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1964.

<sup>(285)</sup> Per la distinzione tra retroattività reale ed obbligatoria, cfr. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 39 (secondo il quale si ha retroattività obbligatoria, « che non è vera retroattività », quando la legge non prevede effetti automatici, bensì la costituzione di un rapporto obbligatorio, che tende « ad eliminare il significato economico di quanto si è avverato e si mantiene formalmente intatto »); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 544 ss.; TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 83 (« mentre la retroattività obbligatoria genera solo degli obblighi in tal senso a carico delle parti, la retroattività reale fa sorgere « automaticamente » tale situazione »); MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 255; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 20 (« entrambe le forme di retroattività sono dirette a far sorgere per il futuro una situazione giuridica il più possibile simile a quella che sussisterebbe, se gli effetti giuridici dell'avveramento della condizione si fossero già verificati fin dal tempo della conclusione del contratto. La differenza sta semplicemente in ciò, che la retroattività « reale » fa sorgere automaticamente tale situazione, quella « obbli-

tro <sup>(286)</sup>, nonché la necessaria distinzione concettuale e di diritto positivo tra il profilo della retroattività e la disciplina degli atti di disposizione posti in essere durante la fase di pendenza <sup>(287)</sup>, non è

---

gatoria » soltanto attraverso degli obblighi imposti alle parti »); LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 150 ss.

Secondo FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 10, il risultato empirico proprio della retroattività, consistente nella « costituzione o ricostituzione della situazione giuridica in modo il più possibile simile a come si sarebbe atteggiata se si fosse prodotta sin dal momento della dichiarazione o se la dichiarazione non avesse spiegato i suoi effetti », viene conseguito generalmente mediante effetti giuridici automatici e con operatività quindi di tipo reale, ma « tali soluzioni debbono essere integrate da soluzioni obbligatorie quando lo impone il comportamento delle parti nello stato di pendenza (art. 1358 c.c.) o il modo con il quale esse hanno regolato la efficacia retroattiva della condizione (per es., quando hanno convenuto la efficacia retroattiva anche per la condizione risolutiva apposta a un contratto ad esecuzione periodica o continuata) ».

Il codice civile spagnolo, all'art. 1120, disciplina diversamente la retroattività con riferimento alle obbligazioni di dare, di fare o di non fare; il B.G.B. tedesco, al par. 159, attribuisce solo un effetto obbligatorio all'accordo delle parti di far retroagire la condizione: cfr. sul punto GANDOLFI, *La « condizione » nel progetto pavese di un « codice europeo dei contratti »*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 289, nota 16.

<sup>(286)</sup> Per retroattività assoluta, in contrapposizione a retroattività relativa, si intende l'effetto retroattivo operativo anche nei confronti dei terzi, se ed in quanto la situazione di pendenza venga ad essi resa opponibile con mezzi idonei: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 544 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 203; TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 83-84; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 21, e p. 141, nota 96; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 150 ss.

Secondo MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 292, e p. 318, « la retroattività, strettamente intesa, della condizione è fenomeno che riguarda unicamente le parti — sebbene sia attinente al vincolo stesso negoziale, e non solo ai rapporti su cui viene ad incidere il negozio. L'effetto reale della condizione è dunque fenomeno ulteriore, ottenuto nel nostro sistema tramite la sopra menzionata disposizione dell'art. 1357 ».

<sup>(287)</sup> Sulla distinzione tra l'ambito di operatività della retroattività rispetto a quello disciplinato dall'art. 1357 c.c., cfr. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 431-432, e p. 478 (che esattamente evidenzia l'operatività dell'art. 1357 c.c. anche in caso di deroga convenzionale alla retroattività); BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 186 ss., e nota 15; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 118 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III — Il contratto*, cit., p. 524; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 324 ss.; SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 145; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 371 ss.

I due profili sono confusi da TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 87, il quale riconnette alla retroattività in senso tecnico le conseguenze derivanti — in punto

escluso che, in particolari figure di negozi legalmente condizionati, la retroattività possa operare solo per alcuni effetti <sup>(288)</sup>, o limitatamente alla sfera giuridica delle parti ed in modo obbligatorio.

Quanto al problema dell'estensibilità alla condizione legale della *disciplina degli atti di disposizione pendente condizione*, ex art. 1357 c.c., la soluzione positiva presuppone la ricorrenza della *eadem ratio*, essenziale ai fini dell'applicazione analogica. Attenta dottrina ha dimostrato, con argomenti convincenti, che gli interessi tutelati dalla suddetta norma sono, da un lato, quello dell'alienante a disporre in pendenza della condizione; dal lato dell'acquirente, sia quello a non vedersi pregiudicato da atti di disposizione dell'alienante durante la pendenza, sia quello di disporre a sua volta dell'aspettativa condizionale; il tutto nell'ambito del generale principio della libertà e sicurezza della circolazione dei diritti e delle situazioni soggettive, e della massimizzazione della relativa utilità

---

di titolarità del diritto negoziato *sub condicione* — in caso di avveramento della condizione risolutiva. Tale avveramento, come è noto, comporta il ripristino (*ex tunc*, ma non necessariamente) della posizione dell'alienante, che quindi *non è avente causa dall'acquirente*, e « non riacquista il diritto come successore dell'acquirente, ma invece *continua* nella titolarità di cui godeva prima che venisse concluso l'atto, con una posizione identica a quella precedentemente posseduta, poiché sono dichiarati inefficaci assolutamente tutti quegli atti compiuti *medio tempore* dall'acquirente, che comunque possano pregiudicare la continuazione della titolarità » (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 238). Senonché, tali conseguenze rimangono identiche anche in caso di deroga alla retroattività, e discendono non dall'art. 1360 (come sembra ritenere Tatarano), bensì dall'art. 1357 c.c.

Confondono il profilo della retroattività con la disciplina dell'art. 1357 c.c. anche SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 314 ss., e p. 341; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 203; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 188 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 255 (il quale però sostiene anche, alla nota 27, che l'effetto « reale » della condizione si produce anche in caso di deroga convenzionale alla retroattività); CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 796; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 122 ss.

<sup>(288)</sup> Sulla possibile operatività della retroattività anche rispetto ai singoli effetti finali, o con esclusione di alcuni particolari effetti finali, « la cui cancellazione appaia meno conveniente, meno opportuna, meno utile », BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1106; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 292.

La possibile limitazione della retroattività ad alcuni effetti soltanto rende altresì ammissibile la possibile deroga pattizia parziale, ex art. 1360 c.c.: le parti possono cioè disciplinare gli effetti contrattuali prevedendone la decorrenza in parte retroattiva, ed in parte non retroattiva.

economica <sup>(289)</sup>. Respinta ormai dalla prevalente dottrina la tesi dell'eccezionalità dell'art. 1357 c.c., anche in conseguenza della riconosciuta autonomia della relativa disciplina da quella della retroattività della condizione <sup>(290)</sup>, sembra evidente che gli interessi tipicamente tutelati dal suddetto art. 1357 ricorrono anche nell'ipotesi della *condicio iuris* <sup>(291)</sup>. L'opinione più cauta <sup>(292)</sup>, formulata in

---

<sup>(289)</sup> BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 194 ss. Anche PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 251, ravvisa la *ratio* dell'art. 1357 c.c. — che ne giustifica l'estensibilità per analogia — « nella esigenza di consentire la massima utilizzazione economica, e quindi anche di ammettere la libera circolabilità, di codeste situazioni giuridiche patrimoniali, ma assicurando, nel contempo, a tutela della controparte, che ciascuna di esse possa essere trasferita solo nei limiti del suo effettivo contenuto ».

<sup>(290)</sup> Ritiene l'art. 1357 norma di natura eccezionale, parallelamente all'affermata eccezionalità del complessivo meccanismo condizionale, MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 321, e p. 333 (ove, solo in parte consequenzialmente, l'affermazione che l'applicazione analogica dell'art. 1357 ai negozi legalmente condizionati è ammissibile « solo quando sia espressamente stabilito, ovvero risulti necessario alla struttura giuridica dell'istituto, in quanto funzionalmente coerente con la tutela degli interessi sottostanti alla subordinazione dell'effetto negoziale »). Per una decisa e convincente confutazione di questa tesi, cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 374 ss. (che contesta il richiamo al principio di relatività degli effetti del contratto *ex art.* 1372 c.c., ritenendo piuttosto che l'art. 1357 c.c. si fondi su « una peculiare conformazione della vicenda traslativa discendente dal negozio condizionato », in quanto « norma volta a risolvere il conflitto di interessi tra il titolare dell'aspettativa... e il titolare del diritto risolubile... inserendo, tra le posizioni giuridiche rilevanti, l'aspettativa »). In senso decisamente contrario alla tesi dell'eccezionalità dell'art. 1357 c.c., con ampie argomentazioni, cfr. anche BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 181 ss., nonché la dottrina ivi indicata a p. 189, nota 24, e la giurisprudenza citata a p. 193, nota 37; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 251, nota 121.

Per l'eccezionalità dell'art. 1357 c.c., sia pure con riferimento al generale profilo della retroattività reale, e senza specifiche argomentazioni, è la dottrina che ritiene eccezionale la retroattività stessa: cfr., ad esempio, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 15; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 197-198; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 190.

<sup>(291)</sup> Per l'estensibilità dell'art. 1357 alla *condicio iuris*, cfr. VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo*, cit., p. 764; DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, cit., p. 11; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 347; PELOSI, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 468 (che ritiene senz'altro ammissibile l'estensione analogica dell'art. 1357).

relazione ad un concetto più eterogeneo di condizione legale, non trova quindi alcuna giustificazione nell'effettiva sostanza degli interessi coinvolti: il fatto che la condizione legale tuteli un interesse esterno incompatibile e puziore rende solo indefettibile l'avverarsi dell'evento perché il negozio produca gli effetti finali, ma non richiede altresì una particolare conformazione della situazione di pendenza, né il sacrificio degli interessi delle parti durante tale fase.

Ciò comporta anche — in linea di massima e salve diverse specifiche disposizioni — l'estensione alla condizione legale della disciplina degli atti di amministrazione <sup>(293)</sup>, compiuti durante la pendenza dalla parte a cui spetta l'esercizio del diritto (artt. 1361, 1606 c.c.): atti che saranno opponibili alla controparte del negozio legalmente condizionato, ricorrendo la stessa esigenza — quella di non paralizzare l'amministrazione del bene durante la fase di pendenza — che giustifica la disposizione nell'ambito della condizione volontaria.

#### 45. G) *Condizione e fonti di qualificazione oggettiva o soggettiva dell'effetto giuridico.*

Nell'ambito dei coelementi di efficacia del negozio giuridico, un ruolo particolare spetta a quegli eventi il cui ruolo consiste nel

---

Per CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 414, l'art. 1357 « dovrà applicarsi ogni qual volta la legge non disponga in contrario, o dai principi generali non discenda una diversa applicazione al caso specifico... in tema di successione, se il chiamato aliena beni ereditari senza aver accettato, l'acquirente non vedrà il suo diritto sottoposto alla *condicio iuris* dell'accettazione dell'eredità da parte dell'originario chiamato, ché anzi l'atto di disposizione in parola, a norma dell'art. 476 sarà da interpretare come accettazione tacita ».

*Contra*, TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 132 (secondo il quale non sarebbe qui ricostruibile un interesse dell'alienante a conservare il potere di disposizione del bene, poiché nell'ipotesi della condizione legale il programma contrattuale sarebbe orientato, unidirezionalmente, alla acquisizione dell'elemento mancante).

Sulla pubblicità della *condicio iuris*, cfr. *infra*, nota 173 del capitolo VI.

<sup>(292)</sup> BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 222, sottolinea l'esigenza di verificare la congruità dell'assetto di interessi — nelle singole ipotesi di pendenza di condizioni legali — con la previsione dell'art. 1357 c.c.

<sup>(293)</sup> Cfr., sulla disciplina degli atti di amministrazione in pendenza della condizione, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 35 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 136 ss.



consentire l'assunzione nell'ambito della fattispecie negoziale di un termine di riferimento esterno, rappresentato dall'*oggetto* o dal *soggetto* del rapporto giuridico. Tali eventi, spesso inquadrati nell'ambito delle *condiciones iuris*, sono stati, più opportunamente, definiti come *coelementi necessari di efficacia*, ovvero *fonti di qualificazione oggettiva o soggettiva dell'effetto giuridico* <sup>(294)</sup>: categoria che, per un verso, meglio puntualizza i risultati cui è giunta l'opinione dominante, ferma nel distinguere elementi costitutivi e requisiti di efficacia del negozio <sup>(295)</sup>; per altro verso, si pone in contrasto con il punto di vista che cataloga questi eventi nell'unica categoria della *condicio iuris* <sup>(296)</sup>, nuocendo peraltro alla stessa

---

<sup>(294)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 255 ss., e p. 299 ss. L'Autore precisa, peraltro (a p. 20) che le fonti di qualificazione sono normalmente date dalle cause principali, mentre le concause di massima rimangono estranee alla struttura concettuale dell'effetto: solo ove la causa principale non si riveli fonte di qualificazione sufficiente, occorre far ricorso alle concause in esame.

Hanno aderito, più o meno esplicitamente, alla costruzione di Falzea, GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 111 ss., 125; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 194 ss., 199 ss.; PIAZZA, *L'identificazione del soggetto del negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 151 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 333 ss.; nonché — sembra — SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 5.

<sup>(295)</sup> Sulla perfezione del negozio per *relationem*, cfr. GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 84 ss. Rileva IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 196, che dall'art. 628 c.c. si desume che « nullo è il negozio, che non fissa alcun congegno determinativo; valido è il negozio, che contiene una « indicazione », cioè il rinvio ad una fonte determinativa estrinseca », affermando quindi che « le fonti determinative rientrano in una categoria dogmatica autonoma ».

<sup>(296)</sup> La dottrina tradizionale e la giurisprudenza, generalmente, non distinguono *condiciones iuris* e coelementi necessari di efficacia, accomunando entrambi nella prima categoria: cfr., tra gli altri, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 727; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 592, e III, cit., p. 55-56; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, cit., p. 260; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 522, 588; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 152 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 143; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 773 ss., il quale ultimo, tracciando a proposito delle *condiciones iuris* una tripartizione che ha avuto molta fortuna in dottrina, accomuna in essa sia eventi richiesti dalla legge a tutela di interessi esterni incompatibili, sia eventi relativi al soggetto od all'oggetto del rapporto; giungendo quindi, a fronte dell'inevitabile eterogeneità delle fattispecie, a negare l'utilità di un concetto generale di *condicio iuris*.

validità scientifica di questa categoria con una sua indebita estensione <sup>(297)</sup>. Sotto entrambi i profili, la teoria dei coelementi necessari di efficacia è stata fatta oggetto di critiche non decisive <sup>(298)</sup>. In realtà, la ragione della loro autonoma considerazione è evidente sotto diversi punti di vista.

Innanzitutto, è stato correttamente posto in evidenza che, mentre l'assunzione di un evento nell'ambito di una *condicio iuris* è sempre, in qualche misura, rimessa all'arbitrio del legislatore, viceversa il ruolo degli eventi in oggetto è necessario alla stessa *natura delle cose*, ed in particolare alla *struttura dell'effetto*, non essendo concepibile un effetto giuridico privo di un soggetto cui essere imputato, o di un oggetto <sup>(299)</sup>.

---

<sup>(297)</sup> Rileva FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 118, che « i maggiori ostacoli, per una esatta definizione della *condicio iuris*, sono derivati proprio dal fatto che la dottrina ha costantemente inquadrato nel concetto di condizione legale anche i coelementi necessari ».

<sup>(298)</sup> Per la critica alla teoria dei coelementi necessari di efficacia, cfr. OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 76, nota 32, e p. 81 ss., il quale ritiene — in contrasto peraltro con l'opinione dominante — l'esistenza del soggetto elemento essenziale non solo del rapporto, ma anche del negozio. L'Autore critica inoltre la terminologia di « fonti di qualificazione » dell'effetto, poiché in taluni casi — come la ratifica e la nascita dell'istituto — non vi sarebbe funzione qualificativa essendo il soggetto già determinato nel negozio: peraltro qui « qualificazione » vale a significare, più propriamente, assunzione del soggetto nell'ambito della fattispecie. Sotto altro profilo, l'Autore critica l'assimilazione del soggetto futuro e del soggetto indeterminato nell'unica categoria delle fonti di imputazione, senza peraltro fornire spiegazioni né chiarire l'eventuale differenza di disciplina tra le due ipotesi. Egli, infine, contesta che l'evento morte sia fonte di imputazione nella fattispecie successoria, attribuendo tale funzione all'accettazione di eredità. Cfr. anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 641, nota 6, e p. 644, nota 14 (« tali coelementi necessari pare siano concausa di efficacia. E allora, sono requisiti legali di efficacia! »); SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 336, nota 74 (« i c.d. coelementi necessari non sono... che elementi della fattispecie i quali debbono essere dunque, secondo i risultati della dottrina in materia, o elementi essenziali... o di nuovo, requisiti legali di efficacia »); PERLINGIERI, *Ingozi su beni futuri, I - La compravendita di cosa futura*, cit., p. 112 (« ammesso il carattere necessario della *condicio iuris*, la figura della fonte di qualificazione oggettiva del rapporto non ha più ragion d'essere »).

Osserva SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 334, nota 99, che alla costruzione dei coelementi necessari di Falzea, « non sempre esattamente intesa », sono state rivolte « critiche più formali che sostanziali ».

<sup>(299)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 155 ss., e p. 254 ss. (che richiama la distinzione

Per esprimersi in altri termini, il differimento dell'efficacia è qui necessitato dalla *configurazione intrinseca della fattispecie*, e non dall'esistenza di interessi poziori facenti capo a soggetti diversi dalle parti del negozio; nella condizione legale, invece, l'evento condizionante è « introdotto nel quadro legale per fini diversi da quelli perseguiti nell'atto »<sup>(300)</sup>.

Ovviamente gioca un ruolo limitato, nella distinzione, l'attributo dell'*accidentalità*, come tradizionalmente inteso: a prescindere dalla critica dell'opinione tradizionale già con riferimento allo schema negoziale astratto, l'*accidentalità* perde comunque consistenza, per comune ammissione, con riferimento al concreto negozio. La medesima conclusione vale per la condizione legale, ove si ponga mente al fatto che la singola alienazione — condizionata, ad esempio, all'autorizzazione prefettizia — richiede, per espressa disposizione di legge, l'intervento del provvedimento amministrativo per la produzione dell'effetto. L'indefettibilità dell'evento dedotto quale *condicio iuris*, nella fattispecie concreta, rende quindi « necessaria » e non accidentale la condizione legale<sup>(301)</sup>, il cui

---

del Donellus tra *conditio tacita quae inest natura rei* e *conditio tacita quae inest iuris potestate*); GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 59; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 334; FURGIUELE, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 242. La contrapposizione rispetto al fenomeno condizionale delle fattispecie in esame era già chiara alla dottrina più attenta nel vigore del codice abrogato: cfr. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, cit., p. 13 e 18, il quale, riferendosi alle ipotesi di « pendenza soggettiva od oggettiva », derivanti da circostanze che influiscono sull'esistenza del soggetto o dell'oggetto, affermava che « queste condizioni legali, in quanto si riferiscono ad elementi essenziali del rapporto, hanno, come i requisiti essenziali del negozio, quel carattere di *necessità* derivante non dall'arbitrio del legislatore, ma dalla natura stessa delle cose o del rapporto... E per questa ragione tali cond. legali debbono essere tenute distinte da quelle che sono più completamente parificabili alle condizioni volontarie, perché, né direttamente, né indirettamente riguardano la costituzione del negozio o la completezza del rapporto »; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 91 ss., che correttamente escludeva la presenza di una condizione nei casi di mancanza di un « elemento tipico » della fattispecie, « il quale prima o poi deve necessariamente realizzarsi, per volontà della legge, affinché la fattispecie sia completa ».

<sup>(300)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 114.

<sup>(301)</sup> PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 111 ss., evidenzia che la *condicio iuris* « è ineluttabilmente prevista dalla legge stessa per modo che, rispetto ad essa, è escluso ogni potere dell'autonomia privata. Essa, insomma, pur concernendo solo la efficacia della fattispecie,

verificarsi è indispensabile, per disposizione di legge, al pari del coelemento necessario di efficacia e con la stessa forza cogente, affinché l'effetto si produca.

Sotto il *profilo strutturale*, esistono sia analogie che differenze: sia la condizione legale che il coelemento necessario di efficacia presentano la caratteristica dell'*estrinsecità strutturale* rispetto agli elementi centrali della fattispecie negoziale, in quanto il coelemento rimane esterno al negozio, già perfetto e rilevante, e concorre alla formazione della fattispecie più complessa, di cui il negozio costituisce la componente principale <sup>(302)</sup>. Peraltro, la condizione legale, come quella volontaria, non incide in alcun modo sul contenuto dell'effetto, contribuendo solo al prodursi o al venir meno dell'efficacia; i coelementi necessari, viceversa, in quanto introducono nella fattispecie effettuale il soggetto o l'oggetto del rapporto, influiscono in qualche misura sulla determinazione del *contenuto degli effetti* <sup>(303)</sup>; per converso, *in molte ipotesi i coelementi necessari non mettono in forse l'efficacia, ma soltanto l'imputazione* dell'effetto giuridico ai soggetti o all'oggetto <sup>(304)</sup>.

Le fonti di qualificazione assumono poi rilievo autonomo sotto il *profilo assiologico*, in quanto concorrono infatti a realizzare l'*interesse interno negoziale*, a differenza della condizione legale, che è posta a tutela di interessi estranei a quelli delle parti. La condizione legale, infatti, costituisce un limite all'autonomia privata, ed è posta a tutela di interessi esterni alle stesse parti del negozio, incompatibili con l'immediata efficacia, o con l'efficacia definitiva del negozio; viceversa, le fonti di qualificazione dell'effetto esprimono l'esigenza — logica prima che giuridica — di un termine di riferimento, soggettivo od oggettivo, cui imputare l'effetto, e realizzano quindi lo stesso interesse interno negoziale.

Ma soprattutto, l'esigenza di un'autonoma considerazione delle fonti di qualificazione oggettiva e soggettiva dell'effetto giuridico discende dalla *peculiarità della disciplina* applicabile alla fattispecie

---

ne è requisito necessario... è l'ordinamento a richiedere, con carattere di necessità, il verificarsi della condizione, cioè l'approvazione. Così la necessità scacciata dalla porta rientra dalla finestra ».

<sup>(302)</sup> GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 115.

<sup>(303)</sup> Per questa affermazione, cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 128.

<sup>(304)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 160.

negoziale temporaneamente priva di soggetto o di oggetto, rispetto alle ipotesi di pendenza di semplici *condiciones iuris*. Le peculiarità saranno separatamente evidenziate per le due categorie di fonti di qualificazione, non senza aver prima evidenziato che la stessa sussunzione di queste nella categoria della condizione legale ha, probabilmente, nuociuto alla stessa omogeneità e validità scientifica della categoria medesima, come dimostrano le numerose opinioni dottrinali volte a negare l'opportunità di un concetto unitario di *condicio iuris* <sup>(305)</sup>; il tutto è dovuto, probabilmente, anche ad una insufficiente analisi dei singoli profili di disciplina concernenti, rispettivamente, le condizioni legali ed i coelementi necessari.

Ne emerge la sicura validità scientifica ed utilità pratica della categoria dei *coelementi necessari di efficacia*, chiarito peraltro — sotto il profilo terminologico — che l'attributo di « necessario » non deve essere inteso in contrapposizione a quello di « accidentale », causa l'irrelevanza, già evidenziata, del profilo dell'accidentalità nella definizione del fenomeno condizionale.

Le fonti di qualificazione, sia oggettiva che soggettiva, non sono fattispecie eccezionali <sup>(306)</sup>, e possono essere, per certi profili,

---

<sup>(305)</sup> In tal senso FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 97.

<sup>(306)</sup> IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 203: « La norma (art. 628 c.c.: n.d.a.) non enumera né circoscrive gli eventi, ai quali il testatore può rinviare: il limite logico è nella idoneità dell'evento a svolgere il ruolo di fonte determinativa ». Con riferimento alle fonti di imputazione, l'Autore rileva che la legge — art. 462, comma 3 (e, aggiungiamo, art. 784, comma 1, c.c.) — consente di assumere la nascita come fonte estrinseca determinativa, ma esige che sia determinata la persona vivente da cui nascerà l'istituto (od il donatario).

Invece, secondo RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 388 ss., e p. 404 ss., l'« inversione dell'ordine cronologico di formazione della fattispecie » richiederebbe un'espressa autorizzazione legislativa, essendo quindi precluso all'autonomia privata la stipula di negozi in assenza attuale del soggetto o dell'oggetto, al di fuori dei casi espressamente previsti. In realtà, l'opinione del Rubino si inquadra nella sua nota concezione che ravvisa nel negozio relativo ad oggetto o soggetto futuro o indeterminato un negozio incompleto, o « a consenso anticipato », al quale eccezionalmente l'ordinamento attribuisce determinati effetti preliminari pur in assenza di elementi tipici richiesti per la sua esistenza e perfezione. Il rigetto di tale teoria, con l'affermazione, da un lato, della perfezione e completezza del negozio privo attualmente di soggetto od oggetto, e, dall'altro, della distinzione rispettivamente tra soggetto od oggetto del negozio e del rapporto, rende perfettamente legittima l'opposta affermazione, della piena

configurate dalla stessa *autonomia privata*: si pensi alla rappresentanza volontaria di soggetto futuro o incerto; alla vendita a soggetti alternativi; alla transazione nella quale il contenuto di un dato effetto obbligatorio viene fatto scaturire dall'esito di un accertamento o regolamento contabile <sup>(307)</sup>.

L'esame che segue, distinto per le due categorie di fonti di qualificazione, approfondirà — in particolare — i profili di disciplina di rilevanza generale per ciascuna categoria, senza poter scendere nell'analisi particolare dei singoli istituti. Tenuto conto dell'assenza, nel nostro codice, di una disciplina generale delle situazioni di pendenza, la disciplina di cui trattasi andrà rinvenuta — mediante il procedimento analogico <sup>(308)</sup> — nelle norme sulla pendenza della condizione.

a) *Fonti di qualificazione oggettiva.*

La figura delle fonti di qualificazione oggettiva è stata studiata con particolar riferimento alle ipotesi:

---

liceità di negozi la cui formazione precede il venire ad esistenza del soggetto o dell'oggetto.

<sup>(307)</sup> Per la fattispecie da ultimo indicata, Cass. 19 maggio 1971 n. 1505, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 105 ss., che parla di condizione in senso tecnico: qui l'evento futuro ed incerto svolge piuttosto il ruolo di fonte di qualificazione oggettiva, sia perché individua il *quantum* dei debiti da pagare, sia perché dall'individuazione dell'oggetto (elemento essenziale per la struttura dell'effetto) fa dipendere l'efficacia del negozio.

<sup>(308)</sup> Per l'applicazione analogica delle norme sulla condizione alle ipotesi di pendenza dovute alla mancanza di un « elemento tipico » della fattispecie, o « coelemento necessario di efficacia », FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 305 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 111 ss. (secondo il quale, peraltro, gli effetti preliminari che presuppongono la retroattività, e la retroattività medesima — istituto di carattere eccezionale — non potrebbero essere estesi analogicamente, ma solo dimostrati positivamente con riferimento alle singole fattispecie tipiche); TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 76 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 143, nota 54. Occorre comunque tener presente che gli effetti preliminari possono derivare anche da apposite, specifiche clausole contrattuali: RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 166 ss. (che indica l'ipotesi in cui all'alienante venga contrattualmente imposto di far venire ad esistenza la cosa futura, o di acquistare il diritto altrui di cui ha disposto); PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 171.

Per l'esclusione dell'applicazione analogica, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 338.

— dell'oggetto futuro <sup>(309)</sup> (negozi traslativi di cosa

---

<sup>(309)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit. p. 309; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 333 ss.

La natura giuridica dei negozi su beni futuri è tuttora dibattuta in dottrina e giurisprudenza (ampie citazioni dottrinali in PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di cosa futura*, cit., p. 48 ss., nota 106):

a) secondo un primo orientamento, si tratterebbe di negozi nei quali — in base alla più matura formulazione di tale teoria — l'effetto traslativo è sottoposto alla *condicio iuris* della venuta ad esistenza della cosa. Cfr. soprattutto, in tal senso, la monografia di PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 127 ss. La principale obiezione che può avanzarsi contro tale ricostruzione è quella che distingue tra condizione legale e coelemento necessario di efficacia: la prima è posta a tutela di interessi esterni poziori, e rivela quindi l'esistenza di un limite posto dall'ordinamento all'autonomia privata; il secondo sospende l'efficacia del negozio in relazione all'intrinseca conformazione della fattispecie ed alla « natura delle cose » (si è efficacemente detto che « il differimento di efficacia è esigenza intrinseca alla peculiarità stessa del riferimento oggettivo »: FURGIUELE, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, cit., p. 218). Ne discende una ovvia differenziazione della disciplina applicabile: si pensi al profilo della retroattività, espressamente escluso dall'art. 1472 con disposizione la cui inderogabilità è « dettata non tanto da un apprezzamento politico quanto dalla stessa necessità delle cose » (come ammette lo stesso PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 153). In conclusione, la teorica della *condicio iuris* — risalente peraltro già al diritto romano ed attualmente prevalente nella dottrina tedesca (cfr. riferimenti in FURGIUELE, *op. ult. cit.*, p. 206, nota 1, e p. 218, nota 24) — appartiene ad una fase evolutiva dello studio della condizione ormai superata con l'elaborazione dottrinale del più ampio fenomeno dei negozi ad effetti differiti, ed in particolare con la differenziazione tra fenomeno condizionale in senso stretto e coelementi necessari di efficacia.

b) Secondo una concezione ormai superata, il negozio avente ad oggetto un bene futuro è imperfetto ed incompleto fino alla venuta ad esistenza della *res*: si è parlato di « negozio a consenso anticipato » (RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 87 ss., 382 ss.; ID., *La compravendita*, cit., p. 177 ss.). Il superamento di tale concezione discende, oltre che dall'esame della disciplina positiva, dalla distinzione concettuale tra oggetto del negozio ed oggetto del rapporto (cfr. *infra*, nota 116 del capitolo VI): il negozio su bene futuro ha un proprio oggetto attuale, e ciò che difetta è l'oggetto del rapporto giuridico non ancora sorto. Per lo stesso motivo sono ormai superate le varie concezioni del « negozio senza oggetto », o *in itinere*, della « promessa anticipata », della « *legitimitatio superveniens* », dei due « distinti negozi », del « procedimento », del « negozio per *relationem* »: su tali teorie, criticamente, PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.

c) Secondo un ulteriore orientamento, attualmente dominante in dottrina e giurisprudenza, la vendita di cosa futura è una vera e propria vendita obbligatoria, nella quale, fino al momento della venuta ad esistenza della cosa futura, sono sospesi sia l'effetto traslativo, sia taluni effetti tipici obbligatori (ad esempio,

futura, servitù a favore od a carico di edificio da costruire<sup>(310)</sup>);

---

l'obbligo di consegna), mentre, viceversa, sorgono immediatamente le altre obbligazioni, tra le quali l'obbligo del venditore di fare acquistare la proprietà della cosa al compratore (art. 1476 n. 2 c.c.). Questa tesi trova la sua più compiuta formulazione in GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., il quale, aderendo alla tesi di Falzea, evidenzia che la sospensione dell'effetto traslativo e di alcuni effetti obbligatori è dovuta all'inesistenza di una *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto*, per l'appunto la venuta ad esistenza del bene futuro. La teoria dei coelementi necessari di efficacia si salda così perfettamente nell'ambito della configurazione del negozio come vendita obbligatoria. Cfr. anche, tra gli altri, LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 852 ss.

Nell'ambito dei negozi su oggetto futuro vanno inquadrati anche gli atti di esercizio di diritti potestativi, quando il diritto potestativo non è ancora sorto: ipotesi che, secondo Rubino (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 388-389) non sarebbe giuridicamente configurabile, per l'eccezionalità delle norme che consentirebbero l'inversione cronologica nell'ordine di formazione della fattispecie. Si è già criticata tale tesi, che trova il suo fondamento nella peculiare concezione dell'Autore, e nella mancata distinzione tra oggetto del negozio e oggetto del rapporto (cfr. *supra*, nota 306 di questo capitolo). Una volta ammessa la liceità della fattispecie, il successivo acquisto del diritto potestativo deve essere qualificato come *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico*.

<sup>(310)</sup> L'ipotesi della servitù per edificio da costruire, disciplinata dall'art. 1029, comma 2, c.c., è un caso paradigmatico per rilevare le difficoltà in cui si imbatte la dottrina e la giurisprudenza che non accetta la categoria dei coelementi necessari di efficacia. È evidente, secondo l'impostazione sostenuta nel testo, che la venuta ad esistenza dell'edificio futuro — termine di riferimento oggettivo della servitù — è essenziale per il sorgere dell'effetto, per ragioni intrinseche alla fattispecie e non per la tutela di interessi estranei.

La dottrina tende generalmente a inquadrare il fenomeno nella categoria della *condicio iuris*: GROSSO-DEIANA, *Le servitù prediali*, Torino, 1963, p. 143 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 628 (che tuttavia parla anche di « rapporto obbligatorio »); PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù su « edificio da costruire »*, Napoli, 1966, p. 79 ss.; BRANCA, *Servitù prediali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 44 ss. (che parla di « qualcosa d'analogo » alla *condicio iuris*, in quanto difetta l'accidentalità); BIANCA, *Diritto civile, VI - La proprietà*, Milano, 1999, p. 650.

BIONDI, *Le servitù*, Milano, 1967, p. 96 ss., nel tentativo di ovviare al difetto di efficacia reale (conseguente al rifiuto della teoria della *condicio iuris*) ritiene — con una sorta di *interpretatio abrogans* — che la servitù si costituisca immediatamente sul suolo, salvo trasferirsi sul fabbricato a seguito della costruzione.

La giurisprudenza è, invece, compattamente schierata per la tesi del rapporto obbligatorio preliminare, che si trasformerebbe in diritto reale solo al sorgere dell'edificio: soluzione priva peraltro di ragionevole motivazione, anche per la



- dell'oggetto altrui <sup>(311)</sup>;
- dell'oggetto incerto o indeterminato <sup>(312)</sup> (negozi su cosa alternativa o generica, negozi in cui la determinazione dell'oggetto è rimessa all'arbitrio del terzo);
- della sopravvenuta commerciabilità dell'oggetto <sup>(313)</sup>.

In qualcuno dei suddetti casi il fatto determinativo rende incerta solo l'individuazione dell'oggetto del rapporto (art. 1378 c.c.); in altri casi, ad essere incerta è invece la stessa efficacia negoziale (art. 1472 c.c.) <sup>(314)</sup>. Rispetto a tali figure — studiate

---

difficoltà di spiegare la consistenza di questo preteso rapporto obbligatorio (visto che la servitù sorge automaticamente con l'edificazione), e che determina, tra l'altro, il grosso inconveniente di rendere impossibile l'immediata trascrizione, e quindi l'opponibilità ai terzi e la stessa costituzione della servitù se, prima della costruzione, il fondo viene alienato. Cfr., tra le altre, Cass. 29 maggio 1980 n. 3543, in *Foro it.*, 1981, I, c. 820, con nota di BRANCA; Cass. 14 gennaio 1982 n. 235, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 609, con nota di ZACCHEO; Cass. 6 agosto 1983 n. 5287, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Servitù*, n. 17; Cass. 21 maggio 1987 n. 4630, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Servitù*, n. 10; Cass. 14 novembre 1989 n. 4839, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Servitù*, n. 5; Cass. 29 agosto 1997 n. 8227, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Servitù*, n. 8.

L'inquadramento nella teoria dei coelementi necessari di efficacia consente invece, in base ai principi comunemente accettati per la vendita di cosa futura, di spiegare il sorgere del rapporto preliminare con effetti reali (con estensione delle norme sulla pendenza condizionale), la trascrivibilità e l'opponibilità immediata ai terzi, giusta l'applicazione analogica dell'art. 1357 c.c.

<sup>(311)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 412 ss., e p. 452 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 47.

<sup>(312)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 307; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 333 ss.

<sup>(313)</sup> Cass. 10 aprile 1970 n. 981, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 487 ss., esamina la fattispecie disciplinata dall'art. 162 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265, che vieta la messa in commercio di specialità medicinali senza la previa registrazione ministeriale, e qualifica quest'ultima come *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del relativo contratto di vendita. Si tratta in realtà di una fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto, senza la quale in realtà non è neanche astrattamente concepibile il prodursi dell'efficacia.

Altra ipotesi è quella analizzata in Cass. 4 marzo 1977 n. 883, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 431 ss.: compravendita di un terreno adibito a strada, sospensivamente condizionato alla modifica di destinazione del terreno stesso da parte dell'Autorità comunale. Nella fattispecie si trattava di una strada di lottizzazione, ma potrebbe ipotizzarsi addirittura il caso di un bene incommerciabile, nel qual caso è ipotizzabile un contratto ad effetti differiti e subordinato alla sopravvenuta commerciabilità del bene. Su tale ipotesi, cfr. *infra*, paragrafo 56.

<sup>(314)</sup> SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 343, sottolinea che la diversità delle situazioni « conferisce alle aspettative dei soggetti un carattere e un valore

soprattutto nel quadro della c.d. vendita obbligatoria — è discussa in dottrina l'applicabilità della disciplina condizionale, che da taluno è negata <sup>(315)</sup>, da altri ammessa in via analogica <sup>(316)</sup>. È quest'ultima, certamente, la posizione più corretta, che tiene comunque conto della particolarità della situazione, e cioè del fatto che l'impossibilità o l'indeterminatezza dell'oggetto non può non avere riflessi su alcuni importanti profili di disciplina.

Iniziando proprio da questi ultimi, occorre evidenziare che l'indefettibilità dell'oggetto per la struttura stessa del rapporto comporta l'assoluta inscindibilità di questo tipo di subordinazione effettuale, con tutte le conseguenze già evidenziate (cfr. *supra*, capitolo IV), e con l'inapplicabilità, in linea di massima, della *finzione di avveramento* <sup>(317)</sup>, e della rinuncia all'avverarsi dell'evento.

patrimoniale diversi, richiamando una disciplina giuridica differente, come risulta dal regime delle due figure di maggior spicco, della vendita di cosa futura e della vendita di cosa di genere.

<sup>(315)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 338.

<sup>(316)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 305 ss. (il quale ammette che, durante la fase di pendenza determinata dal mancare di una fonte di qualificazione oggettiva, sorgano effetti preliminari e, in particolare, il rapporto di aspettativa e la possibilità di adozione di misure conservative); TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 76 ss. Per l'applicazione analogica (relativamente ai negozi su beni futuri) cfr. anche LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 163, e nota 108.

<sup>(317)</sup> Per l'inapplicabilità in questi casi della finzione di avveramento, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 285 ss. (che ammetteva l'estensione analogica dell'art. 1169 c.c. 1865 solo nella parte in cui poteva trarsi da essa l'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie); FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 305; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 775; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 65-66; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 342.

Potrebbe, in casi particolari, ipotizzarsi l'applicazione della finzione di avveramento, quando essa comporti l'assunzione nel rapporto giuridico di un oggetto piuttosto che di un altro. Si pensi alla vendita alternativa, allorché la scelta sia caduta sul bene di minor valore per causa imputabile al venditore: l'applicazione della finzione potrebbe comportare, in questo caso, l'assunzione quale riferimento oggettivo dell'altro bene.

Secondo BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 153, la finzione di avveramento è applicabile anche alle situazioni di pendenza non condizionale. Per TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 825, « il concepire la finzione come sanzione suggerisce di esaminare se essa sia applicabile anche quando l'efficacia del negozio dipenda da eventi che non costituiscano condizione

Si è poi ritenuto che l'inesistenza, indeterminatezza o impossibilità attuale dell'oggetto non consentono in nessun caso il trasferimento del rischio (*periculum rei*) al compratore <sup>(318)</sup>; a ciò si è obiettato che, anche nell'ipotesi di negozio su bene futuro, sarebbe applicabile la norma dell'art. 1465, ult. comma, c.c. <sup>(319)</sup>; non sembra neanche precluso all'autonomia privata disciplinare l'incidenza del rischio, sia antecedente che successivo al verificarsi dell'evento, addossandolo convenzionalmente all'acquirente.

Nel periodo in cui l'oggetto è indeterminato o inesistente nasce già un'aspettativa in senso tecnico <sup>(320)</sup>; non sarà possibile esperire quelle misure conservative che postulano l'attuale esistenza e individuazione dell'oggetto <sup>(321)</sup>; sarà tuttavia possibile avvalersi delle altre misure conservative compatibili con la particolare situa-

---

in senso tecnico ». Possibilista sull'applicazione della *fiction* nei contratti su cosa futura, allorché l'attività di una delle parti abbia influito sull'avverarsi del requisito di efficacia, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 231.

Occorre comunque segnalare che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale, l'art. 1359 c.c., in quanto prevede una *fiction iuris*, sarebbe norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica: Cass. 16 dicembre 1991 n. 13519, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3095, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 324 ss. Nello stesso senso, GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 257, nota 46; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 251. Contra, ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 355 ss.

<sup>(318)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 308. In realtà, l'art. 1465, ult. comma, c.c. addossa comunque il rischio del perimento della cosa per caso fortuito — nell'atto di trasferimento sottoposto a condizione sospensiva — all'alienante. In difetto di espressa previsione riferita al perimento o impossibilità parziale, si è peraltro ritenuto che in tali casi — in applicazione del principio di retroattività — il rischio compete all'acquirente. Si riconosce peraltro comunemente che tali norme sono *derogabili* dall'autonomia privata, per cui il contratto potrebbe porre senz'altro a carico dell'acquirente il *periculum rei*: GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 159; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 465 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 167; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 81 (che fa salvo il limite della mala fede); BOERO-BARALIS, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 324, e p. 348 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 298; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 175; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 534; LUMINOSO, *Vendita*, cit., p. 626.

<sup>(319)</sup> PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di cosa futura*, cit., p. 210.

<sup>(320)</sup> SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 342.

<sup>(321)</sup> TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 78-79.

zione <sup>(322)</sup>, nonché, in caso di violazione dell'obbligo di buona

---

<sup>(322)</sup> SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 342-343; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 6. Misure conservative sicuramente esperibili a seguito del perfezionamento del negozio, ed in assenza della fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto, sono le azioni revocatoria e surrogatoria: RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 460 ss. Altro atto conservativo — ammissibile nell'ipotesi in esame — è la trascrizione del negozio medesimo, pacificamente ammessa ove non vi ostino motivi tecnici. Sul potere di trascrivere come effetto preliminare e atto conservativo, RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 350 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 210-211.

La giurisprudenza, e la dottrina assolutamente prevalente, ritengono, ad esempio, senz'altro ammissibile la trascrizione della compravendita di bene futuro (fabbricato da costruire): RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 351; PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 117; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 177; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 260 ss.; Id., *Sulla trascrivibilità della compravendita di cosa futura*, in *Vita not.*, 1985, p. 954 ss.; TATARANO, « Incertezza », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 79-80; Cass. 31 maggio 1971 n. 1637, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2933; Cass. 10 luglio 1986 n. 4497, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 366, con nota di GUARNERI, ed in *Riv. not.*, 1987, p. 1220, con nota di SEBASTIANI; Cass. 10 marzo 1997 n. 2126, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1092 ss., con nota di MACARIO.

Contra, FERRI L., *Della trascrizione immobiliare*, cit., p. 64 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 180 ss.; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 90. In senso dubitativo, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 113 ss.

Altra questione è quella del momento in cui la trascrizione del negozio su bene futuro produce i suoi effetti. Per la tesi dell'immediata efficacia, PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 117; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 177; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 265. Per l'affermazione, viceversa, che la trascrizione può « acquistare efficacia solo in concomitanza col verificarsi dell'effetto traslativo, dato che l'ordinamento non attribuisce alcuna efficacia di prenotazione alla trascrizione del contratto produttivo di effetti meramente obbligatori », pur servendo tale trascrizione « a risolvere l'eventuale conflitto con altri acquirenti dello stesso bene che non abbiano trascritto il proprio acquisto o lo abbiano fatto posteriormente, Cass. 10 marzo 1997 n. 2126, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 38 ss., con nota di CISTULLI, ed in *Corr. giur.*, 1997, p. 1092 ss., con nota contraria di MACARIO. Quest'ultimo Autore, in particolare, distinguendo tra oggetto del negozio ed oggetto del rapporto, ritiene che la venuta ad esistenza dell'oggetto in senso naturalistico incide solo nei rapporti tra le parti: « Il terzo infatti conosce soltanto le vicende dell'atto di disposizione, in quanto soggette a pubblicità, e non le vicende del rapporto fra venditore e compratore; in particolare, la vicenda traslativa non coinvolge il terzo, il quale può (e deve) far conto soltanto sulle risultanze dei meccanismi di pubblicità al fine di individuare la sua controparte (non certo sulle vicende del rapporto, cui è estraneo) ». Esclude anche che possa darsi una trascrizione con efficacia differita, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 113 ss. A queste ultime argomentazioni, certamente esatte, può

fede <sup>(323)</sup>, chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento <sup>(324)</sup>, come pure la risoluzione per impossibilità sopravvenuta <sup>(325)</sup>, o per eccessiva onerosità <sup>(326)</sup>.

Quanto alla regola della *retroattività*, la sua applicazione alla fattispecie in esame deve essere verificata caso per caso, postulando essa la concepibilità di effetti giuridici anteriormente al prodursi dell'evento: concepibilità generalmente da escludersi in assenza di un termine di riferimento oggettivo dell'effetto stesso <sup>(327)</sup>. Le norme di diritto positivo forniscono talvolta la soluzione: l'art. 1472 c.c., con riferimento alla vendita di cosa futura, statuisce che « l'acquisto della proprietà si verifica *non appena* la cosa viene ad esistenza » <sup>(328)</sup>; l'art. 1029, comma 2, riguardo alla servitù per edificio futuro o fondo da acquistare, che « non ha effetto se non dal giorno in cui l'edificio è costruito o il fondo è acquistato »; l'art. 1478 c.c., relativamente alla vendita di cosa altrui, dispone che « il compratore diventa proprietario *nel momento* in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa » <sup>(329)</sup>; l'art. 1378 c.c., riguardo alla vendita generica, prevede che « la proprietà si tra-

---

aggiungersi l'analogia con il congegno condizionale, che può legittimare l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 2659, 2660, 2655 e 2668 c.c., con la conseguenza di assoggettare il negozio dispositivo su beni futuri ad una esauriente pubblicità, alla quale applicare le regole ed i principi propri della pubblicità degli atti condizionati.

<sup>(323)</sup> Sull'applicabilità dell'art. 1358 c.c. anche alle situazioni di pendenza non condizionali in senso tecnico, in quanto « enuncia un principio di carattere generale estensibile ad ogni situazione di pendenza dell'effetto fondamentale in cui vi sia un'effettiva possibilità delle parti di interferire nel proprio esclusivo vantaggio sulla sistemazione definitiva degli interessi in giuoco », BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 153.

<sup>(324)</sup> PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 218 ss.

<sup>(325)</sup> PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 228 ss.

<sup>(326)</sup> PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 230 ss.

<sup>(327)</sup> Già RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 110 ss., riteneva che nel caso di momentanea mancanza di un « elemento tipico » della fattispecie, manca « normalmente » la retroattività degli effetti definitivi, salvo ammettere (ivi, nota 2) che anche in questi casi, in linea eccezionale, vi può essere efficacia retroattiva.

<sup>(328)</sup> Sulla « necessaria » irretroattività nella fattispecie disciplinata dall'art. 1472 c.c., PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 153 ss.

<sup>(329)</sup> GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 63.

smette con l'individuazione »<sup>(330)</sup>. Le richiamate disposizioni sono, ovviamente, inderogabili, non potendo le parti far risalire l'insorgenza dell'effetto traslativo ad un momento anteriore<sup>(331)</sup>. In altre ipotesi — ad esempio, la vendita per intero di cosa parzialmente altrui *pro quota*, o vendita dell'esito divisionale<sup>(332)</sup>, ovvero la vendita dell'aspettativa condizionale<sup>(333)</sup> — nulla osta viceversa all'applicazione del principio di retroattività.

---

<sup>(330)</sup> Per l'efficacia non retroattiva del trasferimento di proprietà nella vendita generica, GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 63.

<sup>(331)</sup> GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 64, e p. 174-175, il quale giustifica l'inderogabilità per il fatto che l'irretroattività, nelle ipotesi richiamate, non dipende dalla natura del rapporto, « ma è carattere connaturato, *per espressa disposizione di legge*, a tutte le ipotesi previste »; conseguentemente, « trova giustificazione nel fatto che, fino a quando la cosa non esiste, non può concepirsi alcun diritto su di essa, e la trasmissione della relativa titolarità non può farsi risalire, anche per necessità concettuali, ad un momento precedente all'esistenza stessa della cosa ».

<sup>(332)</sup> Con riferimento all'ipotesi della *vendita, da parte di un comproprietario, di un bene spettante in comunione a più persone*, l'efficacia negoziale — relativamente alle quote degli altri comproprietari — è subordinata all'attribuzione, in sede di divisione, del bene venduto all'alienante. In tali casi, avendo la divisione efficacia retroattiva, l'alienante dovrà considerarsi proprietario dei beni a lui assegnati sin dalla data in cui i medesimi erano caduti in comunione, e l'acquirente dovrà considerarsi proprietario dalla data dell'atto di vendita: in tal senso, Cass. 21 ottobre 1965 n. 2171, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 442 ss. (che qualifica peraltro l'evento futuro ed incerto dell'assegnazione in sede di divisione come *condicio iuris*, mentre chiaramente si tratta di una fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto). Sulla fattispecie, cfr. anche App. Roma 31 marzo 1967, in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 358; Trib. Vallo della Lucania 13 aprile 1992, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 525, con nota di RUGGIERO; Cass. 23 luglio 1993 n. 8259, in *Foro it.*, 1994, I, c. 951; Cass. 12 novembre 1997 n. 11154, in *Foro it.*, 1998, I, c. 834, con nota di SCODITTI, *Vendita e preliminarare privi del consenso di tutti i comproprietari: un gioco degli specchi fra due tesi* (ove riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

<sup>(333)</sup> La regola di irretroattività *ex art. 1478, comma 2, c.c.*, non trova applicazione nell'ipotesi di vendita di aspettativa (o del diritto futuro condizionato) da parte dell'acquirente sotto condizione sospensiva (nel qual caso la condizione, apposta al primo negozio, funziona rispetto al secondo da coelemento necessario di efficacia). Il primo acquirente, infatti, acquisterà a sua volta con effetto retroattivo (*ex art. 1360 c.c.*), e quindi sarà da considerarsi retroattivamente proprietario al momento della rivendita: non sembra dubbio, quindi, che l'acquisto del secondo subacquirente retroagirà anch'esso alla data di stipula della seconda vendita. Cfr., sul punto, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 111-112.

Altri aspetti di disciplina saranno invece sicuramente estensibili analogicamente. Così, nulla osta all'applicazione del principio di buona fede sancito dall'art. 1358 c.c., come pure al sorgere — in generale — dell'aspettativa condizionale e di quegli effetti preliminari che non esigono l'attuale esistenza o determinazione del bene.

Non vi sono neanche ostacoli a che il bene futuro o indeterminato o altrui sia fatto oggetto, da parte del titolare dell'aspettativa o del diritto risolubile, di atti di disposizione, i cui effetti saranno subordinati all'esistenza o determinazione o acquisto del bene, secondo la disciplina dell'art. 1357 c.c. <sup>(334)</sup>. L'atto di disposizione potrà altresì essere trascritto, salvo che ciò sia impedito da difficoltà di ordine tecnico <sup>(335)</sup>.

---

<sup>(334)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 342 e 346 (distinguendo tra fattispecie retroattive e non retroattive), e p. 509 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 81.

In senso contrario, BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 222 ss., e nota 103, ove l'affermazione che « il tipo di problema risolto dall'art. 1357 c.c. sia sostanzialmente diverso da quello che caratterizza il conflitto fra due acquirenti, ad es., dello stesso bene futuro ». L'Autore, in realtà, parte dalla tesi della non trascrivibilità della vendita di cosa futura, ormai abbandonata da dottrina e giurisprudenza prevalenti. Egli inoltre ritiene (p. 225) che non sussista alcun interesse meritevole di tutela del venditore di edificio futuro a disporre ulteriormente del bene già alienato: può osservarsi che l'affermazione è aprioristica, non potendosi differenziare un presunto interesse tipico del venditore di edificio futuro rispetto a quello proprio di qualsiasi alienante sotto condizione sospensiva. Non può essere un argomento valido neanche la presunta discriminazione dei creditori dell'alienante, i quali non potrebbero validamente pignorare o ipotecare l'edificio futuro, ove si accolga la tesi che ammette il pignoramento dell'aspettativa (RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 466 ss., spec. p. 480 ss.; GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957, p. 105; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 78; dubbi sulla concreta praticabilità della relativa alienazione forzata in PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 268, nota 155). Anche il divieto di ipoteca su beni futuri è stato in concreto delimitato, sì da ipotizzare, addirittura, una lettura sostanzialmente abrogativa dell'art. 2823 c.c. (PERLINGIERI, *Interpretazione abrogante dell'art. 2823 c.c.?*, in *Riv. giur. edil.*, 1968, II, p. 17 ss.).

Sui rapporti tra alienabilità ed espropriabilità dei beni, cfr. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 383 ss. (ed ivi riferimenti di dottrina); PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 264 ss.

<sup>(335)</sup> Sui problemi di individuazione dell'oggetto, che impediscono, secondo l'orientamento prevalente, la trascrizione delle vendite generiche ed alternative, cfr. VALENTINO, *Note sulla vendita generica di immobili*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 820; PEREGO, *La vendita di immobili non individuati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

È applicabile, infine, anche alle fattispecie in oggetto il fenomeno della sospensione parziale degli effetti (c.d. condizionalità parziale), poiché, a seconda del tipo di negozio e di regolamentazione pattizia, è ben possibile che all'attuale inesistenza o indeterminazione dell'oggetto corrisponda un rapporto obbligatorio già attuale (come, ad esempio, l'obbligo di porre in essere la cosa futura, ovvero l'obbligazione generica o alternativa) <sup>(336)</sup>.

b) *Fonti di imputazione.*

Quanto agli eventi costituenti *fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto giuridico*, o fonti di imputazione, essi svolgono l'importante funzione di far assumere il soggetto, punto di collegamento tra fatto ed effetto, nella concreta fattispecie quale destinatario delle relative conseguenze giuridiche. Questi eventi sono stati raggruppati in tre grandi gruppi <sup>(337)</sup>:

— *soggetto estraneo* (disposizioni testamentarie prima della morte e dell'acquisto dell'eredità o del legato, negozi compiuti dal rappresentante senza poteri in attesa di ratifica, rappresentanza di persona incerta);

— *soggetto indeterminato* (contratto per persona da nominare, contratto per conto di chi spetta, legato rimesso all'arbitrio del terzo, contratto a favore di terzo indeterminato, contratto a favore di terzo fino a quando possa intervenire la revoca dello stipulante o il rifiuto del terzo <sup>(338)</sup>, promessa od offerta al pubblico <sup>(339)</sup>, con-

1982, p. 1219 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 122 ss. (ed ivi, ulteriori citazioni).

<sup>(336)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 306, ed ivi, nota 114; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 173 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 342; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 801-802.

<sup>(337)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 258 ss.; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 333 ss.

<sup>(338)</sup> STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 115 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 800 ss.

<sup>(339)</sup> Per la negazione della condizionalità della promessa al pubblico, fondata sul difetto di accidentalità dell'evento, cfr. *supra*, nota 93 del capitolo III.

Con riferimento al bando di offerta di un posto di lavoro mediante pubblico concorso, Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148 ss., qualificandolo come promessa al pubblico, ha ravvisato nella prova concorsuale un coelemento necessario di efficacia per la determinazione del soggetto, affermando correttamente che « quando il bando ha ad oggetto un numero limitato di posti e la loro attribuzione dipende da una selezione concorsuale non è configurabile nell'esito delle prove una condizione in senso proprio... Neppure nell'offerta di un bene a chi



tratto di giuoco, contratto di scommessa, disposizione alternativa a favore di soggetti diversi <sup>(340)</sup>, contratto stipulato in violazione di una prelazione legale <sup>(341)</sup>);

— *soggetto futuro* (disposizioni testamentarie o donazioni a favore di nascituri <sup>(342)</sup>, o di enti in attesa di riconoscimento, negozio a favore di terzo non ancora nato, donazione o disposizione testamentaria a favore di persona giuridica non ancora esistente, rappresentanza di persona futura).

Si è affermato che, in queste ipotesi, non rimane incerto il prodursi dell'effetto giuridico, bensì unicamente il soggetto a cui tale effetto deve essere imputato <sup>(343)</sup>. L'assolutezza di questa affermazione è stata peraltro contestata: si è infatti rilevato che, accanto a fattispecie in cui è incerta non l'efficacia, ma solo l'imputazione degli effetti (contratto per persona da nominare <sup>(344)</sup>, attribuzione di premio a favore del vincitore di un dato concorso),

---

per primo raggiungerà un determinato risultato è ravvisabile una condizione in senso proprio... la funzione dell'evento considerato non è quella di consentire l'efficacia di un atto, ma quella di determinare il soggetto di un rapporto; non si tratta, cioè, di un elemento accessorio dell'atto, ma di ciò che una nota dottrina definiva, distinguendolo dalla condizione, coelemento necessario per la determinazione del soggetto ». Parla, in questo caso, di condizione SBISA, *Promessa al pubblico*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., XV*, Torino, 1997, p. 374 ss. (secondo il quale si ha, altresì, condizione nell'ipotesi di premi messi in palio in occasione di manifestazioni sportive, ed in quella dell'offerta pubblica di acquisto di valori mobiliari, condizionata sospensivamente al conseguimento di adesioni per l'ammontare minimo indicato nella proposta).

<sup>(340)</sup> Su questa fattispecie, cfr. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 786, nota 113; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 290, e nota 69 (il quale ultimo ritiene vera e propria condizione quella relativa alla determinazione del soggetto del contratto o del rapporto).

<sup>(341)</sup> CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 800 ss.

<sup>(342)</sup> Per Cass. 14 dicembre 1945 n. 824, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 445 ss.; la fattispecie dell'istituzione di erede a favore di nascituro deve essere assoggettata al medesimo trattamento giuridico dell'istituzione volontariamente condizionata (si trattava, nella specie, dell'applicazione delle norme tributarie sugli atti condizionati).

<sup>(343)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 282.

<sup>(344)</sup> Sul ruolo dell'incertezza nel contratto per persona da nominare, concernente non l'efficacia ma l'imputazione soggettiva degli effetti, FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 286; CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 52 (ed ivi, alla nota 33, riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

e relativamente alle quali l'assenza di incertezza sull'efficacia rende più problematica l'estensione delle norme sulla pendenza condizionale <sup>(345)</sup>, esistono altre ipotesi, in cui l'incertezza riguarda proprio il prodursi degli effetti (attribuzione a favore di chi compirà una data opera, o di chi sposerà la figlia del testatore): in tali ipotesi si è detto che « si vengono a cumulare condizionalità della disposizione e indeterminatezza del chiamato » <sup>(346)</sup>: sembra in realtà che non si possa parlare di condizione in senso tecnico neanche quando la fonte di imputazione crei incertezza anche sulla stessa produzione degli effetti (oltre che sul soggetto), proprio a causa dell'assoluta imprescindibilità, logica e giuridica, dell'evento in questione.

Riguardo a queste fattispecie, sussistono infatti indubbie particolarità di disciplina rispetto al fenomeno condizionale in genere, che ne rendono possibile solo in parte l'applicazione analogica.

Una prima, evidente particolarità è quella dell'assenza, in numerose fattispecie di negozi in attesa di fonti di imputazione, del profilo dell'*irrevocabilità* <sup>(347)</sup>. Possono indicarsi, a titolo esemplificativo: l'art. 786, 1° comma, c.c., relativo alla donazione ad enti non riconosciuti, che è revocabile (*ex art. 782, ult. comma*) se, entro l'anno dalla notifica al donante dell'istanza di riconoscimento, questo non è concesso; l'art. 1411, 3° comma, c.c., che legittima lo stipulante nel contratto a favore di terzo a revocare l'attribuzione a favore di quest'ultimo, fino a quando esso terzo abbia dichiarato di volerne profittare. In altri casi, si ha una revocabilità di grado, per così dire, intermedio: l'art. 1399, 3° comma, c.c., consente ad esempio al terzo ed al *falsus procurator* di sciogliere il contratto di

---

<sup>(345)</sup> OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 94, nota 90.

<sup>(346)</sup> OPPO, *op. ult. cit.*, p. 94, nota 90.

<sup>(347)</sup> Cfr. sul problema della revocabilità di una promessa al pubblico subordinata ad una selezione concorsuale, e quindi sottoposta ad un coelemento necessario di efficacia per la determinazione del soggetto destinatario degli effetti, Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148 ss., che ha ritenuto che il soggetto promittente possa essere obbligato all'espletamento delle prove concorsuali — con conseguente attribuzione di una correlativa situazione giuridica soggettiva attiva ai destinatari — individuando la fonte di tale obbligo « in una offerta al pubblico, collegata e strumentale alla promessa, avente ad oggetto lo svolgimento delle operazioni concorsuali. La presentazione di una valida domanda di ammissione costituisce allora accettazione dell'offerta, e nei confronti degli accettanti l'offerente è obbligato a svolgere l'attività necessaria per la determinazione degli aventi diritto alla prestazione oggetto della promessa ».

comune accordo prima della ratifica del *dominus*, mentre è precluso al terzo contraente il recesso unilaterale <sup>(348)</sup>. In tutti questi casi, la revocabilità (più o meno limitata) dell'atto ha una sua precisa giustificazione. È stato, infatti, esattamente notato che, « quando l'atto sia destinato a toccare un interesse estraneo al negozio, nel senso che esso vuol provocare una modificazione nel patrimonio d'un terzo, si comprende come venga meno l'effetto dell'irrevocabilità, collegato al carattere, proprio del negozio, di essere un atto di autonomia. Nei casi contemplati per ultimi l'atto appare piuttosto come atto di eteronomia: donde la possibilità, accordata alle parti, e prima dell'adesione del terzo, di ritrattare il consenso e di revocare il diritto » <sup>(349)</sup>. In altre ipotesi, tra cui quella della rappresentanza di soggetto futuro — in caso di rapporto rappresentativo regolarmente costituito — l'atto acquista invece la normale irrevocabilità (si pensi alla donazione a soggetti nascituri o enti in attesa di riconoscimento); altre volte, come nel caso dell'atto di fondazione in attesa di riconoscimento, si ha una precarietà di livello intermedio: l'atto è revocabile da parte del fondatore, ma la facoltà di revoca non si trasmette agli eredi (art. 15, comma 2, c.c.) <sup>(350)</sup>.

Talvolta, questa « precarietà » del negozio privo di fonte di imputazione si riflette anche sulla disciplina dell'opponibilità ai terzi: così, ad esempio, tra l'acquirente dal *falsus procurator* e l'acquirente dal *dominus*, prevale quest'ultimo, anche se ha trascritto successivamente, purché prima della ratifica <sup>(351)</sup>, con con-

---

<sup>(348)</sup> In tal senso, BRUSCUGLIA-GIUSTI, *Ratifica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 700.

<sup>(349)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 285 ss.; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 777-778.

<sup>(350)</sup> Cfr. sul punto RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 514, nota 1 (che vi ravvisa una vera e propria aspettativa giuridicamente tutelata, con subingresso dell'erede nel lato passivo del rapporto di aspettativa).

<sup>(351)</sup> TATARANO, *Retroattività (dir. priv.)*, cit., p. 86 (ed ivi, citazioni di giurisprudenza); BRUSCUGLIA-GIUSTI, *Ratifica (dir. priv.)*, cit., p. 700; GRAZIADEI, *Ratifica*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 308; SALOMONI, *La rappresentanza volontaria*, Padova, 1997, p. 229 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 380 ss. Cfr. anche *infra*, nota 368 di questo capitolo.

In sintesi, il negozio posto in essere dal *falsus procurator* può probabilmente essere trascritto prima della ratifica, ma tale trascrizione non produce effetto

seguito inapplicabilità dell'art. 1357 c.c. Più in generale, occorre verificare caso per caso la trascrivibilità del negozio in attesa della fonte di imputazione <sup>(352)</sup>.

Quanto alle norme specifiche in tema di condizione, occorre verificarne caso per caso la suscettibilità di estensione analogica alle figure in esame. Non può non evidenziarsi, in primo luogo, l'assoluta *inscindibilità* della fonte di imputazione dal negozio, con la conseguente inapplicabilità, in linea di massima, della *finzione di avveramento* <sup>(353)</sup>. Non si può escludere, peraltro, l'applicabilità di tale finzione in casi particolari, e con l'effetto di imputare la fattispecie ad uno piuttosto che ad un altro soggetto: così, ipotizzando una vendita alternativamente a Tizio e Caio, nella quale il medesimo evento sia assunto contemporaneamente come fonte di imputazione per entrambi, la violazione del dovere di buona fede da parte di uno dei potenziali acquirenti — che comporti l'avvera-

---

finché la ratifica stessa non sia avvenuta; con la conseguenza che l'eventuale conflitto tra l'avente causa dal *dominus* e l'avente causa dal terzo contraente, che abbia acquistato prima della ratifica, viene risolto sempre a favore del primo, a prescindere dalla priorità delle trascrizioni.

<sup>(352)</sup> Ammette in linea generale la trascrivibilità del negozio che difetta di un « elemento tipico », senza specificare se si tratti di un elemento oggettivo o soggettivo, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 351-352. La soluzione deve essere, in realtà, più articolata: se non vi sono problemi a trascrivere nell'ipotesi, ad esempio, di contratto per persona da nominare, a difficoltà tecniche può dar luogo la trascrizione della donazione a soggetto nasciuto, o ente in corso di costituzione. Cfr. *infra*, note 360 e 361 di questo Capitolo.

<sup>(353)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 775. Per l'inapplicabilità della finzione di avveramento alla promessa al pubblico, consistente in un bando di pubblico concorso per l'offerta di un posto di lavoro, subordinato come tale all'esito delle prove concorsuali (quale coelemento necessario di efficacia) — in particolare nei casi in cui l'offerente revochi la proposta, ovvero rifiuti di procedere alla valutazione comparativa — Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148 ss. (secondo la quale, « qualora il mancato o tardivo conseguimento del risultato da parte di uno degli accettanti fosse imputabile all'offerente, la condizione non potrebbe considerarsi fittiziamente avverata », poiché « l'applicazione dell'art. 1359 c.c. comporterebbe per l'offerente un vincolo eccedente il contenuto dell'offerta »).

Per l'applicabilità della finzione di avveramento a tutte le situazioni di pendenza, anche non condizionali (ma senza specifica considerazione dell'ipotesi in esame), BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 153. Con riferimento all'ipotesi del mancato riconoscimento dell'ente beneficiario di una disposizione testamentaria, dovuto al comportamento di una delle parti, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 231.

mento dell'evento a suo favore — può determinare l'applicazione della finzione a favore dell'altro <sup>(354)</sup>.

Sotto altro profilo, è stato sostenuto che l'attuale inesistenza o indeterminazione del soggetto impedisce che in capo allo stesso possa sorgere, durante la fase di pendenza, una situazione giuridica soggettiva di qualsiasi tipo, anche sotto la forma di *aspettativa* <sup>(355)</sup>. L'affermazione va accolta con una certa cautela. Innanzitutto, l'inesistenza di uno dei soggetti del rapporto non impedisce di norma la nascita dell'aspettativa a favore degli altri soggetti del negozio, attualmente esistenti, e quindi dei relativi effetti preliminari — compresa la possibilità di adozione di misure conservative — con applicazione analogica dell'art. 1356 c.c. ed in genere delle norme in tema di condizione <sup>(356)</sup>. Ma non è neanche escluso che in particolari ipotesi una situazione di aspettativa, sia pure con diversi

---

<sup>(354)</sup> Sull'applicabilità in questa ipotesi della finzione di avveramento, MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 290, nota 69. Per l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene inestensibile per analogia la norma contenuta nell'art. 1359, in quanto, prevedendo una *factio iuris*, sarebbe di natura eccezionale, cfr. *supra*, nota 317 di questo capitolo.

<sup>(355)</sup> Per la non configurabilità di aspettative nel negozio privo di fonte di imputazione, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 295 ss., e p. 305; ID., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 23, nota 46 (« mentre per il negozio condizionato gli effetti cautelativi sono dovuti al fatto che esso già costituisce una fattispecie perfetta... nella fattispecie soggettiva invece, nel caso del nascituro, manca un presupposto di qualificazione »); SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa*, cit., p. 232; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 343 (« La situazione di aspettativa, in quanto efficacia potenziale, riflette specularmente il contenuto dell'effetto giuridico. Se perciò l'effetto non può sorgere quando il soggetto è indeterminato, del pari non può ammettersi una efficacia potenziale senza destinatario »).

*Contra*, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 459 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 290, il quale, con riferimento all'ipotesi in cui venga venduto un dato bene a Tizio sotto condizione risolutiva di un dato evento, ed a Caio lo stesso bene, sotto condizione sospensiva dello stesso evento, parla di « concorso fra una aspettativa e una titolarità precaria, ovvero fra più aspettative o fra più titolarità precarie ».

<sup>(356)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 460 ss. (con particolare riferimento ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, in tutti i casi in cui manchi un « elemento tipico » del negozio); SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 6. Con particolare riferimento al contratto per persona da nominare, si è esclusa la nascita di un'aspettativa — e quindi il potere di compiere atti conservativi — in capo all'*amicus*: ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, p. 117.

e più limitati poteri, possa sorgere in capo anche al soggetto cui non è stata ancora imputata la fattispecie e quindi l'effetto<sup>(357)</sup>. Si pensi alle ipotesi del legato soggettivamente generico o alternativo (art. 631 c.c.), o della promessa al pubblico, in cui viene tutelato, con riferimento a ciascuno dei destinatari della promessa, durante la fase di pendenza, l'interesse al corretto svolgimento delle procedure di scelta, designazione o individuazione, e quindi una limitata aspettativa volta a salvaguardare tale interesse<sup>(358)</sup>.

Non sembra dubbio, poi, che — quantomeno nelle situazioni in cui vi sia un soggetto abilitato ad agire in rappresentanza del soggetto futuro o indeterminato — possa essere chiesta, in caso di violazione del dovere di buona fede ad opera della controparte, la risoluzione del contratto per inadempimento; né vi sono dubbi per l'esperibilità delle azioni di risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, o relativamente alla trasferibilità delle situazioni giuridiche preliminari scaturenti dal negozio<sup>(359)</sup>.

Il problema teorico si pone soprattutto con riferimento alle ipotesi di negozi per soggetti futuri: si pensi alla donazione o disposizione testamentaria ad ente non ancora riconosciuto, in cui l'effetto attributivo può essere imputato al soggetto solo a seguito

---

(357) SCOGNAMIGLIO R., *op. e loc. ult. cit.* (« Qualora la carenza (della situazione negoziale) si riferisca all'elemento soggettivo, possono prodursi altresì effetti preliminari per l'esigenza di salvaguardare la aspettativa del soggetto *in fieri*, destinata ad assumere la consistenza di un suo diritto non appena viene ad esistenza »).

(358) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 293, riconosce a tutti i soggetti alternativamente o genericamente designati il potere di chiedere che si proceda alla scelta, escludendo peraltro che tale potere sia sufficiente a qualificare la posizione di detti soggetti come aspettativa in senso tecnico. Nello stesso senso, SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 343. Cfr. anche, sul punto, SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 6.

Sulla posizione soggettiva della pluralità di destinatari di un bando di concorso per l'assunzione da parte di un datore di lavoro privato, v. Cass. 14 marzo 1991 n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148, che, nel ravvisare nell'esito delle prove del concorso un *coelemento necessario* di efficacia dell'atto (per la determinazione del soggetto destinatario degli effetti) — escludendo quindi correttamente la condizione in senso tecnico — ravvisa una diversità di conseguenze giuridiche a seconda che la promessa debba interpretarsi come revocabile o meno.

(359) RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 509 ss., pone l'esempio della morte di uno dei contraenti durante la « pendenza di un elemento tipico della fattispecie », ritenendo che gli effetti definitivi, una volta venuto ad esistenza tale elemento tipico, si produrranno in capo all'erede.

del riconoscimento, ed alle condizioni previste dagli artt. 600 e 786 c.c.: l'art. 600 prevede espressamente l'attribuzione del potere di adottare misure conservative, e deve ritenersi trascrivibile l'acquisto a favore dell'ente in attesa di riconoscimento, purché questo abbia già accettato<sup>(360)</sup>. Altra fattispecie significativa è quella delle disposizioni testamentarie o donazioni effettuate a favore di nascituri: la legge (art. 1, comma 2, c.c.) dispone che « i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita », adombrando in qualche modo una sorta di aspettativa prima della nascita, ed in dottrina si è ritenuto, proprio a tutela di tale posizione, che la donazione sia trascrivibile<sup>(361)</sup>. La giurisprudenza ha poi ammesso l'alienazione, da parte del genitore esercente la potestà, dei beni donati al nascituro, anche se non concepito<sup>(362)</sup>. Si è, in generale, riconosciuta la tutelabilità dell'interesse — della persona o dell'ente futuro — agli effetti della disposizione testamentaria o della donazione, ravvisandosi le forme di tutela di tale interesse nelle disposizioni degli artt. 528 ss., 643, 715, 784, 786 c.c.<sup>(363)</sup>.

In definitiva, pur nella consapevolezza della complessità del

---

<sup>(360)</sup> È stato obiettato (PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 286-287) che in questo caso la trascrizione non potrebbe aver luogo, « perché la nota di trascrizione deve contenere i nomi delle parti, e quindi non sarebbe possibile trascrivere l'acquisto a favore di un ente che non è ancora un soggetto di diritto »: l'obiezione trascura, peraltro, il fatto che la situazione non è diversa da quella a favore di nascituri, in cui pure comunemente si ammette la trascrivibilità solo a carico del donante.

<sup>(361)</sup> PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 51-52; ETTORRE-SILVESTRI, *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale*, Milano, 1991, p. 182; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1998, p. 110-111.

<sup>(362)</sup> Cass. 8 settembre 1952 n. 2864, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, II, p. 70, con nota di PRATIS, *Alienazione di cose attribuite a nascituri per donazione o per atto mortis causa*, ed in *Foro it.*, 1953, I, c. 298, con nota di STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituri non concepiti*; Cass. 7 agosto 1972 n. 2646, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 379, con nota di STOLFI. Sul problema cfr. anche, in dottrina, TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 150 ss.; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 285 ss.; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984, p. 110 ss.; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, III - *Scomparsa, assenza e uffici successori*, Milano, 1986, p. 418 ss., 429 ss.; LOREFICE, *Dei provvedimenti di successione*, Padova, 1991, p. 104; PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 261 ss.

<sup>(363)</sup> SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 343 (il quale evidenzia, comunque, la rilevanza del diverso grado di incertezza sul venire ad esistenza del soggetto, desumibile dalla diversa disciplina dettata a seconda che i nascituri siano

problema — con riferimento ai soggetti futuri e non ancora esistenti al momento del perfezionamento della fattispecie negoziale — esistono una serie di indici normativi posti a tutela della conservazione della situazione giuridica soggettiva imputabile al soggetto che deve ancora venire ad esistenza <sup>(364)</sup>: se, sotto il profilo dogmatico, la difficoltà di imputare situazioni soggettive a soggetti non ancora esistenti impedisce di configurare un'aspettativa in senso tecnico, ciò non toglie che strumenti di tutela di questa sorta di « aspettativa non attualmente imputabile » siano rintracciabili nel sistema; il che richiederebbe, probabilmente, una rivisitazione delle correnti concezioni dogmatiche sulla soggettività e capacità giuridica.

Quanto alle norme sulla condizione estensibili al nostro caso, oltre, evidentemente, al principio di buona fede *ex art. 1358 c.c.* <sup>(365)</sup>, sembra non potersi escludere, in assenza di specifiche norme in senso contrario (come può esserlo quella dell'art. 1399, comma 2, c.c.), l'applicabilità dell'art. 1357 c.c. agli atti di disposizione dell'aspettativa: gli altri soggetti del negozio potranno cioè, in attesa che avvenga l'imputazione al soggetto futuro o indeterminato, disporre del diritto, subordinatamente alla venuta ad esistenza o determinazione del predetto soggetto; correlativamente, il rappresentante del soggetto futuro o indeterminato potrà trasferire la posizione giuridica da imputarsi a quest'ultimo <sup>(366)</sup>.

---

concepiti o non concepiti, *ex artt. 643 e 784 comma 3 c.c.*); SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 6.

<sup>(364)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 298, nota 107 (« comunque si concepisca l'aspettativa, infatti, questa si risolve necessariamente in una situazione soggettiva, e come tale presuppone la esistenza di un soggetto giuridico... Altra cosa è naturalmente che l'ordinamento giuridico intervenga anche prima della nascita del destinatario del diritto soggettivo per tutelare, con altri mezzi, le ragioni che a quello spetteranno al momento della nascita: ma è assolutamente da escludere che tali mezzi possano consistere nel riconoscimento di una aspettativa al nascituro »); SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 343 (il quale, pur negando la configurabilità di un'aspettativa, riconosce « durante la situazione di pendenza, la presenza di interessi degni di tutela facenti capo al soggetto indeterminato e la predisposizione perciò da parte del diritto di effetti giuridici di natura diversa. Neppure in questi casi esiste un vuoto di tutela giuridica tra il fatto e il suo effetto »).

<sup>(365)</sup> BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 153.

<sup>(366)</sup> Per l'applicazione delle norme sul trasferimento dell'aspettativa alle



Anche altre norme, che non sono estensibili alle fonti di qualificazione oggettiva, sono applicabili alle fonti di qualificazione soggettiva. Ciò vale — almeno per le ipotesi di soggetto estraneo o indeterminato — relativamente al principio di *retroattività* <sup>(367)</sup>, come dimostrano le norme dell'art. 1399 c.c., a norma del quale la ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator* ha effetto retroattivo, « salvi i diritti dei terzi » <sup>(368)</sup>; e dell'art. 1404 c.c., che attribuisce pari effetto retroattivo alla *electio amici* nel contratto per persona da nominare. Può anzi convenirsi con la dottrina che ritiene, in tali ipotesi, la retroattività inderogabile <sup>(369)</sup>. Rispetto

---

fattispecie in esame, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 342 e p. 346, e p. 509 ss. (che distingue tra fattispecie retroattive e non retroattive, ritenendo che solo le prime siano caratterizzate da efficacia « reale »); MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 290, nota 69; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 81 (« Non è dato realisticamente dubitare che anche il titolare di una diversa situazione d'attesa possa disporre, durante il periodo di pendenza, della sua aspettativa »).

Per l'analisi della situazione scaturente dalla donazione (o dal legato) a favore di soggetto nascituro, e per l'applicabilità alla specie dell'art. 1357 c.c., BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 227 ss. Cfr. anche, sul punto, Cass. 3 settembre 1952 n. 2864, in *Foro it.*, 1953, I, c. 298, con nota di STOLFI, *In tema di vendita delle cose donate ai nascituri non concepiti*; PRATIS, *Alienazione di cose attribuite a nascituri per donazione o per atto mortis causa*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, II, p. 72 ss.; PUGLIATTI, *Trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 51.

<sup>(367)</sup> Per RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 110 ss., la retroattività è normalmente esclusa, salvo casi eccezionali, nei casi in cui l'efficacia è sospesa per la mancanza di un « elemento tipico » della fattispecie.

<sup>(368)</sup> La « salvezza dei diritti dei terzi », ex art. 1399 c.c., fa ritenere alla dottrina trattarsi di un'ipotesi di retroattività obbligatoria, e non reale: MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 255; TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 86. Per terzo deve intendersi l'avente causa dal ratificante: se, quindi, la clausola di salvezza ex art. 1399 significa che con la ratifica il *dominus* non può pregiudicare i diritti che prima della ratifica ha trasmesso ad altri, non sembra che ciò comporti la trasformazione della retroattività da reale (cioè automatica) ad obbligatoria. Non si tratta, invero, di un problema di retroattività, quanto piuttosto di opponibilità ai terzi della vicenda traslativa, e quindi relativo, piuttosto, all'inesensibilità della norma dell'art. 1357 c.c. Vero è, invece, che tale clausola di salvezza determina in ogni caso la prevalenza del terzo avente causa dal ratificante, anche se « il contratto concluso dal rappresentante apparente risulti trascritto prima del contratto concluso dal *dominus* direttamente o tramite procuratore con poteri » (CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 792-793; TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 86, e giurisprudenza ivi citata). Cfr. anche *supra*, nota 351 di questo capitolo.

<sup>(369)</sup> Secondo TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 91, la retroattività della ratifica è inderogabile, stante la funzione pratica della stessa, equiparata ad una procura *ex*

alle ipotesi di soggetto futuro, la conclusione deve essere naturalmente diversa: così in caso di rappresentanza di soggetto futuro, la ratifica non avrà effetto retroattivo per la « natura del rapporto », non potendo prodursi gli effetti a partire da un momento in cui il soggetto ancora non esisteva; la giurisprudenza fa salva, tuttavia, una diversa volontà del ratificante <sup>(370)</sup>.

Sono anche applicabili alle fonti di imputazione l'art. 1361 c.c. sulla disciplina degli atti di amministrazione, l'art. 1347 sull'impossibilità temporanea dell'oggetto, e l'art. 1465 c.c. sul *periculum rei*.

Certamente è configurabile anche con riferimento alle fonti di imputazione un fenomeno analogo alla condizionalità parziale: si pensi all'ipotesi del contratto plurilaterale, in cui la sospensione dell'efficacia può riguardare solo uno dei soggetti; ovvero al contratto per persona da nominare, nel quale è oggetto di accesa discussione la questione relativa alla produzione immediata o meno degli effetti del contratto in capo allo stipulante in attesa della nomina <sup>(371)</sup>.

In conclusione, salva l'analisi caso per caso delle singole fattispecie, ne emerge l'applicabilità in via analogica alle fonti di qualificazione — oggettiva e soggettiva — degli effetti giuridici negoziali, di alcune importanti norme dettate dal codice civile per la condizione volontaria. Alcune di queste norme sono applicabili solo alle fonti di qualificazione oggettiva, altre solo alle fonti di imputazione; altre norme, applicabili alla *condicio iuris*, non lo sono rispetto ad entrambe le categorie di fonti di qualificazione. Ne deriva l'opportunità pratica e l'utilità scientifica di uno studio separato di queste categorie dogmatiche, e nel contempo la chiara differenziazione di esse rispetto al fenomeno condizionale.

#### 46. H) *Condizione ed elementi centrali della fattispecie negoziale.*

La condizione sospensiva, come tutti i coelementi di efficacia, appartiene al *ciclo formativo esterno* della fattispecie complessa, costituisce cioè un elemento marginale, o *coelemento*, struttural-

---

*post*, e giusta l'esigenza di conformità con quanto stipulato (anche per il profilo temporale).

<sup>(370)</sup> Cass. 12 marzo 1981 n. 1408, in *Riv. not.*, 1981, p. 674 ss.

<sup>(371)</sup> Cfr., per il punto sullo stato della discussione in dottrina e giurisprudenza, PENNASILICO, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999, p. 382 ss.

mente estraneo al procedimento di formazione della fattispecie centrale, che si identifica con il negozio giuridico. Ciò significa che può parlarsi di condizione, e di pendenza condizionale, solo quando il negozio si è già perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi <sup>(372)</sup>, come del resto risulta chiaramente dalla nozione di condizione sospensiva delineata dall'art. 1353 c.c., in cui si parla di subordinazione dell'*efficacia*, e non della perfezione del contratto all'evento <sup>(373)</sup>.

Diversi sono gli *elementi centrali* che, oltre ai classici *essentialia negotii*, possono concorrere al compimento del *ciclo formativo interno* della fattispecie negoziale.

Il caso paradigmatico di elemento centrale della fattispecie è rappresentato dalla *proposta* e dall'*accettazione* contrattuali, che concorrono entrambi al perfezionamento del negozio bilaterale, di modo che gli effetti di quest'ultimo sono certamente riferibili all'accordo, costituito dall'incontro dei due atti prenegoziali, uniti in un rapporto di coordinazione e non di subordinazione <sup>(374)</sup>.

---

<sup>(372)</sup> Sulla distinzione tra ciclo formativo interno e ciclo formativo esterno della fattispecie negoziale, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 185 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 108 ss. La differenza del negozio condizionato rispetto al negozio incompleto, oggi pacifica, era già presente, nel vigore del codice del 1865, alla dottrina più attenta: cfr., ad esempio, COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 423-424.

<sup>(373)</sup> Cfr. sul punto la Relazione al codice civile, n. 618: « La condizione in parola infatti non è un elemento che concorre a dare al contratto vita giuridica... il contratto dunque esiste giuridicamente anche prima che l'evento condizionante si sia avverato ».

Nello stesso senso è inteso il concetto di condizione nella dottrina francese: cfr. sul punto DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 18 ss.

<sup>(374)</sup> Per l'esclusione della condizionalità nel rapporto tra proposta ed accettazione contrattuali, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 185 ss., spec. p. 187 (il quale rileva che, qualora « si volesse considerare l'offerta come negozio subordinato alla condizione dell'accettazione, si verrebbe a configurare la prima come unica causa delle conseguenze giuridiche, mentre la seconda degraderebbe al ruolo di semplice concausa... Accogliendo la teoria condizionale, un rapporto di vera e propria subordinazione viene sostituito a quello che invece è un semplice rapporto di coordinazione »); SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150, « la proposta di contratto sinallagmatico non diventa atto unilaterale condizionato se subordina la propria efficacia alla repromissione della controparte! »); CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 259, nota 141 (« non si potrà parlare, almeno in senso proprio, di condizione quando le parti si riferiscano in forma condizionale a quelli che sono elementi necessari per la integrazione della fatti-

Altro esempio di elemento costitutivo della fattispecie — secondo l'orientamento di dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti — è la *consegna nei contratti reali* <sup>(375)</sup>, che pure una parte minoritaria della dottrina ha definito come condizione sospensiva dell'efficacia negoziale <sup>(376)</sup>.

Altra ipotesi è stata ravvisata — con riferimento alla fattispecie

specie contrattuale »); DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 3 (« non è consentito alle parti di rompere l'unità del rapporto (economico) affidando la tutela di esso a singole « promesse » separate »).

Secondo Cass. 27 giugno 1990 n. 6546, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 257, se la rinuncia ad un diritto è subordinata alla rinuncia della controparte ad un altro diritto, la prima rinuncia non è negozio unilaterale, ma le due rinuncie, poste in rapporto di corrispettività, formano un negozio bilaterale.

<sup>(375)</sup> Dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti sono attestati nel senso che la consegna fa parte del nucleo « esistenziale » del contratto reale: cfr., per un quadro aggiornato sul punto, CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, p. 40 ss.; MANCINI, *La realtà come scelta « atipica »*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 396 ss.; MASTROPAOLO, *I singoli contratti*, 7 — *I contratti reali*, Torino, 1999, p. 38 ss.

Il collocare la consegna accanto al consenso con l'identico ruolo si giustifica pienamente in un'ottica di tipo funzionale: si è osservato che in tal modo « il contratto reale è in grado di garantire a colui che dà o consegna, la possibilità di decidere fino all'ultimo se dare o consegnare, senza che l'eventuale non consegna possa determinare una responsabilità di natura contrattuale... nessun vincolo, nessun obbligo, nessun effetto preliminare, neppure un « vincolo » alla irretrattabilità di un eventuale consenso già espresso, si è ancora prodotto » (MANCINI, *op. ult. cit.*, p. 421).

<sup>(376)</sup> Secondo una dottrina minoritaria, la consegna assumerebbe, nei contratti reali, il ruolo di condizione sospensiva dell'efficacia negoziale: MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 68; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1945, p. 145 ss.; OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 485 ss. (che parla di *condicio iuris*). Altri ha parlato più genericamente di « concausa di efficacia »: DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 81 ss. Altri ancora ha ritenuto che la consegna faccia parte della fase esecutiva del contratto reale: DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 330, 350 ss.

La tesi condizionale è stata contestata — oltre che sulla base del dato positivo che espressamente richiede la consegna ai fini del perfezionamento del contratto — rilevando la natura meramente potestativa che essa assumerebbe se fosse qualificabile come condizione. Inoltre, accettando tale tesi non si spiegherebbe la differenza tra i contratti reali, da un lato, e tutti i rimanenti contratti nei quali la consegna si colloca nella fase esecutiva. Non manca la solita critica fondata sul difetto del requisito di estrinsecità della pretesa condizione: CENNI, *op. ult. cit.*, p. 41-42.

della *surrogazione per pagamento* — nel pagamento del debito (con la conseguenza che, in un caso di vendita di bene ipotecato e di successivo fallimento del venditore, il compratore non può essere ammesso con riserva al passivo fallimentare, in via surrogatoria, condizionatamente al pagamento del credito ipotecario) <sup>(377)</sup>.

In alcuni *negozi soggettivamente complessi a formazione successiva*, il consenso di alcune delle parti determina l'insorgenza di effetti preliminari in attesa del necessario consenso degli altri soggetti, che si pone con il medesimo ruolo di elemento centrale della fattispecie (come avviene, ad esempio, nella concessione di servitù su fondo in condominio, *ex art. 1059 c.c.*) <sup>(378)</sup>.

Altre volte, quando il consenso delle parti non è dotato di sufficiente definitività ed univocità, l'elemento che vale a completare il ciclo formativo interno è dato da un ulteriore atto dichiarativo di una delle parti del negozio (si pensi alle ipotesi del *patto di opzione*, della *vendita con riserva di gradimento* <sup>(379)</sup>, della *vendita « salvo approvazione della casa »* <sup>(380)</sup>).

<sup>(377)</sup> Cass. 5 dicembre 1987 n. 9051, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1599.

<sup>(378)</sup> Sulla fattispecie dell'art. 1059 c.c., v. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 102, e già FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 186-187.

<sup>(379)</sup> L'art. 1520, 1° comma, c.c., statuisce che « Quando si vendono cose con riserva di gradimento da parte del compratore, la vendita non si perfeziona fino a che il gradimento non sia comunicato al venditore ». Per l'incidenza del gradimento sulla perfezione del contratto di compravendita, in conformità alla lettera della legge, cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 78-79; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 238; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 53; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 57 ss.; GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1314 ss.; SMIROLODO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare*, cit., c. 559 ss.; VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 577 ss. (ove anche l'esposizione della problematica inerente all'autonomia o meno della vendita con riserva di gradimento dall'opzione); BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 308 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 414 ss.; MIRABELLI, *I singoli contratti*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, p. 163 ss.; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 249 ss.

Nello stesso senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 12 aprile 1956 n. 1068, in *Foro it.*, Mass. 1956, 202; Cass. 25 maggio 1965 n. 1006, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1798; Cass. S.U. 15 luglio 1969 n. 2605, in *Giust. civ.*, Mass. 1969, 1338; Cass. 2 dicembre 1969 n. 3858, in *Giust. civ.*, Mass. 1969, 1932; Cass. 13 febbraio 1970 n. 353, in *Giust. civ.*, Mass. 1970, 194; Cass. 29 ottobre 1976 n. 3979, in *Giust. civ.*, Mass. 1976, 1637; Cass. 27 febbraio 1986 n. 1270, in *Vita not.*, 1986, p. 93.

In ogni caso, non vi è un unico criterio distintivo idoneo a distinguere, a livello teorico generale, gli elementi centrali dai coelementi, ma è unicamente il diritto positivo a decidere se un requisito è necessario per la perfezione e la validità della fattispecie, o soltanto per la sua efficacia <sup>(381)</sup>. Un caso paradigmatico è

---

Non appare invece probante, ai fini dell'esclusione della condizionalità, la considerazione (GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 1320) secondo la quale « la stessa funzione del gradimento... sembra incompatibile con una collocazione di tale atto al di fuori della fattispecie del negozio, quale elemento accidentale ed estrinseco. L'esame delle qualità della cosa rappresenta infatti, nella conclusione di qualsiasi contratto, un momento ineliminabile del processo psichico di formazione del consenso »: ciò perché — al di là delle obiezioni di carattere generale al requisito di estrinsecità assiologica della condizione — la stessa legge qualifica la vendita a prova, in cui pure vi è la subordinazione ad un esame delle qualità della cosa, come sospensivamente condizionata e quindi perfetta nei suoi elementi costitutivi. Lo stesso Gabrielli (p. 1321, ed alla nota 67) ammette che la qualificazione del gradimento come elemento di perfezionamento del contratto anziché come condizione rappresenta il portato di una scelta legislativa, « che era sostanzialmente libera e avrebbe quindi potuto anche esser diversa »; e che « va indubbiamente trattato come contratto condizionato quello che l'acquirente subordina al gradimento dell'oggetto da parte di un terzo »: la pretesa estrinsecità assiologica della condizione appare qui davvero evanescente.

<sup>(380)</sup> Per la tesi che ravvisa nell'approvazione della casa una condizione sospensiva, peculiare e tipica, costituita dalla volontà del venditore rappresentato, SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, cit., p. 96. In senso parzialmente diverso, TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 54 ss. *Contra*, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., p. 72; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 46 ss.; Cass. 5 luglio 1980 n. 4293, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1090 (che vi ravvisa un patto di recesso). Cfr. anche sul punto STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 85-86, nota 140 (e dottrina ivi citata).

L'esclusione della condizionalità della vendita in esame discende, tra l'altro, dalla mera potestatività della pretesa condizione sospensiva, che sarebbe rappresentativa dello stesso interesse al contratto: cfr. esattamente, sul punto, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 47-48. Esclude, invece, la mera potestatività, TAMBURRINO, *op. ult. cit.*, p. 55-56.

<sup>(381)</sup> BELFIORE, *Pendenza*, cit., p. 886, e nota 50, fa l'esempio dei negozi su cosa futura o su cosa altrui, nei quali, in dipendenza del relativo profilo causale, la venuta ad esistenza o l'acquisto della cosa fungono da requisiti di efficacia (es., nella vendita) o di validità (come nella donazione).

Si pensi anche alla titolarità del bene oggetto di alienazione, che, nel nostro ordinamento, è elemento richiesto a pena di validità della donazione, ma non della vendita; nel diritto francese, viceversa, l'art. 1599 *code civil* commina espressamente la nullità della vendita di cosa altrui.

quello della *cessione del contratto* (artt. 1406 ss. c.c.): secondo la dottrina assolutamente prevalente, il consenso del contraente ceduto non costituisce requisito di efficacia, ma elemento costitutivo della fattispecie contrattuale, con la conseguenza che, in difetto, il contratto di cessione non si perfeziona <sup>(382)</sup>. Secondo un'opinione minoritaria, invece, il consenso del contraente ceduto costituirebbe una condizione volontaria per la liberazione del cedente, atteggiandosi come accettazione della cessione del credito ed adesione all'accollo liberatorio del debito <sup>(383)</sup>; conseguentemente, secondo quest'ultima opinione, in caso di mancato consenso del contraente ceduto la cessione del contratto rimarrebbe ferma e l'accollo esterno si convertirebbe in accollo interno dei debiti <sup>(384)</sup>. Non è possibile, in questa sede, entrare nel merito delle diverse tesi; occorre, peraltro, segnalare che la più recente dottrina stempera la rigida affermazione secondo la quale il consenso del contraente ceduto sarebbe sempre elemento perfezionativo del contratto di cessione, ritenendo evidentemente eccessiva la conseguenza dell'inesistenza del contratto stesso: taluno distinguendo tra contratti di cessione a formazione istantanea od a formazione successiva <sup>(385)</sup>, altri, pur aderendo alla tesi tradizionale, ammette in caso di rifiuto di consenso del contraente ceduto una sorta di conversione in un negozio di cessione di crediti ed accollo di de-

---

<sup>(382)</sup> La tesi esposta nel testo, sostenuta dalla dottrina dominante, costituisce la logica conseguenza dell'accoglimento della c.d. teoria unitaria della cessione del contratto, che si contrappone alla teoria c.d. atomistica, secondo la quale nel negozio di cessione in oggetto sono ravvisabili una cessione di crediti ed un accollo di debito. La teoria atomistica, vigente il codice civile del 1942, è sostenuta soprattutto da CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962. Per una rassegna delle opinioni dottrinali sul punto, cfr. CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 6 ss., 57 ss.

<sup>(383)</sup> CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., p. 246 ss.; ID., *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 886 ss., e p. 894. Per la tesi della condizione sospensiva, v. anche Cass. 20 luglio 1971 n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2485, con nota di ROPPO, ed in *Foro it.*, 1972, I, c. 1362, con nota di BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*.

<sup>(384)</sup> CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, cit., p. 222 ss.; ID., *Cessione del contratto*, cit., p. 895.

<sup>(385)</sup> ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 259 ss.; CLARIZIA R., *La cessione del contratto*, cit., p. 57 ss.

biti <sup>(386)</sup>, sia pure previa verifica in concreto dell'intento delle parti <sup>(387)</sup>, ritenendosi, d'altra parte, che nelle more del consenso del contraente ceduto sorga un vincolo preparatorio tra cedente e cessionario <sup>(388)</sup>. Si tratta evidentemente di soluzioni di tipo equitativo, che tuttavia evidenziano chiaramente la relatività della distinzione tra elementi centrali ed elementi marginali della fattispecie, e l'esclusiva rilevanza del diritto positivo nella determinazione del ruolo di ciascun elemento.

Il rapporto, sopra delineato, tra elementi centrali e coelementi, rende chiara la collocazione del fenomeno condizionale rispetto ai *rapporti giuridici preparatori* <sup>(389)</sup>. Con questo termine vengono definite quelle situazioni di vincolo, prodromiche rispetto alla fattispecie negoziale definitiva, previste dall'ordinamento al fine di accordare una qualche tutela nel procedimento di formazione del negozio. La differenza essenziale del negozio condizionato rispetto ai rapporti preparatori in senso stretto (contratto preliminare, prelazione, opzione, proposta irrevocabile), sotto il *profilo assiologico*, è ravvisabile nel maggior grado di definizione e attualità dell'interesse negoziale nel negozio condizionale, che giustifica l'immediatezza e la definitività del vincolo negoziale nonostante vi sia, ancora, un certo livello di indeterminazione ed inattualità dell'interesse negoziale medesimo. Viceversa, nei rapporti preparatori in senso stretto, il livello di indeterminazione e inattualità di questo interesse negoziale è ancora talmente elevato da non giustificare il sorgere di un vincolo definitivo al negozio.

Sotto il profilo strutturale, la distinzione riflette quella, più generale, tra *fattispecie a formazione progressiva* e *procedi-*

<sup>(386)</sup> ALPA-FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 345.

<sup>(387)</sup> ANELLI, *La cessione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1188-1189.

<sup>(388)</sup> CARRESI, *Efficacia del consenso del contraente ceduto e doveri del cedente e del cessionario in pendenza della prestazione di tale consenso*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1955, VI, p. 33 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, cit., p. 216. Secondo App. Trieste 15 gennaio 1952, in *Foro pad.*, 1952, II, p. 47, sono applicabili le disposizioni degli artt. 1356 e 1358 c.c. nel periodo intercorrente tra l'accordo di cedente e cessionario, ed il consenso del contraente ceduto.

<sup>(389)</sup> Sul rapporto tra negozio condizionato e negozi preparatori, cfr. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 54 ss.



*mento* <sup>(390)</sup>: nel primo caso (che è quello del negozio condizionato o in attesa di un coelemento necessario di efficacia), i singoli elementi concorrono tutti alla produzione degli effetti finali, mentre nell'ipotesi del procedimento (in cui sono inquadrabili i negozi preparatori) gli effetti definitivi scaturiscono unicamente dall'atto finale (negozio definitivo).

Tra i commentatori del *code Napoléon*, e nel vigore del codice civile italiano del 1865, non esistendo alcuna norma di tenore analogo all'attuale art. 1331 c.c., parte della dottrina e della giurisprudenza qualificavano il *patto di opzione* come contratto definitivo, sospensivamente condizionato alla decisione di uno dei soggetti <sup>(391)</sup>. La tesi è stata in un primo momento criticata facendo leva sul dogma della accidentalità della condizione, e sulla sua presunta estraneità alla struttura tipica del negozio <sup>(392)</sup>. Successivamente, la dottrina ha — in modo più corretto — sottolineato il vero, decisivo argomento idoneo ad escludere la condizionalità della fattispecie: « la condizione opera, per definizione, sull'efficacia di un negozio completo e perfetto: l'idea della perfezione e della completezza implica sostanzialmente che il negozio è già esistente e presuppone realizzato uno degli elementi essenziali, cioè l'accordo. Per converso, nell'opzione, sebbene gli effetti del negozio

---

<sup>(390)</sup> Sul rapporto tra fattispecie a formazione progressiva e procedimento, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 190 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione (la pubblicità in generale)*, I, Milano, 1957, p. 350 ss. Per un'applicazione dei suddetti concetti, rispettivamente, al contratto condizionato ed alla sequenza contratto preparatorio-contratto definitivo, cfr. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 51 ss.

<sup>(391)</sup> Sulla tesi dell'opzione come contratto sospensivamente condizionato, cfr. la dottrina e la giurisprudenza citate in CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 165, nota 85, nonché BRANCA, *Contratto condizionato e patto d'opzione*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1644.

<sup>(392)</sup> CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 167 (« la condizione è elemento accidentale del negozio ed il suo carattere principale consiste nell'essere estranea alla struttura tipica del negozio, nel senso che questo come risulta fissato dall'ordinamento non prevede la condizione, anche se le parti possono assumerla nell'ambito di una fattispecie con la conseguenza di farla diventare elemento essenziale del negozio concreto. Considerando invece la struttura tipica dell'opzione, si rileva che l'elemento condizionante (accettazione dell'optante) non rappresenta nell'economia della fattispecie un elemento accidentale, ma addirittura l'elemento essenziale per la sua stessa configurazione teorica »). Cfr. anche gli autori citati in CESÀRO, *op. ult. cit.*, p. 167, nota 88.

finale non si siano ancora verificati, questa circostanza non è da ricollegare alla mancanza di un elemento che operi sull'efficacia, ma alla stessa incompletezza del negozio, che di riflesso determina necessariamente anche la non produzione degli effetti »<sup>(393)</sup>. Nessuna confusione può quindi essere fatta tra la fattispecie in esame e quella della condizione potestativa, anche nella versione della mera potestatività, trattandosi di stadi diversi del procedimento di formazione del negozio<sup>(394)</sup>.

La differenza tra negozio condizionale e negozio meramente preparatorio si manifesta anche *nei confronti dei terzi*, essendo

---

<sup>(393)</sup> CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 167 ss. Per la critica della tesi condizionale cfr. anche FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 796 ss.; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 35 ss., 43 ss. (« Il fatto sottoposto a condizione, sarebbe dato proprio da uno degli elementi essenziali del contratto, dall'accettazione senza la quale contratto non può esservi »); SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 141 ss. (il quale rileva che non può profilarsi una condizione « di fronte ad un meccanismo convenzionale quale è l'opzione, e con riguardo poi all'accettazione che rappresenta un elemento costitutivo del contratto; mentre non riesce possibile a tale stregua dar ragione della peculiare funzione ed efficacia dell'opzione, nel senso di fermare la proposta del soggetto che s'impegna fino alla decisione dell'optante »); VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale*, cit., p. 576-577 (che puntualizza come « la manifestazione di volontà dell'oblato da cui dipende l'efficacia del vincolo è da ascrivere, sicuramente, ad esercizio di attività negoziale »).

La critica della tesi condizionale trova il primo, autorevole precedente in Cass. 28 luglio 1923, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 559, ed in *Foro it.*, 1928, I, c. 1009, che definiva la famosa controversia tra Bocconi e « La Rinascente » (relativa ad un patto contrattuale con il quale il Bocconi « prometteva di vendere » determinati immobili alla Rinascente, la quale « si riservava il diritto di acquistarli »), concludendo nel senso che si trattava di contratto in formazione con irrevocabilità dell'offerta.

<sup>(394)</sup> CESÀRO, *Il contratto e l'opzione*, cit., p. 174, nota 98, precisa inoltre: « Il contratto di opzione ed il contratto meramente potestativo non solo sul piano esterno hanno profonde differenze, ma anche sul piano interno, perché l'adozione dei due rispettivi istituti comporta una valutazione degli interessi delle parti diversa a seconda del contratto posto in essere. Il contratto di opzione è destinato ad attuare un serio ed apprezzabile interesse dell'optante, diversamente da quanto accade nel condizionato meramente potestativo, dove questo interesse manca del tutto ».

Secondo BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, cit., p. 129, « il legislatore del 42 opportunamente diede vita all'attuale art. 1331, ma, volutamente ed in maniera pilatesca, ignorò l'esistente dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa i rapporti opzione/contratto condizionato ».

opponibile a questi ultimi — mediante il congegno dell'art. 1357 c.c. — la vicenda effettuale in prospettiva scaturente dal negozio condizionale, ed in genere dal negozio sottoposto ad un coelemento, anche necessario, di efficacia, ma non, viceversa, il vincolo meramente preparatorio scaturente, ad esempio, da un'opzione o una proposta irrevocabile <sup>(395)</sup>.

La distinzione rispetto agli elementi centrali è, infatti, propria di tutti i *coelementi* dell'atto giuridico, e quindi anche delle *fonti di qualificazione* — oggettiva o soggettiva — dell'effetto giuridico. Caratteristica di tutti i coelementi — siano essi passati, coevi o futuri al formarsi della fattispecie centrale — oltre a quelle sopra evidenziate, è la loro non-autosufficienza: mentre, cioè, la fattispecie centrale è logicamente e giuridicamente configurabile anche a prescindere dal coelemento, e come tale è autonomamente rilevante e produce effetti preliminari, il coelemento di efficacia dipende, per la sua stessa configurabilità, dall'esistenza della fattispecie centrale: ciò significa che, se cade quest'ultima, cadono anche i coelementi <sup>(396)</sup>.

La dottrina ha sottolineato le importanti *conseguenze di disciplina* che scaturiscono dalla *estrinsecità strutturale* della condizione (intesa come estraneità alla perfezione del negozio ed al nucleo degli elementi centrali) <sup>(397)</sup>. Fino a quando il negozio non è perfezionato, infatti, gli atti prenegoziali posti in essere non sono, in linea di massima, irrevocabili e impegnativi (art. 1328 c.c.), salvo che la legge disponga diversamente (artt. 1329, 1330, 1059, 2° comma, c.c.). Inoltre i presupposti di validità del negozio — come la capacità giuridica e la capacità di agire del soggetto — devono sussistere solo fino al momento in cui il negozio si perfeziona. Parallelamente, in caso di istituzione di erede o legato sottoposti a condizione sospensiva, la capacità a succedere deve essere verifi-

---

<sup>(395)</sup> Sul contenuto delle rispettive situazioni soggettive come differenza essenziale tra negozio condizionato e negozi preparatori, GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 319 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 57, nota 98. Non è invece decisivo il profilo della retroattività, che può essere derogato nel negozio condizionale, o pattuito convenzionalmente nell'opzione: FORCHIELLI, *Patto d'opzione e condizione potestativa*, cit., p. 806 ss.

<sup>(396)</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 169.

<sup>(397)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 4 ss., 250 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 519 ss.

cata al momento della morte <sup>(398)</sup>. Una volta perfezionatosi il ciclo formativo interno del negozio condizionato, questo è immediatamente irrevocabile <sup>(399)</sup>, ed è irrilevante il venir meno dei requisiti di validità durante la pendenza della condizione <sup>(400)</sup>. La legge applicabile al contratto condizionato è quella vigente nel momento della sua formazione, risultando irrilevante ogni modifica legislativa intervenuta durante la pendenza <sup>(401)</sup>. Parallelamente, il termine di prescrizione dell'azione diretta a far valere l'invalidità dell'atto decorre dal momento in cui il negozio condizionale si è perfezionato <sup>(402)</sup>. La definitività ed impegnatività del negozio, e quindi la maggiore intensità del vincolo scaturente dal negozio condizionato, rendono inoltre ragione delle differenze di disciplina tra negozio sospensivamente condizionato e negozio non ancora perfezionatosi, anche quando l'evento dedotto in condizione consiste in un comportamento potestativo di una delle parti <sup>(403)</sup>.

---

<sup>(398)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 139.

<sup>(399)</sup> Sulla irrevocabilità come effetto definitivo, e non meramente preliminare, del negozio condizionato, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 253; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 78. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 299 ss. (Id., *Aspettativa*, cit., p. 231), preferisce parlare di « vincolo negoziale », o « effetto negoziale », rilevando che « l'irrevocabilità non costituisce un effetto, ma, semmai, un modo di essere che acquista senso a sua volta, rispetto all'istituto contrapposto della revoca ».

<sup>(400)</sup> Facendo applicazione del principio enunciato nel testo, Cass. 7 gennaio 1984 n. 95, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 394 ss., ha correttamente affermato che un contratto di compravendita sospensivamente condizionato non può ritenersi nullo ai sensi della legge n. 10/1977 se il divieto di frazionamento del fondo risulta imposto da piano di lottizzazione e da convenzione successivi alla stipula del contratto, anche se durante il periodo di pendenza.

<sup>(401)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 139-140. La regola citata vale anche in campo tributario: l'art. 27, secondo comma, del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 dispone che « Quando la condizione si verifica, o l'atto produce i suoi effetti prima dell'avverarsi di essa, si riscuote la differenza tra l'imposta, *dovuta secondo le norme vigenti al momento della formazione dell'atto*, e quella pagata in sede di registrazione ».

<sup>(402)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 132.

<sup>(403)</sup> GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1319: « si spiega agevolmente, anche sotto il profilo della giustizia sostanziale, che il vincolo di colui che ha venduto sotto condizione sia assai più intenso di quello cui è assoggettato colui il quale ha concesso, per esempio, un'opzione di vendita: nel primo caso

La perfezione del negozio condizionato giustifica la produzione da parte del medesimo dei c.d. effetti preliminari <sup>(404)</sup>, ed in particolare il sorgere dell'aspettativa condizionale, situazione giuridica soggettiva che è trasferibile sia *inter vivos* che *mortis causa* <sup>(405)</sup>, mentre con riferimento all'opzione non sono configu-

---

manca, per la produzione degli effetti definitivi, solo un evento esterno di cui le parti hanno accidentalmente arricchito la fattispecie; nel secondo manca lo stesso consenso di una delle parti... È perfettamente spiegabile che l'ordinamento tenga conto, nel graduare gli effetti preliminari, delle diverse fasi di progressione cui è giunta ciascuna delle due fattispecie in formazione testé contrapposte ».

Sul rapporto tra opzione e condizione meramente potestativa, cfr. anche *supra*, paragrafo 27.

<sup>(404)</sup> Per NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 429, l'immediato intervento degli effetti preliminari, anche se non voluti dalle parti, è l'indice rivelatore della perfetta esistenza del negozio.

<sup>(405)</sup> Il trasferimento dell'aspettativa condizionale trova oggi la sua disciplina di carattere generale nell'art. 1357 c.c., con il quale si è generalizzata la norma contenuta nell'art. 1976 del codice civile abrogato, riferita alla concessione di ipoteca (Relazione al codice civile, n. 620). In ordine al trasferimento *mortis causa*, l'art. 1170 del codice civile del 1865 disponeva che « Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede », mentre l'art. 853 stabiliva che « Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione sospensiva, è priva d'effetto, se la persona, a cui favore è fatta, muoja prima che siasi verificata la condizione ». Il codice civile attuale ha invece generalizzato la disciplina della trasferibilità *mortis causa*, anche se derivante da disposizione testamentaria.

Sulla trasmissione dell'aspettativa condizionale (o comunque delle posizioni giuridiche scaturenti dal negozio condizionato) cfr. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 47; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1104; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 456, p. 464 ss., p. 475; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 797; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 202; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 244-245; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 322 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 102 ss.; ID., *Aspettativa di diritto*, cit., p. 467-468; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 308 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 612-613; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 397 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 91 ss.; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 250 ss.

In giurisprudenza, Cass. 21 dicembre 1950 n. 2807, in *Foro it.*, Rep. 1950, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 188; Cass. 20 luglio 1971 n. 2335, in *Foro it.*, Rep. 1971, voce *Contratto in genere*, n. 193, ed in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 361; Cass. 22 giugno 1972 n. 2055, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1511; Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, in *Foro it.*, Rep. 1975, voce *Contratto in genere*, n. 181; Trib. Catania 31 ottobre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 419; Cass. 7 febbraio 1985 n. 949, in *Mass. Giust. civ.*, 1985; Cass. 7 giugno 1991 n. 6498, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1653.

rabili né atti conservativi <sup>(406)</sup>, né aspettativa in senso tecnico, ma è al limite possibile solo una cessione di contratto, che richiede il consenso del contraente ceduto. È stato inoltre esattamente rilevato che, se il negozio condizionato non fosse già perfetto e completo in tutti i suoi elementi costitutivi, non potrebbe giustificarsi il fenomeno della condizionalità parziale, espressamente disciplinato (art. 1353 e art. 1354, terzo comma, c.c.) <sup>(407)</sup>. Senza tacere della possibile esecuzione anticipata del negozio condizionale, con il quale le parti possono pattuire, ad esempio, la trasmissione del possesso anche *pendente condicione* <sup>(408)</sup>. Il minor grado

---

Per un'articolata analisi sul punto, cfr. anche (nella dottrina francese) DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 21 ss., spec. p. 30 ss.

Escludono la configurabilità dell'aspettativa come effetto giuridico autonomo, e conseguentemente negano la trasferibilità dei c.d. effetti preliminari, ritenendo trasmissibile il solo « diritto futuro », SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa*, cit., p. 232; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 244-245. Per il punto sulla situazione, cfr. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 68 ss. (e dottrina ivi citata).

<sup>(406)</sup> BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 195, nota 43.

<sup>(407)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 252, ed ivi, nota 59.

<sup>(408)</sup> Sulla trasmissibilità del possesso all'acquirente sotto condizione sospensiva prima dell'avveramento della condizione, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 325 ss., e p. 369 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 313 (e p. 324, nota 171, ove una disamina della situazione possessoria durante la fase di pendenza e dopo l'avveramento della condizione, sia sospensiva che risolutiva); CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 602. In giurisprudenza, Cass. 4 maggio 1978 n. 2095, in *Arch. civ.*, 1979, p. 352, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 201 ss., che rileva non esservi « incompatibilità né sul piano logico-pratico né su quello dogmatico... configurandosi la consegna del bene prima dell'avveramento della condizione (sospensiva) come iniziativa di fatto volta a consentire il godimento della cosa in attesa della definizione giuridica del trapasso di proprietà »; correttamente la Suprema Corte ritiene quindi che l'art. 1356 c.c., « consentendo all'acquirente sotto condizione sospensiva soltanto il compimento di atti conservativi, non esclude che le parti nell'ambito della loro autonomia contrattuale possano concordare al riguardo iniziative e comportamenti che vadano oltre la funzione meramente conservativa ». Del resto, tale possibilità è pienamente coerente con quella, che le parti pure hanno ex art. 1353 c.c., di condizionare l'efficacia del contratto solo parzialmente, e quindi di rendere immediatamente efficaci determinate « zone » contrattuali, come l'obbligazione di consegna o simili.

NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 426, ritiene invece che non si possa dare senz'altro esecuzione al negozio sospensivamente condizionato, indipendentemente dal verificarsi o meno della condizione.

di impegno fissato con il contratto di opzione, e nelle fattispecie analoghe in cui il negozio non è ancora perfezionato (si pensi alla vendita con riserva di gradimento) giustifica poi l'inapplicabilità della disciplina *ex art. 1357 c.c.* <sup>(409)</sup>. Per lo stesso motivo il negozio sospensivamente condizionato — a differenza dell'opzione e della proposta irrevocabile — può essere immediatamente trascritto <sup>(410)</sup>.

La distinzione tra elementi centrali ed elementi marginali della fattispecie vale anche a distinguere tra la condizione e l'evento che, in determinate situazioni, sostituisce — nell'ambito di un *ciclo formativo irregolare* — un elemento costitutivo della fattispecie centrale <sup>(411)</sup>. Il riferimento è, in particolare, alle ipotesi di *conferma dei negozi nulli*, o *convalida dei negozi annullabili*, ove la dottrina più antica tendeva a configurare la conferma o la convalida, evento futuro ed incerto, *sub specie* di evento condizionante rispetto al negozio nullo o annullabile. Nulla ha invece a che fare la condizione con tali fattispecie, essendo la stessa coelemento di efficacia e non elemento costitutivo della fattispecie, della quale presuppone necessariamente la perfezione <sup>(412)</sup>. Si è correttamente

---

<sup>(409)</sup> GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1317, il quale evidenzia che « colui il quale vende con riserva di gradimento può, se il contratto non è ancora perfezionato, alienare a terzi in modo che l'acquisto di costoro sia inattaccabile; laddove, se il contratto è condizionato, l'acquisto del terzo è a propria volta subordinato alla condizione ».

<sup>(410)</sup> Sulla trascrivibilità immediata del negozio condizionato come effetto preliminare, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 351-352; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 211; TATARANO, « Incertezza », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 79-80. In giurisprudenza, Cass. 29 dicembre 1962 n. 3448, in *Foro it.*, Rep. 1962, voce *Trascrizione*, n. 11; Cass. 7 marzo 1964 n. 503, in *Foro it.*, Rep. 1964, voce *Trascrizione*, n. 13; Cass. 10 novembre 1976 n. 4142, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Trascrizione*, n. 27; Cass. 5 luglio 1977 n. 2936, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Trascrizione*, n. 33; Cass. 26 marzo 1977 n. 1190, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Trascrizione*, n. 13.

Per l'affermazione che « la trascrizione si può e si deve effettuare solo quando la fattispecie è completa di tutti i suoi elementi centrali », PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina, 1945, p. 28.

<sup>(411)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 42 ss. Anche OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 97, distingue incisivamente le fattispecie indicate: « dell'atto inesistente può dirsi che il ciclo formativo si è interrotto senza portare alla nascita, dell'atto nullo che il ciclo si è chiuso senza portare alla vita, dell'atto in formazione che il suo ciclo è in via di compimento ».

<sup>(412)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 320 ss.

rilevato che « se può accadere che il negozio, non perfezionandosi per difetto di un elemento costitutivo, conservi l'attitudine a spiegare gli effetti suoi propri, e che il fatto richiesto, perché tali effetti si realizzino, sia futuro ed incerto, tuttavia questo fenomeno va spiegato altrimenti dato che l'elemento integrativo, in questo caso, è futuro, non già riguardo al negozio strutturalmente perfetto, come nell'ipotesi della condizione, ma con riferimento ad una fattispecie negoziale parziale che si completa, irregolarmente, secondo lo schema dei valori formali e sostanziali del sistema, solo quando quell'elemento si sarà prodotto »<sup>(413)</sup>.

Altro e diverso discorso è, ovviamente, la *possibilità di sottoporre a condizione un atto invalido*: si pensi all'ipotesi del contratto annullabile, che, fino alla pronuncia della sentenza costitutiva di annullamento, produce i propri effetti, sia pure precari ed eliminabili. Non può escludersi, quindi, un interesse delle parti del negozio annullabile a sospenderne l'efficacia in attesa dell'eventuale convalida, per cui un'eventuale condizione sospensiva deve, in questo caso, ritenersi senz'altro ammissibile<sup>(414)</sup>.

La definizione del ruolo degli elementi centrali della fattispecie consente di affermare *l'inammissibilità della condizione che subordini l'efficacia del negozio al sopravvenire di uno dei suddetti elementi centrali*. Non è, cioè, possibile condizionare l'efficacia del negozio al sopravvenire del consenso di una delle parti, all'osservanza della forma prescritta dalla legge a pena di nullità, alla determinabilità<sup>(415)</sup> della causa o dell'oggetto, ed in generale al

<sup>(413)</sup> TOMMASINI, *Sanatoria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 237.

<sup>(414)</sup> Appare generica ed affrettata, quindi, la conclusione di D'URSO, *È valido un preliminare di vendita di beni ereditari del minore condizionato alla successiva autorizzazione ex art. 747 c.p.c.?*, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 932, al quale sembra « non abbia senso discutere sulla possibilità o meno di sospendere gli effetti di un contratto invalido »: ipotesi, probabilmente, riferita alla fattispecie del contratto nullo, nella quale non ha senso porsi un problema di condizionamento (neanche in vista di una possibile conferma, ove prevista dalla legge), visto che *quod nullum est, nullum producit effectum*.

<sup>(415)</sup> Si è parlato di « determinabilità » e non di « determinazione », poiché la legge, ai fini della validità dell'atto, richiede soltanto la prima. Ciò significa che il negozio deve necessariamente contenere i criteri per la determinabilità dell'oggetto e della causa, e non è possibile condizionare il negozio all'individuazione di tali criteri. Viceversa — come sarà meglio chiarito nel prosieguo — una volta che oggetto e causa siano determinabili, la fonte di qualificazione oggettiva o causale possono essere assunti come eventi condizionanti in senso tecnico.



soppravvenire di un elemento che per legge non pregiudica solo l'efficacia, ma addirittura la perfezione e la validità del negozio <sup>(416)</sup>.

Una fattispecie particolarmente interessante è quella in cui l'efficacia del contratto è, dalle stesse parti, *condizionata alla ripetizione* del medesimo *in una forma solenne*, peraltro non prescritta dalla legge a pena di nullità (ad esempio, una scrittura privata di compravendita immobiliare nella quale l'effetto traslativo sia condizionato alla redazione dell'atto pubblico, che viene nel contempo assunta ad oggetto di obbligazione): la liceità di tale fattispecie, comunemente ammessa <sup>(417)</sup>, discende dal fatto che la forma non è richiesta dalla legge per il perfezionamento (e quindi per la validità) del negozio, bensì dalle stesse parti, nell'esplicazione della loro autonomia contrattuale, per l'efficacia del contratto medesimo. Né può ritenersi — come pure è stato sostenuto — che l'art. 1352 c.c., in quanto assegna alla forma convenzionale il ruolo di requisito di esistenza o validità, e non di efficacia, del futuro contratto, osti alla deducibilità in condizione della futura documentazione del negozio <sup>(418)</sup>: sembra, infatti, che quest'ultima dottrina confonda

---

<sup>(416)</sup> In tal senso, LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 20, e p. 23 (che correttamente ritiene essenziale « che il negozio sia già penetrato nel mondo giuridico indipendentemente dalla condizione e che quindi essa non incida sulla rilevanza dell'atto »); Cass. 28 settembre 1994 n. 7893, in *Vita not.*, 1995, p. 837 ss., per la quale non è ammissibile « che le parti possano degradare a mera condizione (che è un elemento accidentale che incide sulla efficacia del contratto) un requisito espressamente previsto dalla legge per la validità di un determinato tipo di contratto ».

<sup>(417)</sup> Per la liceità della fattispecie descritta nel testo, e per il suo inquadramento nell'ambito della condizionalità (di tipo potestativo), COVIELLO L., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, 2, Milano, 1902, p. 84; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 311, nota 9; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 90; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 306-307; Cass. 11 agosto 1947, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 450.

Sulla diffusione di tale tipo di condizionamento nell'esperienza giuridica francese (ove gli interpreti considerano il *compromis sous seign privé* come fonte dell'effetto reale, ed il successivo atto notarile pubblico come semplice condizione di efficacia), cfr. CHIANALE, *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 294; Id., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 101-102.

<sup>(418)</sup> Per l'applicazione, alla fattispecie, dell'art. 1352 c.c., CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 218; DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla « documentazione » del futuro negozio*, in *Studi in onore*

l'ipotesi del patto sulla forma *ex art.* 1352 c.c., riferito dalla legge alla stipulazione di un *futuro contratto* (ipotesi nella quale sembra prevalere la tesi che ravvisa nell'osservanza dell'onere formale un requisito di esistenza del negozio, con conseguente esclusione del fenomeno condizionale), con la diversa ipotesi in cui l'adozione di una data forma viene assunta quale evento condizionante l'efficacia del *medesimo contratto* già stipulato ed in cui è contenuto il patto sulla forma: fattispecie, quest'ultima, definibile come « *ripetizione* » *negoziale*, e nella quale non si ha motivo di non ritenere valido ed esistente il negozio (purché si abbia potestatività semplice e non mera), con la conseguente applicazione della disciplina sulla condizione (e quindi anche della c.d. finzione di avveramento nell'ipotesi in cui la condizione non si verifichi per causa imputabile ad una delle parti). In altri termini, l'accordo di ripetizione, in quanto costituente condizione in senso tecnico, costituisce un patto sulla forma diverso da quello disciplinato dall'art. 1352 c.c. <sup>(419)</sup>.

#### 47. I) *Condizione sospensiva e contratto preliminare.*

Il congegno della condizione sospensiva rappresenta, come si è visto, un eccellente strumento a disposizione dell'autonomia privata per il controllo delle sopravvenienze, che consente — nel contempo — di vincolarsi contrattualmente, rendendo opponibile ai terzi tale vincolo. Avuto riguardo a tale funzione, sorge spontaneo il confronto con un altro, importante strumento, rappresentato dal *contratto preliminare*. Autorevole dottrina ha infatti evidenziato che la funzione tipica del preliminare consiste proprio nel controllo dei presupposti dell'operazione, e quindi nella valutazione delle circostanze, passate, coeve o future rispetto alla stipulazione, che possono incidere sull'economia dell'affare ed, eventualmente, legittimare il rifiuto alla conclusione del contratto definitivo <sup>(420)</sup>. Si tratta, a questo punto, di individuare con esattezza il discrimine tra

---

di M. Giorgianni, Napoli, 1988, p. 106 ss.; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 121 ss., 124 ss.; FAVALE, *Forme « extralegali » e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, p. 239-240.

<sup>(419)</sup> Nel senso indicato nel testo, cfr. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 1001-1002; PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, cit., p. 460; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 585; DI GIOVANNI, *La forma*, cit., p. 807-808.

<sup>(420)</sup> GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 152 ss.

le due fattispecie, anche in considerazione della diversa disciplina giuridica che la legge accorda al contratto preliminare ed al contratto condizionato.

Una prima, importante, differenza è costituita dal diverso grado di attualità e determinatezza degli interessi coinvolti nell'operazione: è stato incisivamente affermato che il grado di incertezza proprio del contratto preliminare è maggiore, tale cioè da non consentire la precisa individuazione di un evento (condizionante), al cui verificarsi rimettere l'efficacia o meno del contratto <sup>(421)</sup>. Occorre, poi, rilevare che il controllo, al quale le parti rimettono la stipulazione del definitivo, può riguardare anche circostanze passate o presenti (ad esempio, l'individuazione catastale dell'immobile o la libertà da ipoteche), mentre l'evento condizionante è, per definizione, futuro.

La differenza principale è però un'altra, e si coglie distintamente, anche alla luce dell'evoluzione dogmatica della categoria del contratto preliminare <sup>(422)</sup>, consentendo il definitivo superamento delle concezioni che, anche di recente, hanno assimilato il preliminare medesimo al contratto condizionato <sup>(423)</sup>. Come è noto, la concezione prevalente ravvisa nel contratto preliminare la fonte di un obbligo di fare, e precisamente dell'obbligazione di prestare

---

<sup>(421)</sup> GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 157, e p. 171, nota 39 (secondo il quale, mentre il contratto preliminare « denota un'incertezza affatto generica in ordine alla persistenza in futuro dei fondamenti intrinseci dell'accordo raggiunto », il negozio condizionato esprime « un'incertezza in ordine a fatti specifici e concreti, ben presenti alla mente dei contraenti »). La distinzione è ribadita dall'Autore con riferimento alla c.d. vendita a prova, generalmente inquadrata nell'ambito del negozio condizionale (p. 173, nota 40): « L'elemento differenziale sta qui nel fatto che le parti ricorreranno alla vendita a prova, quando hanno perfettamente individuato il punto su cui residua il dubbio e sanno quindi che un semplice esame potrà avere esito decisivo; il preliminare di vendita è invece un contratto per così dire immaturo, in cui le parti sono incerte, senza avere nemmeno chiaro quale sia o possa essere l'elemento su cui cade l'incertezza e senza che quindi sia possibile stabilire in partenza uno specifico mezzo per dissipare l'incertezza medesima ».

<sup>(422)</sup> Per una sintesi degli orientamenti dottrinali sulla natura giuridica del preliminare e sul rapporto con il definitivo, cfr. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, cit., p. 252 ss.

<sup>(423)</sup> MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 35 ss., 49 ss., 84 ss., 95 ss.; BARBIERA, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la Novella del 1997*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 7 ss.

il consenso per la stipula del contratto definitivo <sup>(424)</sup>; preliminare e definitivo, in quest'ottica, non sono momenti di un'unica fattispecie a formazione progressiva (come invece lo sono il negozio condizionato e l'evento condizionante), bensì distinte fattispecie costituenti parte di un *procedimento*, culminante nel contratto definitivo che costituisce, esso soltanto, la fonte degli effetti finali <sup>(425)</sup>. In questa prospettiva, la distinzione tra preliminare e definitivo condizionato è agevole: le parti, stipulando il preliminare, « non vogliono che si effettui la traslazione di una cosa contro prezzo o la dazione di un bene o il sorgere di un obbligo definitivo, ma vogliono esclusivamente impegnarsi, o entrambe o una sola di esse, a stipulare in prosieguo il contratto di trasferimento del bene o della nascita dell'obbligazione definitiva », mentre nel negozio condizionato « non c'è promessa di volizione, ma c'è volontà attuale di disposizione quando si sarà verificata la condizione » <sup>(426)</sup>.

Si tratta, peraltro, di una posizione che ha subito, soprattutto negli anni più recenti, una progressiva erosione: da un lato la dottrina ha convincentemente dimostrato che l'impegno assunto con il contratto preliminare non è esclusivamente quello di prestare il consenso per il definitivo, ma comprende anche l'impegno traslativo relativo al bene promesso <sup>(427)</sup>, e, più in generale, l'obbligazione di dare, con ciò avvicinandosi la fattispecie del preliminare a quella della vendita obbligatoria di stampo romanistico e germanico <sup>(428)</sup>; la giurisprudenza, dal canto suo, ha avallato questa

---

<sup>(424)</sup> Si tratta della concezione tradizionale, risalente a COVIELLO L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896; Id., *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 3, 2, Milano, 1902, p. 68 ss. Cfr. anche nel senso suindicato, tra gli altri, GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 80 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 427 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 526 ss.

<sup>(425)</sup> GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 51 ss.

<sup>(426)</sup> TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 82.

<sup>(427)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 188-189; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, p. 76 ss., 165 ss. (ed ivi riferimenti).

<sup>(428)</sup> Sulla configurazione, nel contratto preliminare, di un'obbligazione di trasferire la proprietà, in deroga quindi al principio consensualistico, e quindi per la sostanziale ricostruzione come vendita obbligatoria, LENER, in *Foro it.*, 1977, I, c. 671-672; CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 284; Id., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferi-*

posizione, nella misura in cui applica al contratto preliminare i rimedi propri del corrispondente contratto definitivo <sup>(429)</sup>. L'evoluzione nel senso indicato è stata, altresì, favorita dalla diffusione nella prassi del c.d. preliminare ad esecuzione anticipata <sup>(430)</sup>, nonché dalle modifiche legislative che hanno consentito la trascrizione

---

*mento della proprietà*, Torino, 1998; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 170 ss.; DI MAJO, *La « normalizzazione del preliminare »*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 131; CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 379; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19 ss.; CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 127 ss.

In giurisprudenza, cfr. soprattutto Cass. 27 febbraio 1985 n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1630, in *Foro it.*, 1985, I, c. 710, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, p. 303, ed in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 752 (che parla di « sostanziale impegno traslativo » del promittente alienante); Cass. 18 novembre 1987 n. 8486, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 537 (« il c.d. contratto preliminare, lungi dall'essere un semplice contratto preparatorio destinato ad essere assorbito da quello definitivo, resta la sola fonte dei diritti e degli obblighi contrattuali tra le parti, e il c.d. definitivo, lungi dall'assorbire il preliminare e a porsi come il solo regolamento dei rapporti tra i contraenti, rileva esclusivamente come adempimento delle obbligazioni assunte con il primo »).

La tesi della natura solutoria del contratto definitivo, e la conseguente equiparazione della sequenza preliminare-definitivo a quella contratto obbligatorio-atto traslativo, propria degli ordinamenti di tradizione germanica (e romanistica in senso stretto), oltre che da Montesano, è stata sostenuta, sia pure con diverse sfumature, da SATTA, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 73 ss.; RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 117 ss.; GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 65 ss.

*Contra*, per tutti, GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 96 ss.

<sup>(429)</sup> Cfr. sul punto, con varietà di soluzioni, GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 202 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 439 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 206 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 188 ss., 198 ss.; CHIANALE, *Contratto preliminare*, cit., p. 283-284; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 275 ss.; BARBIERA, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la Novella del 1997*, cit., p. 10 ss.; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 264 ss.

<sup>(430)</sup> Sul preliminare ad esecuzione anticipata, cfr. soprattutto RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 32, nota 10; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 133; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 941; LENER, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669 ss.; GABRIELLI E., *Il « preliminare ad effetti anticipati » e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, ora in *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997, p. 176 ss.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*,

del contratto preliminare, dando sostegno all'opinione che vede nel preliminare del contratto traslativo di diritti reali immobiliari, specie se eseguibile in forma specifica, la fonte di uno *ius ad rem*, più che un vero diritto di credito <sup>(431)</sup>.

Le opinioni della più recente dottrina individuano quindi nel contratto preliminare un contenuto più ricco ed articolato rispetto a quello tradizionalmente ritenuto suo proprio; non si dubita, peraltro, che l'atto traslativo vero e proprio è pur sempre costituito dal contratto definitivo, rispetto al quale si pone, tutt'al più, un problema di individuazione della causa: *causa vendendi*, *causa solvendi*, o entrambe <sup>(432)</sup>. La dottrina prevalente non dubita neanche della compatibilità, nel medesimo contratto (definitivo) tra natura negoziale e natura solutoria, che in passato era invece stata negata <sup>(433)</sup>.

Diversa da quelle suesposte è l'opinione che ravvisa nel contratto preliminare la vera fonte dell'effetto traslativo, ritenendo che il c.d. definitivo non sia altro che l'evento condizionante cui le parti hanno rimesso l'entrata in vigore del regolamento di interessi, con l'unica particolarità che tale evento condizionante sarebbe rappresentato da un comportamento volontario di tutti gli autori del programma negoziale <sup>(434)</sup>, sia pure qualificato come atto non

II, cit., p. 265 ss.; CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 1108 ss.

<sup>(431)</sup> GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, cit., p. 19 ss.; ID., *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 708.

<sup>(432)</sup> Cfr. sul punto GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 24 ss.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., p. 159 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 282 ss.; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 263.

<sup>(433)</sup> Per l'incompatibilità tra le qualifiche di negozio e di atto dovuto, cfr. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 117 ss.; MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 22 ss.; ID., *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 1174 ss.; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, cit., p. 20.

Nel senso, invece, che le due qualifiche sono compatibili, cfr., tra gli altri, CAMPAGNA, *I « negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., p. 193 ss.; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 20 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 432 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 2, Milano, 1984, p. 29 ss.

<sup>(434)</sup> Per la configurazione del contratto definitivo come condizione, MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 35 ss., 49 ss., 84 ss., 95

negoziale <sup>(435)</sup>. Si tratterebbe, secondo l'esposta opinione, di una condizione potestativa semplice, e non meramente potestativa, in quanto il futuro comportamento delle parti non sarebbe libero e quindi arbitrario, bensì dovuto <sup>(436)</sup>.

Tuttavia, se può concordarsi sulla potestatività semplice, e non mera, di detto comportamento, non può invece attribuirsi allo stesso la qualifica di condizione in senso tecnico. Ciò non dipende, peraltro, dalle motivazioni solitamente addotte dalla dottrina, ed in primo luogo dalla presunta accidentalità o estrinsecità della condizione <sup>(437)</sup>, come si è dimostrato, ben potendo la condizione stessa tutelare il medesimo interesse che sta alla base della causa negoziale. Non rileva poi l'irretroattività del contratto definitivo, non costituendo la retroattività un requisito indefettibile della condizione <sup>(438)</sup>. Non si può neppure sostenere che difetta il requisito dell'incertezza dell'evento futuro, causa la coercibilità *ex art. 2932 c.c.*, poiché non è possibile confondere la certezza dell'effetto giuridico obbligatorio con la certezza della sua esecuzione <sup>(439)</sup>. Non è neanche importante che la legge, nel disciplinare la condizione potestativa, faccia sempre riferimento al comportamento di una delle parti del contratto, e mai a quello di entrambe: nulla impedisce, infatti, che le parti facciano riferimento ad un mero *factum a voluntate pendens*, dipendente da esse, ovvero ad un atto giuridico in senso stretto a struttura bilaterale (dichiarazione di scienza, o dichiarazione non negoziale di volontà, con efficacia quindi meramente dichiarativa).

La vera ragione ostativa alla qualificazione del contratto definitivo come condizione è — come dimostra la disciplina della condizione sospensiva meramente potestativa — l'impossibilità di inquadrare nell'ambito condizionale quello che è, a tutti gli effetti, un *ulteriore atto di autonomia delle stesse parti del negozio, teleolo-*

---

ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 203; BARBIERA, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la Novella del 1997*, cit., p. 7 ss. Un cenno in tal senso già in RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., p. 118, nota 82.

<sup>(435)</sup> MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, cit., p. 1191.

<sup>(436)</sup> MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 51-52.

<sup>(437)</sup> Cfr. invece, in tal senso, GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 107.

<sup>(438)</sup> Cfr. sul punto GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 106-107.

<sup>(439)</sup> Sui concetti indicati nel testo, cfr. *infra*, paragrafo 53.

*gicamente diretto agli stessi effetti programmati con il preteso negozio condizionato*: si ha qui, in sostanza, il rinvio della definizione dell'assetto di interessi ad un momento successivo, mentre il meccanismo condizionale presuppone che tale assetto sia già definitivo e vincolante, come tale produttivo degli effetti preliminari ed opponibile ai terzi.

La disciplina positiva conferma la superiore ricostruzione: nell'ipotesi in cui le parti manifestino solo la volontà « preliminare », e non « definitiva » di regolamentare i propri interessi mediante un programma negoziale, l'ordinamento riconnette alla fattispecie così posta in essere *effetti meno intensi*, e comunque diversi da quelli propri del contratto condizionato: basti pensare all'inidoneità del contratto preliminare a costituire « titolo » di acquisto ai fini delle norme sull'usucapione decennale, o alla diversa disciplina ed effetti della trascrizione (art. 2645-*bis* e 2659 ult. comma c.c.) <sup>(440)</sup>, o ancora all'inapplicabilità delle norme poste a tutela dell'aspettativa condizionale <sup>(441)</sup>. In definitiva, allorché le parti subordinino il prodursi dell'efficacia ad un successivo loro atto di autonomia, quest'ultimo non può assumere la qualifica di condizione, né essere assoggettato alla relativa disciplina. La soluzione si salda, quindi, con le conclusioni già raggiunte in tema di opzione e contratti preparatori: l'atto di una o di entrambe le parti che sia diretto alla conclusione del procedimento di formazione del contratto assume un ruolo strumentale a tale conclusione e si inserisce, a pieno titolo, nell'ambito degli elementi centrali della fattispecie negoziale, non

---

<sup>(440)</sup> Sulla diversità di disciplina tra le due fattispecie concorda anche MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, cit., p. 1193 ss.

<sup>(441)</sup> Deve essere pertanto rettificata l'affermazione di GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 53-54, secondo il quale « se anche contratto preliminare e contratto definitivo non possono considerarsi semplici elementi di una fattispecie unitaria, ma sono piuttosto fattispecie autonome, inserite in un procedimento — la necessità di proteggere il futuro acquisto del titolare di un diritto al contratto esiste sostanzialmente negli stessi termini in cui si pone l'esigenza di proteggere il futuro acquisto del diritto condizionato o del diritto su un bene futuro o del diritto su beni presenti da parte del nascituro ». Vero è, invece, che nell'ipotesi del contratto preliminare quell'esigenza viene sentita in minor misura, tant'è vero che la stessa opponibilità ai terzi delle situazioni giuridiche nascenti dal preliminare — oggi prevista dall'art. 2645-*bis* — è limitata temporalmente e comunque disposta entro limiti ben precisi.



potendo, in nessun caso, essere collocato tra quelli marginali, tra i quali si colloca invece la condizione.

48. L) *Condizione risolutiva e recesso.*

Il problema dei rapporti tra condizione risolutiva potestativa e recesso, in più occasioni analizzato da dottrina e giurisprudenza, è estremamente significativo ai fini della rigorosa individuazione del concetto di condizione. Le difficoltà incontrate, a questo proposito, dalla dottrina, ed i dubbi in cui la stessa ancor oggi si dibatte, sono, d'altra parte, sintomatici della confusione di idee sul punto e dell'incertezza ancora regnante sull'esatta configurazione del fenomeno condizionale.

È diffusa, in dottrina, la parificazione del recesso unilaterale alla condizione risolutiva meramente potestativa<sup>(442)</sup>, anche se è sostenuta anche la contraria opinione, che differenzia nettamente i due fenomeni<sup>(443)</sup>. Questi, in effetti, sono stati a lungo nettamente

---

<sup>(442)</sup> Ritengono ammissibile la condizione risolutiva meramente potestativa, qualificandola come patto di recesso (non retroattivo), MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 237; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 521; GABRIELLI-PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 39 ss.; LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 29; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 138-139; LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 133, nota 27; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 83 ss.; BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, cit., p. 130 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto, I - Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 365 ss.; Cass. 7 agosto 1989 n. 3626, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 350, con nota di DE RENZIS, *Condizione risolutiva - Distinzione dal recesso*. Nello stesso senso, limitatamente ai contratti di durata, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 796. In posizione particolare si pone GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., p. 96 ss., il quale, pur differenziando concettualmente recesso e condizione risolutiva meramente potestativa, ritiene, per un verso, inapplicabile a quest'ultima la disciplina dell'art. 1357 c.c., e, per altro verso, ritiene applicabili anche al recesso le norme sulla pendenza condizionale (in specie, gli artt. 1356, 1358, 1359, 1361 c.c.). L'Autore ammette peraltro alcune differenze di disciplina: la condizione risolutiva, ad esempio, ancorché meramente potestativa, determina la risoluzione contrattuale anche in presenza di un inizio di esecuzione, nonostante il silenzio delle parti.

<sup>(443)</sup> Per una netta differenziazione della condizione risolutiva potestativa rispetto al recesso, cfr. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 139 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 301 ss., 332 ss.; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., p. 92 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 73-74, e p. 77 ss.; App. Napoli 17

distinti sulla base del solo profilo della retroattività, che era considerato caratterizzante della condizione ed assente invece, per definizione, nell'ipotesi del recesso <sup>(444)</sup>. L'evoluzione dottrinale in merito a quest'ultimo istituto, ed in particolare il progressivo affermarsi dell'opinione che — ritenendo la previsione di deroga *ex art.* 1373 c.c. estensibile anche al profilo della decorrenza degli effetti del recesso — ritiene ammissibile un recesso retroattivo <sup>(445)</sup>, mentre nel contempo si ribadisce la non essenzialità della retroattività al concetto di condizione, ha reso più labili i confini tra recesso e condizione risolutiva; ciò, unitamente alle difficoltà incontrate in relazione alla figura della condizione risolutiva meramente potestativa — da taluno ritenuta inammissibile come tale <sup>(446)</sup> — ha portato talvolta a sopperire, mediante l'istituto del recesso, alle esigenze soddisfatte dalla condizione risolutiva.

La dottrina più attenta ha peraltro, già da tempo, evidenziato l'*infungibilità dei due istituti*: innanzitutto, solo dal negozio condizionale sorge una vera e propria aspettativa, diretta a garantire l'attuazione dell'assetto definitivo degli interessi <sup>(447)</sup>; d'altronde, il recesso opera solo nell'ambito dei negozi patrimoniali tra vivi, mentre l'ambito di applicazione della condizione è esteso anche ai

gennaio 1973, in *Dir. e giur.*, 1974, p. 469; Cass. 19 settembre 1974 n. 2504, in *Vita not.*, 1975, p. 899, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3022, ed in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 462; Cass. 7 agosto 1989 n. 3626, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1950, con nota di COSTANZA; Cass. 25 gennaio 1992 n. 812, in *Riv. not.*, 1993, p. 493.

<sup>(444)</sup> Per la tesi della necessaria irretroattività del recesso, cfr. DI MAJO GIAQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 113; Cass. 18 settembre 1974 n. 2504, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3022.

Sul rapporto tra recesso, irretroattivo, e revoca unilaterale, retroattiva, cfr. in vario senso RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1079 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 85, nota 31; CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1969, p. 48 ss.; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 55 ss., spec. note 69 e 72; FERRI L., *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 198-199; COSTANZA, *Revoca*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 447.

<sup>(445)</sup> Cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 569 ss.; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 90 ss. (il quale ritiene anzi che il recesso sia normalmente retroattivo, salva diversa volontà delle parti).

<sup>(446)</sup> Cfr. *supra*, nota 114 del capitolo IV.

<sup>(447)</sup> PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 319 ss.; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 338.

negozi *mortis causa* ed a quelli a contenuto personale e non patrimoniale <sup>(448)</sup>.

Ma è soprattutto nei confronti dei terzi che si manifesta la differenza tra le due fattispecie, poiché, « anche se le parti pattuissero una retroattività del recesso, questa, appunto perché derivante dalla volontà delle parti, non potrebbe essere, secondo i principi, che una retroattività « relativa », che non pregiudicherebbe i diritti acquistati dai terzi » <sup>(449)</sup>. Viceversa, la condizione risolutiva consente — mediante il congegno dell'art. 1357 c.c., autonomo rispetto alla regola di retroattività, e quindi mediante le norme sulla trascrizione dei negozi condizionati — di opporre ai terzi la vicenda risolutiva medesima, e quindi di far salvo il diritto dell'alienante sotto condizione risolutiva, anche a fronte di atti di disposizione compiuti dall'acquirente durante la fase di pendenza.

Proprio questa conseguenza è stata ritenuta eccessiva — con riferimento alla condizione risolutiva meramente potestativa — da quella parte della dottrina che nega la configurabilità di tale istituto; ritenendosi che il sacrificio dell'interesse dei terzi non sarebbe adeguatamente controbilanciato, nelle ipotesi in cui le sorti del rapporto negoziale sono rimesse al mero arbitrio di uno dei contraenti <sup>(450)</sup>. Senonché, anche a questa obiezione è stato adeguatamente ribattuto che « non si vede perché le parti potrebbero sacrificare gli interessi dei terzi e rendere meno agevole la circolazione dei beni, per raggiungere i particolari fini di autonomia privata in vista dei quali è predisposto il congegno della condizione risolutiva, soltanto allorché l'evento condizionante dipenda dal caso o dalla volontà di un terzo e non anche quando esso dipenda dalla « mera » volontà di una delle parti. E più precisamente non si vede perché quegli interessi potrebbero essere sacrificati nel caso di condizione risolutiva potestativa semplice e non anche nel caso di condizione risolutiva meramente potestativa » <sup>(451)</sup>. Ciò non fa che

<sup>(448)</sup> ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 338.

<sup>(449)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 301; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 338.

<sup>(450)</sup> GABRIELLI, *Vincolo unilaterale e recesso contrattuale*, cit., p. 96-97.

<sup>(451)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 302. In senso diverso, GABRIELLI, *Vincolo unilaterale e recesso contrattuale*, cit., p. 96-97, il quale, argomentando da pretese ragioni di simmetria rispetto al rapporto tra condizione sospensiva meramente potestativa ed opzione, ritiene verosimile « ammettere la stessa contrapposizione nel campo

confermare, del resto, quella « neutralità » che caratterizza l'istituto condizionale, e che rende insensibile la disciplina dello stesso alle variabili situazioni di interesse sottostanti alla previsione condizionale medesima.

L'unica esigenza dei terzi, certamente meritevole di tutela, è quella della *delimitazione temporale dell'arbitrio del contraente* cui è rimesso l'avveramento della condizione, e può essere adeguatamente soddisfatta mediante la previsione convenzionale di un termine, o in mancanza mediante fissazione giudiziale del medesimo <sup>(452)</sup>. Probabilmente, può anche ritenersi applicabile, per

---

dei fatti risolutivi: pregiudica i diritti di terzi solo quella risoluzione, prevista in contratto, che avvenga in forza di eventi diversi da una nuova valutazione, opposta a quella originaria, circa la convenienza del negozio. Quando la precarietà del regolamento contrattuale viene convenuta in considerazione dell'esigenza soggettiva di uno dei contraenti, il quale si riserva puramente e semplicemente la facoltà di una riponderazione di merito, anziché in contemplazione di un fatto estrinseco e oggettivamente accertabile, appare giustificato che il soddisfacimento di un'esigenza siffatta abbia un prezzo, esponendo a un rischio più accentuato colui che ha inteso di farla valere: può essere questa un'arma, e delle più efficaci, di cui l'ordinamento si avvale per scoraggiare il moltiplicarsi, nonché l'eccessivo protrarsi, di situazioni limitanti la proprietà nell'esclusivo interesse privato ».

A tali argomentazioni si può ribattere con quanto già osservato, più volte, nel testo: una volta ammessa la condizione risolutiva meramente potestativa, non vi è alcuna base normativa che autorizzi a disapplicare, per la stessa, la disciplina condizionale e, quindi, la rilevanza « reale » della condizione (art. 1357 c.c.), che è prevista dalla legge a prescindere dalla natura dell'interesse cui la condizione medesima è diretta a dar tutela; del resto, l'esigenza di protezione dei terzi è realizzata, per qualsiasi tipo di condizione, con gli appositi meccanismi pubblicitari (artt. 2659, 2655, 2668 c.c.). L'esigenza, sopra richiamata, di « scoraggiare » il proliferare dei limiti alla proprietà deve trovare riscontro in specifiche norme giuridiche.

<sup>(452)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 303; STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, cit., p. 48, p. 59, e p. 127 ss.

Si discute, in dottrina, sulla eccezionalità o meno della previsione dell'art. 645 c.c., che prevede la fissazione giudiziale del termine: per l'eccezionalità, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 661. In senso contrario, PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 304, nota 39 (e giurisprudenza ivi citata).

In giurisprudenza, per la tesi che non è necessaria la fissazione del termine da parte del giudice, ma che la condizione può ritenersi mancata quando lo stesso giudice ritenga essere trascorso un lasso di tempo congruo entro il quale l'evento condizionante avrebbe dovuto verificarsi, Cass. 7 giugno 1974 n. 1713, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 477; Cass. 20 ottobre 1984 n. 5314, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, n. 152; Cass. 16 dicembre 1991 n. 13519, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3095; Cass. 27 dicembre 1994 n. 11195, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Contratto in*

analogia, il disposto dell'art. 1501 c.c., che disciplina i termini entro i quali deve essere effettuato il riscatto nella vendita: trattandosi, anche in questa specifica ipotesi, di condizione risolutiva meramente potestativa, sembrano ricorrere le medesime esigenze di certezza, di circoscrizione dell'arbitrio del contraente favorito e di limitazione dei vincoli reali a carico della proprietà <sup>(453)</sup>.

Vi è, quindi, una profonda differenza tra le due fattispecie: nel caso del recesso siamo in presenza di una immediata e piena efficacia del contratto, con previsione di uno *ius poenitendi*, accordato ad una delle due parti del rapporto, con efficacia di solito non retroattiva, e comunque limitata ai rapporti interni tra i contraenti (quindi non trascrivibile <sup>(454)</sup>), e derogabile dalle parti nei limiti consentiti dal principio di relatività degli effetti contrattuali e dall'impossibilità di pregiudicare la sfera giuridica dei terzi; nel caso della *condizione risolutiva potestativa*, il congegno condizionale dà origine, durante il periodo di pendenza, ad una *peculiare situazione effettuale*, conoscibile dai terzi mediante lo strumento pubblicitario, e caratterizzata dalla presenza di un'aspettativa in capo ad uno dei soggetti, cui fa da contraltare la produzione di *effetti precari e risolubili* in capo all'altro contraente (alienante sotto condizione sospensiva o acquirente sotto condizione risolutiva) <sup>(455)</sup>: il comportamento potestativo di uno dei contraenti, dedotto in condizione, determina, con l'avveramento della condizione, la risoluzione o il consolidamento di tali effetti, con modalità pienamente opponibili ai terzi.

---

*genere*, n. 317; Cass. 26 agosto 1998 n. 8493, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 376.

<sup>(453)</sup> Per la suddetta *ratio* del limite temporale *ex art.* 1501 c.c., comune evidentemente ad ogni condizione risolutiva meramente potestativa, cfr. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 297 ss.

<sup>(454)</sup> Per l'esclusione della retroattività « reale », cioè in pregiudizio dei terzi, del recesso, DE NOVA, *Recesso*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 315. Sulla problematica dell'opponibilità del recesso ai terzi, cfr. da ultimo FRANZONI, *Degli effetti del contratto, I - Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, cit., p. 378.

<sup>(455)</sup> Secondo PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 334: « la condizione risolutiva meramente potestativa, in ordine al diritto acquistato dalla parte soggetta all'avveramento, non opera come una fattispecie risolutiva o estintiva del rapporto, bensì come una modalità cronologica del medesimo e dunque come vera e propria condizione risolutiva ».

Non rileva invece, nella distinzione tra le due figure, il profilo della « estrinsecità » degli interessi tutelati dalla condizione <sup>(456)</sup>: ciò perché, nella condizione risolutiva meramente potestativa, per definizione l'interesse alla condizione non è verificabile, né in alcun modo identificabile con un interesse esterno, ma anzi, il più delle volte, si identifica con lo stesso « interesse al negozio », essendo la condizione meramente potestativa, per sua natura, intrinseca allo schema negoziale.

Ovviamente, sono applicabili anche alla condizione risolutiva meramente potestativa, oltre che al recesso, alcune norme « materiali », tendenti a tutelare una delle parti del contratto escludendo un mero *ius poenitendi* della controparte: non può, quindi, considerarsi valida una condizione risolutiva meramente potestativa a favore del locatore apposta ad un contratto di locazione di immobili urbani, ovvero ad un contratto di affitto di fondo rustico, o a favore del datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato <sup>(457)</sup>.

#### 49. *Condizione sospensiva e risolutiva.*

Nelle elaborazioni dottrinali sulla condizione, si distinguono nettamente due posizioni: la tesi della unitarietà del fenomeno condizionale, nel suo duplice atteggiarsi come condizione sospensiva o risolutiva <sup>(458)</sup>, e la tesi contrapposta, che considera le

---

<sup>(456)</sup> In questo senso, invece, ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 339.

<sup>(457)</sup> GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., p. 108 ss.; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 339 ss.

È invece ammissibile una condizione risolutiva che abbia l'effetto di prolungare la durata del contratto di locazione oltre il termine legale: Cass. 16 settembre 1996 n. 8282, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Locazione*, n. 168.

<sup>(458)</sup> Per l'unitarietà dell'istituto condizionale, cfr. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., p. 49 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1099 e p. 1105; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 154 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere, I*, cit., p. 170 ss.; VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 98 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 66 ss., e p. 314, nota 56; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 225; CARRESI, *Il contratto, I*, cit., p. 259-260, e II, cit., p. 613 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 278; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 42 ss.

due figure di condizione come fenomeni radicalmente diversi<sup>(459)</sup>.

Nella sua più compiuta e radicale formulazione, la tesi dualistica analizza, come già accennato, sia il profilo strutturale che quello funzionale dei due tipi di condizione: la condizione sospensiva è concausa di efficacia, elemento di completamento della fattispecie negoziale parziale, nel senso che accerta il verificarsi della situazione favorevole al prodursi degli effetti, la cui causa è ravvisata comunque nel negozio giuridico. La condizione risolutiva è invece una fattispecie autonoma, che produce la risoluzione o l'estinzione degli effetti negoziali tipici già prodottisi in virtù della dichiarazione negoziale (che, in questa ipotesi, costituisce una fattispecie completa)<sup>(460)</sup>. A questa differente struttura corrisponderebbe una diversa vicenda effettuale: nel caso di condizione sospensiva, si ha una fattispecie negoziale rilevante ma inefficace

---

<sup>(459)</sup> Per la tesi che ravvisa nella condizione sospensiva ed in quella risolutiva due fenomeni ontologicamente diversi, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 235 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 4; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 420; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 778 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 348 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 19 ss.

Questa seconda teoria si ricollega, in talune sue espressioni, alla tradizione del diritto romano classico, che non conosceva un'autonoma figura di condizione risolutiva, ma si serviva, per raggiungere lo stesso risultato, di un patto di risoluzione accessorio al negozio, rispetto al quale l'evento futuro ed incerto fungeva da condizione sospensiva: cfr. sul punto BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 532; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 778; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 305 ss.

<sup>(460)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 75, nota 11, rileva, riferendosi alla condizione sospensiva, che « il collegamento tra atto condizionale ed evento condizionante è di ordine strutturale — cosicché di fronte alla situazione effettuale, una volta realizzatasi la condizione, compare unicamente l'atto nel quale quest'ultima risulta assorbita »; a proposito, invece, di condizione risolutiva o estintiva, « il collegamento tra un atto che ha già spiegato la sua efficacia ed un evento ulteriore, destinato a modificare la situazione effettuale già prodotta, è di ordine funzionale. Quindi, laddove nella prima ipotesi vi era un solo complesso effettuale... nel secondo ne esistono due ». L'Autore precisa anche, però (p. 240 ss.), che « il meccanismo della condizione risolutiva comincia invero ad operare, come quello della condizione sospensiva, non già nel momento in cui si avvera la condizione, bensì dal momento in cui l'atto viene posto in essere », e che « sebbene l'evento condizionante costituisca un fatto strutturalmente autonomo, il congegno della condizione risolutiva, in cui l'evento si inserisce, trae origine dalla composizione stessa dell'atto ».

durante la fase di pendenza, mentre nel caso di condizione risolutiva si ha l'immediata produzione degli effetti tipici del negozio, che l'intervento dell'evento risolutivo fa venir meno <sup>(461)</sup>.

Della principale obiezione a questa tesi si è già accennato: si tratta della critica alla teoria della fattispecie, che individua nel carattere valutativo del negozio l'elemento fondamentale per ricomporre ad unità il fenomeno condizionale, in quanto, per entrambe le figure di condizione, il profilo effettuale sarebbe comunque riconducibile all'atto di autonomia <sup>(462)</sup>. Si è visto che questa critica pecca, innanzitutto, di difetto di comprensione della teoria suesposta, e, in secondo luogo, trascura la dinamica di produzione degli effetti giuridici, che sono sempre ricollegati al fatto dalla norma giuridica, previa valutazione da parte di quest'ultima dell'interesse negoziale nel contesto dell'intero sistema degli interessi giuridici. Inteso in questo limitato senso il carattere valutativo del negozio giuridico, occorre rilevare che, come pure riconosciuto dalla tesi dualistica, « la possibilità di risoluzione che grava sin dall'origine sulle conseguenze giuridiche... deriva... dalla previsione ... contenuta (nell'atto condizionale) dell'evento risolutivo » <sup>(463)</sup>; non viene quindi negato il *collegamento dell'effetto risolutivo al programma negoziale*, né che il congegno della condizione risolutiva tragga origine dalla composizione stessa del negozio, ma si afferma semplicemente che la risoluzione trova la propria causa efficiente nell'evento che la determina.

Detto ciò, ed accettata, sostanzialmente, la *differenza strutturale tra i due tipi di condizione*, non può non convenirsi, peraltro, con i sostenitori dell'opposta tesi, laddove viene posta in rilievo la *sostanziale identità della vicenda effettuale durante la fase di pendenza* della condizione, sia pure in direzione opposta, nel senso che « la posizione dell'alienante sotto condizione sospensiva viene pa-

---

<sup>(461)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 235 ss.

<sup>(462)</sup> Cfr., con particolare riferimento al profilo in esame, MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 278.

<sup>(463)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 244; per tale precisazione, cfr. anche SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 525, nota 182. Non appaiono quindi giustificate, nei termini radicali in cui sono formulate, né l'affermazione di Falzea di un'ontologica diversità tra i due tipi di condizione, né la critica sul punto di PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 314, e nota 56.



rificata a quella dell'acquirente sotto condizione risolutiva, e viceversa la situazione dell'acquirente sotto condizione sospensiva viene equiparata a quella dell'acquirente sotto condizione risolutiva »<sup>(464)</sup>, risultando attribuito ai primi un « diritto risolubile », ed ai secondi una « aspettativa »<sup>(465)</sup>. Conseguentemente, quindi, non è possibile affermare che il negozio risolutivamente condizionato sia fattispecie che ha già scontato il momento dell'efficacia sua tipica<sup>(466)</sup>: gli effetti prodottisi durante la fase di pendenza sono « qualitativamente diversi », e per loro natura precari, in sostanziale corrispondenza con la non definitività e precarietà dell'interesse programmato<sup>(467)</sup>. Al binomio fattispecie rilevante-fattispecie

---

<sup>(464)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 67 (ivi, alla nota 99, citazioni di dottrina in senso conforme); Cass. 4 aprile 1962 n. 698, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, c. 646, ed in *Foro pad.*, 1963, I, c. 1220. Cfr. sul punto anche la Relazione al codice civile, n. 620: « la condizione risolutiva per una delle parti è, in sostanza, sospensiva per la parte che si contrappone alla prima ».

<sup>(465)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 69; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 614. Per un analogo ordine di rilievi, v. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 52 ss., e p. 376 ss. Il problema è strettamente connesso a quello della titolarità del diritto trasferito *sub condicione* durante la fase di pendenza, da alcuni (in base al principio di retroattività) risolto in chiave di « alternatività », da altri, invece, in termini di « distribuzione »: per un quadro delle opinioni sul punto, cfr. AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 53, nota 141, e p. 394-395.

<sup>(466)</sup> In questo senso, invece, MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 180 (per il quale, durante la fase di pendenza, « il contratto risolutivamente condizionato si comporta *come se fosse puro e semplice*, o come se nessuna condizione vi fosse stata apposta »); SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 370.

<sup>(467)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 311, chiarisce che il carattere temporaneo, o « eventualmente temporaneo » degli effetti scaturenti dal negozio risolutivamente condizionato, derivano « da un'intrinseca limitazione temporale del contenuto degli effetti negoziali, si concretano, cioè, in una modalità cronologica di questi effetti ». AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 48 ss., e p. 376 ss., puntualizza come gli effetti che si producono immediatamente, nel negozio risolutivamente condizionato, non sono gli effetti tipici negoziali, bensì effetti precari e risolubili, qualitativamente diversi dai primi: « il negozio non potrà, *pendente condicione*, produrre i suoi effetti tipici, in quanto non può dirsi che abbia già scontato il confronto con la possibile incidenza di un evento (in termini tradizionali: di un interesse) incompatibile ». La differenza qualitativa degli effetti « risolubili » emerge chiaramente dal confronto tra risoluzione condizionale e risoluzione per inadempimento: nella seconda ipotesi si ha *ab initio* la piena produzione dell'efficacia tipica, senza alcuna situazione di pendenza o situazioni di aspettativa.

definitivamente efficace si può quindi affiancare — oltre all'ipotesi della fattispecie « parzialmente efficace » — una quarta fattispecie, quella « *provvisoriamente efficace* », ovvero « a ciclo formativo non esaurito »<sup>(468)</sup>, che col mancare della condizione risolutiva diviene definitivamente efficace<sup>(469)</sup>, e viceversa con l'avveramento della condizione si risolve o si estingue. Sia la fattispecie rilevante (condizione sospensiva) che quella provvisoriamente efficace (condizione risolutiva) danno luogo ad una situazione di *pendenza in senso tecnico* e determinano il sorgere di un'*aspettativa*<sup>(470)</sup>; la condizione quindi incide sul contenuto degli effetti limitatamente alla fase di pendenza, « sia pur solo nel senso di adattarne il

---

Lo stesso Falzea, del resto, afferma (*La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 244) che nel negozio risolutivamente condizionato « il meccanismo della risoluzione comincia ad operare nel momento stesso in cui la fattispecie sorge, e sin da questo momento gli effetti sono pregiudicati dalla eventualità della risoluzione: sorgono cioè *ab initio*, in una situazione precaria, che li accompagna in tutte le ulteriori vicende che vengono a subire *medio tempore*. Ciò si suole esprimere dicendo che i diritti acquistati sotto condizione risolutiva sono sottoposti ad una soggezione di natura *reale*, e con ciò si spiega nello stesso tempo la minaccia di inefficacia *assoluta* che incombe sugli atti compiuti dal titolare del diritto durante la pendenza della condizione e che risultino incompatibili con gli effetti della estinzione e della risoluzione ».

Per SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 157, « accanto alla proprietà senza aggettivi, abbiamo la proprietà sospensivamente condizionata, e la proprietà risolutivamente condizionata. I diritti reali sono tipici: ma i diritti reali sono tre volte più numerosi di quanto siano numerosi i diritti reali puri. Ogni problema giuridico deve essere studiato due volte: per accertare come si risolve dove operino solo diritti puri; e per accertare come si risolve dove operino diritti condizionati ».

<sup>(468)</sup> In questo senso, sostanzialmente, AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 48 ss., e p. 390.

<sup>(469)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 55, e p. 376 ss., che parla di « consolidamento » dell'assetto di interessi programmato a seguito del mancare della condizione risolutiva, nel senso di mutamento della situazione effettuale da precaria a definitiva; contestando quindi — a ragione — l'affermazione della « permanenza » della medesima efficacia già *ab initio* prodottasi. Secondo PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 446, durante la pendenza si ha una « proprietà risolubile », destinata a « trasformarsi in proprietà definitiva » a seguito della mancata risoluzione. In termini critici sull'oggettivazione della disciplina condizionale in termini di proprietà risolubile (concetto ritenuto idoneo al più come formula di sintesi), AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 391 ss.

<sup>(470)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 378 ss.

contenuto alla rilevanza puramente provvisoria che l'intento negoziale può esplicitare »<sup>(471)</sup>.

Alla sostanziale simmetria delle rispettive vicende effettuali nei due tipi di condizione fa riscontro l'*analogia dei due strumenti sotto il profilo assiologico*: sia la condizione sospensiva che la risolutiva sono congegni polifunzionali, idonei a consentire la tutela di interessi di varia natura (cfr. *supra*, capitolo III), rispetto ai quali nessuna differenza comporta il tipo di congegno utilizzato. Si può semmai puntualizzare che — nell'ipotesi di condizione risolutiva — le parti ritengono meno probabile il realizzarsi dell'evento condizionante, e quindi più propizia la situazione per l'immediato (e provvisorio) prodursi degli effetti del negozio<sup>(472)</sup>.

Quanto alla *disciplina applicabile alle due figure*, non è possibile dalla stessa trarre univoche indicazioni sulla unitarietà o meno del fenomeno condizionale, essendo le indicazioni normative al riguardo non significative, ed espressione, piuttosto, del diverso atteggiarsi e della diversa meritevolezza degli interessi in gioco, a seconda del tipo di condizione.

Tra gli aspetti unitari di disciplina<sup>(473)</sup>, si possono segnalare, oltre a quanto sopra rilevato, le norme contenute negli artt. 1353, 1354, 1° e 3° comma, 1356, 1357, 1358, 1359, 1360, 1° comma, 1361 c.c.

La regolamentazione positiva diverge invece sotto altri profili<sup>(474)</sup>: la disciplina della condizione impossibile (art. 1354, 2° comma, c.c.), della condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.), la pubblicità dell'evento condizionante (artt. 2655 e 2668 c.c.), la retroattività nei contratti ad esecuzione continuata e periodica (art. 1360, 2° comma, c.c.), la prescrizione del diritto condizionato<sup>(475)</sup>, la disciplina dell'impossibilità temporanea dell'oggetto

<sup>(471)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 313.

<sup>(472)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 235 ss.; Id., voce « Condizione (dir. civ.) », cit., p. 4.

<sup>(473)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 66 ss.

<sup>(474)</sup> Cfr. sul punto PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 350 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 19 ss.

<sup>(475)</sup> Sull'impedimento alla prescrizione — ex art. 2935 c.c. — relativamente al diritto sottoposto a condizione sospensiva, cfr. VITUCCI, *La prescrizione*, I, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 146; Cass. 24

(art. 1347 c.c.), il diritto alla provvigione del mediatore in caso di contratto condizionato concluso con il suo intervento (art. 1757 c.c.)<sup>(476)</sup>, l'inapponibilità della condizione sospensiva ai contratti reali<sup>(477)</sup>, la diversa decorrenza della prescrizione dell'azione di rescissione per lesione<sup>(478)</sup>, e, secondo l'interpretazione letterale della legge, la disciplina del *periculum rei* (art. 1465, ult. comma, c.c.)<sup>(479)</sup>, la non compensabilità del credito derivante da negozio sospensivamente condizionato, quale riflesso della sua inesigibilità<sup>(480)</sup>.

50. *Natura giuridica dell'evento condizionante. Negozio condizionato ad un altro negozio.*

Secondo l'opinione tradizionale, l'evento condizionante può essere costituito, oltre che da un fatto giuridico in senso stretto, anche eventualmente da un comportamento umano, sia di un terzo, sia di una delle parti del negozio: solo in quest'ultimo caso si parla di condizione *potestativa*, mentre in tutte le altre ipotesi la condizione è definita come *casuale*<sup>(481)</sup>.

---

febbraio 1992 n. 2264, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1256; Cass. 19 marzo 1993 n. 3294, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 13; Cass. 12 marzo 1994 n. 2429, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 12; Cass. 30 maggio 1995 n. 6050, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 449; Cass. 2 luglio 1998 n. 6458, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 36.

<sup>(476)</sup> CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 614.

<sup>(477)</sup> PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionato*, cit., p. 352-353; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 614, nota 168.

<sup>(478)</sup> Secondo la giurisprudenza, l'azione di rescissione per lesione del contratto sospensivamente condizionato decorre dall'avveramento della condizione: Cass. S.U. 13 marzo 1992 n. 3055, in *Vita not.*, 1992, p. 117. Nello stesso senso, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 132.

<sup>(479)</sup> Per il punto sulle opinioni dottrinali — in tema di rischio dell'impossibilità sopravvenuta nel contratto risolutivamente condizionato — cfr. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 69 ss., spec. p. 70 (ivi, alla nota 104, citazioni di dottrina nei due sensi).

Sulla disciplina del *periculum rei* nei negozi condizionati, cfr. tra gli altri NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 473 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionato*, cit., p. 291 ss.

<sup>(480)</sup> PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 299 (ed ivi, altri riferimenti di dottrina).

<sup>(481)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 151,

Si ammette, altresì, che l'evento condizionante possa essere costituito da un negozio giuridico, purché lo stesso venga in considerazione ai fini del condizionamento come *mero fatto* (o al limite come atto non negoziale) <sup>(482)</sup>. Quest'ultima affermazione — difficilmente comprensibile se si fa riferimento alla categoria dogmatica del fatto giuridico in senso stretto <sup>(483)</sup> — è stata illustrata con maggior rigore, affermandosi che, quando viene dedotto come evento condizionante un negozio giuridico, lo stesso « viene considerato rispetto alla norma che lo prevede con tale qualità, e rispetto a quella norma si atteggia sempre come *semplice fatto*, poiché subentra come entità chiusa, in sé esaurita, priva di qualsiasi energia idonea a renderla produttiva di ulteriori effetti » <sup>(484)</sup>. Quindi, « dal punto di vista della norma che regola l'atto condizionale, anche un negozio giuridico, che venga assunto come condizione in un ulteriore atto, rientra nella zona indiscriminata dei semplici eventi: esso rappresenterà un evento particolarmente complesso, in quanto deve possedere tutti i requisiti necessari alla sua autonoma rilevanza ed efficacia giuridica, ma non perde il suo carattere di semplice evento rispetto alla norma che subordina la efficacia di un diverso atto alla *esistenza* di questo particolare negozio » <sup>(485)</sup>.

L'opinione ricevuta deve essere, tuttavia, criticamente rivisitata alla luce delle notate differenze strutturali tra la condizione sospensiva e quella risolutiva, tenendo conto, cioè, che la prima opera come concausa di efficacia (individuando cioè il momento propizio

---

chiarisce che sono casuali le condizioni rappresentate da dichiarazioni di terzi, pervenendo tali atti da soggetti estranei sia alla costituzione della fattispecie condizionale sulla quale incidono, sia al rapporto che da tale atto scaturisce.

<sup>(482)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 135; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, cit., p. 103 ss.; PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 107, 151 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, p. 4 e nota 12.

<sup>(483)</sup> Cfr. sul punto FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 377 ss., per il quale fatto giuridico in senso stretto è l'evento, inteso come fenomeno temporale che non consiste in un'attività umana.

<sup>(484)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 143.

<sup>(485)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 144. L'affermazione di Falzea, va chiarito, si colloca nell'ambito dell'indagine che l'Autore dedica alla condizione sospensiva, dallo stesso ritenuta l'unica vera condizione, profondamente diversa rispetto al fenomeno della condizione risolutiva.

alla produzione degli effetti), mentre la seconda costituisce, essa stessa, causa della risoluzione degli effetti.

Se dedotto in *condizione sospensiva*, il negozio condizionante, in quanto concausa degli effetti, non può che avere, quindi, una *rilevanza riflessa* <sup>(486)</sup> rispetto agli effetti negoziali sospesi, nel senso che questi ultimi trovano la loro causa esclusivamente nel negozio condizionato, ed il negozio condizionante assolve unicamente la funzione di accertare la situazione propizia alla produzione dei suddetti effetti. Si è detto, efficacemente, che la rilevanza è riflessa « in quanto scaturisce da una norma diversa, in cui il negozio non viene più considerato in se stesso, come causa cioè di una particolare sfera di efficacia, sibbene come elemento marginale di un'altra fattispecie, all'interno della quale non risulta innestato in alcun rapporto teleologico con l'effetto » <sup>(487)</sup>. Nei termini indicati, è quindi *possibile dedurre in condizione sospensiva un ulteriore negozio, di cui potrebbero essere autori anche le stesse parti del negozio condizionato*.

Ciò significa, però, che *non è concepibile un negozio in veste di evento sospensivamente condizionante la cui funzione (o causa negoziale) sia esclusivamente quella di determinare la produzione degli effetti del negozio condizionato*: si sarebbe in presenza di un effetto che trova la propria origine in due distinte cause, fenomeno logicamente — prima che giuridicamente — inconcepibile <sup>(488)</sup>; ovvero, volendo salvare la validità del programma di interessi, dovrebbe interpretarsi la riserva di volontà come patto di opzione <sup>(489)</sup>, assegnando quindi all'ulteriore atto di autonomia che successivamente intervenga la qualifica di atto concorrente alla formazione del negozio <sup>(490)</sup>.

Queste affermazioni, tuttavia, devono essere ulteriormente

<sup>(486)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 136.

<sup>(487)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 136.

<sup>(488)</sup> Si tratta della nota problematica delle *Doppelwirkungen*, teoria, quest'ultima, efficacemente confutata da PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, cit., p. 656 ss.

<sup>(489)</sup> GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, cit., p. 1315, nota 56.

<sup>(490)</sup> GABRIELLI, *op. e loc. ult. cit.*; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 145. Secondo FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 137, « Qualora infatti si dovesse ritenere che il negozio condizionante è diretto alle stesse conseguenze giuridiche alle quali è diretto il negozio condizionale, dovremmo negare l'autonomia, non solo teleologica ma anche strutturale,

precisate. Esse valgono senza eccezioni per l'ipotesi in cui il negozio condizionante sia caratterizzato dalla piena autonomia funzionale, oltre che strutturale, rispetto a quello condizionato: il legame teleologico tra i due negozi (che può configurarsi come vero e proprio collegamento negoziale) non pregiudica la rispettiva autonomia funzionale <sup>(491)</sup>; non è quindi ipotizzabile che il negozio condizionante, in questi casi, sia teleologicamente diretto a produrre gli stessi effetti del negozio condizionato. Vi è però anche il caso del condizionamento ad un *negozio dependente o ausiliario*: consenso del terzo, approvazione, omologazione, accettazione, o altro atto che non possa sussistere da solo, poiché le conseguenze giuridiche da esso prodotte presuppongono un ulteriore atto (il negozio condizionato, volontariamente o legalmente) sul quale viene ad incidere <sup>(492)</sup>. In questi *negozi dipendenti, rilevanza diretta e rilevanza riflessa coincidono nel loro contenuto* <sup>(493)</sup>, in quanto la funzione del negozio condizionante si esaurisce, sostanzialmente, nell'accertamento dei presupposti necessari affinché il negozio condizionato produca i suoi effetti <sup>(494)</sup>. Ciò significa che il negozio condizionante dependente è teleologicamente diretto agli stessi effetti propri del negozio condizionato principale: trattandosi di condizionamento di tipo sospensivo, ciò si giustifica in quanto il negozio condizionante (dependente) non influisce, in alcun modo, sul contenuto degli effetti, ma solo sulla loro esistenza.

Si può quindi concludere affermando che *un negozio può costituire condizione sospensiva di un altro negozio* — sia che provenga da una delle parti di quest'ultimo, da tutte le parti, o da un terzo <sup>(495)</sup>

---

dei due atti, e quindi non vi sarebbero due negozi collegati da un rapporto di causa a condizione, sibbene un unico negozio a struttura complessa ».

<sup>(491)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 135.

<sup>(492)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 138 ss. Per un'analisi dei negozi c.d. ausiliari (accettazione di eredità, ratifica, procura, autorizzazione, approvazione), come tali privi di rilevanza per la specificazione del contenuto dell'effetto, e con particolare riferimento al ruolo da essi svolto in ordine alla produzione degli effetti giuridici, v. già RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 67 ss.

<sup>(493)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 141.

<sup>(494)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 56, definisce il negozio ausiliario come « un atto rivolto teleologicamente a provocare gli effetti di un altro negozio ».

<sup>(495)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 331: « la dottrina non dubita che configuri una vera e propria condizione,

— *ove si caratterizzi come negozio dipendente o ausiliario, e, in mancanza, purché non sia teleologicamente diretto alla produzione ed alla determinazione del contenuto degli stessi effetti* <sup>(496)</sup>.

Ciò consente di meglio comprendere la disciplina della *condizione sospensiva meramente potestativa*, in cui sostanzialmente viene dedotto in condizione un atto volontario di una delle parti del negozio, atto che teleologicamente ed assiologicamente non costituisce espressione di un distinto interesse, ma viceversa è funzionalizzato allo stesso « interesse al negozio ». È nota la prevalente opinione dottrinale, che ritiene valida la condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte creditoris*: tale validità, in base a quanto esposto, può riconoscersi purché il comportamento meramente potestativo del creditore o dell'acquirente non sia un negozio giuridico funzionalmente diretto alla produzione ed alla determinazione del contenuto di quegli effetti <sup>(497)</sup>, essendo solo possibile che il comportamento dell'acquirente o del creditore dedotto in condizione sia un *factum a voluntate pendens*, un atto

---

fornita di quel carattere, il fatto volontario di un terzo da cui si faccia dipendere la produzione o la risoluzione degli effetti finali del negozio, e ciò a prescindere dalla circostanza che quel fatto configuri o meno una dichiarazione intesa a provocare la nascita o la risoluzione di quegli effetti. Non si vede allora perché nei confronti della parte costretta a subire l'avveramento non potrebbe svolgere lo stesso ruolo, una dichiarazione della controparte, anziché di un terzo, diretta a provocare l'avveramento della condizione risolutiva ». Lo stesso ragionamento vale, ovviamente, per la condizione sospensiva.

<sup>(496)</sup> Secondo MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, cit., p. 37-38, « è possibile che un atto volontario di una delle parti o di entrambe le parti del negozio, ancorché contenga o esprima la cosiddetta volontà dell'effetto negoziale o il cosiddetto intento empirico negoziale, venga posto come condizione, in altri termini come fatto costitutivo o come uno dei fatti costitutivi degli effetti negoziali, e non come negozio, in quanto non produca o non concorra a produrre il comando negoziale, ma questo sia già pienamente prodotto ».

<sup>(497)</sup> PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 144 ss.; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 144 ss. Le argomentazioni di questi Autori vanno accolte, come infra precisato, limitatamente alla condizione *si volam* di tipo sospensivo.

Ovviamente può essere dedotto come condizione sospensiva un negozio giuridico da compiersi dalla stessa parte del negozio, sia esso unilaterale o meno, purché detto negozio abbia una causa autonoma e, quindi, rilevanza solo riflessa: in questa ipotesi, peraltro, esistono ulteriori obiettivi interessi alla cui tutela è preordinato l'atto volontario, e quindi si ha condizione potestativa semplice, e non meramente potestativa.



volontario non negoziale, oppure un negozio diretto solo alla determinazione dell'*an* o del *quando* del prodursi dell'efficacia.

Soluzione parzialmente diversa deve darsi per l'ipotesi in cui un negozio venga dedotto quale *evento risolutivamente condizionante* di altro negozio. In questo caso, l'effetto risolutivo trova la sua causa efficiente esclusivamente nell'evento condizionante, e non si pone un problema di *Doppelwirkungen*. È perfettamente *concepibile*, da un punto di vista sia logico che giuridico, *dedurre in condizione risolutiva un negozio il cui fine precipuo ed esclusivo consista nel risolvere gli effetti di un altro negozio* <sup>(498)</sup>. Ciò rende ragione della più larga ammissibilità del fenomeno della *condizione risolutiva meramente potestativa*, e trova importanti conferme in una serie di previsioni normative che contemplano fattispecie di negozi risolutivamente condizionati ad un negozio giuridico rimesso alla volontà di una delle parti (vendita con patto di riscatto, donazione con riserva di disporre) <sup>(499)</sup>. Ovviamente, il negozio risolutivamente condizionante potrà essere diretto alla determinazione dell'*an* o del *quando* della risoluzione, ma non potrà incidere, come ogni evento condizionante, sul contenuto degli effetti. Nulla osta, poi, a che le parti dei due negozi coincidano: le parti di un contratto di compravendita potrebbero, ad esempio, legitti-

---

<sup>(498)</sup> In senso contrario, SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso* ad nutum, cit., p. 145 ss., il quale, mediante un'arbitraria commistione concettuale del fenomeno condizionale risolutivo e di quello sospensivo, giunge alla conclusione che la clausola che fa dipendere dalla volontà discrezionale di una delle parti il risolversi del rapporto non possa inquadrarsi nello schema normativo della condizione, ma solo in quello del recesso, con la conseguente operatività dei limiti *ex art. 1373 c.c.* (e quindi, in particolare, l'irretroattività e l'inapplicabilità agli atti di disposizione *pendente condicione* dell'art. 1357 c.c.). Si giunge così — partendo da un'arbitraria equiparazione tra condizione sospensiva e condizione risolutiva — a precludere l'efficacia « reale », tipica del congegno condizionale, in base al diverso atteggiarsi dell'autonomia di uno dei contraenti in relazione alle vicende effettuali dell'atto, e senza che ciò trovi minimamente aggancio nel diritto positivo.

Sulle stesse basi, negano erroneamente che la condizione risolutiva possa consistere in una decisione che ha come oggetto immediato la rimozione degli effetti contrattuali programmati, PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 151 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 322 ss., spec. nota 133; ID., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 92 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 519; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 353; BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, cit., p. 127-128.

<sup>(499)</sup> Cfr. anche, sul punto, *supra*, paragrafi 19 e 49.

mamente sottoporre lo stesso contratto alla condizione risolutiva potestativa rimessa alla decisione di ciascuno dei contraenti<sup>(500)</sup>, ovvero alla *condizione risolutiva del mutuo dissenso*, con ciò ottenendo — anche grazie all'utilizzo dei meccanismi pubblicitari — di poterne risolvere gli effetti con efficacia retroattiva assoluta e opponibile ai terzi *ex art. 1357 c.c.*<sup>(501)</sup>.

Quanto alla *disciplina dell'evento condizionante*, nell'ipotesi in cui esso sia *costituito da un negozio giuridico*, è stato esattamente rilevato che, in questi casi avviene di solito che « quella situazione nella quale soltanto possono prodursi gli effetti dell'atto condizionale, si identifichi col rapporto giuridico, od, in genere, con la situazione effettuale, prodotta dal negozio condizionante: cosicché *la condizione può dirsi adempiuta non al momento in cui il negozio è giunto ad esistenza, sibbene al momento in cui ha prodotto i suoi effetti*, cioè quando ormai si è definitivamente esaurita la sua efficienza »<sup>(502)</sup>. Ciò è assolutamente evidente: se, ad esempio, le parti di un contratto di compravendita con prezzo dilazionato condizionano sospensivamente il trasferimento della proprietà alla prestazione di una garanzia per il pagamento del prezzo, è evidente che la funzione dell'evento condizionante non può considerarsi raggiunta se il negozio di garanzia è nullo, annullabile o comunque inefficace. Un'importante conferma di diritto positivo, del resto, si rinviene nella disciplina della *donazione obnuziale*, considerata, pressoché pacificamente, come negozio volontariamente e tipicamente condizionato ad un altro negozio giuridico, il matrimonio del donatario: l'art. 785 c.c., nella parte in cui dispone che « l'annullamento del matrimonio importa la nullità della donazione », è generalmente interpretato nel senso che non di nullità si tratti, ma di sopravvenuta inefficacia *ex tunc* della donazione per venir meno dell'evento condizionante<sup>(503)</sup>; si ritiene, invece, ine-

---

<sup>(500)</sup> Cass. 25 gennaio 1992 n. 812, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Vendita*, n. 71.

<sup>(501)</sup> Sul problema della retroattività del mutuo dissenso, cfr. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 100 ss.

<sup>(502)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 137, e p. 91, nota 28.

<sup>(503)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 463 (che individua la *ratio* della norma proprio nella singolare natura dell'evento condizionante, a sua volta negozio giuridico); GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 304 (« se il matrimonio è la condizione « singolare » posta a questa donazione, in quanto negozio giuridico anziché mero fatto, è poi del tutto accettabile che gli effetti della donazione stessa siano

stensibile detta norma all'ipotesi di successivo scioglimento del matrimonio <sup>(504)</sup>.

Si tratta, quindi, di una disciplina che è espressione di un principio più generale: ogni qualvolta l'evento condizionante sia costituito da un negozio, e dall'interpretazione dello stesso (trattandosi di condizione volontaria) o della legge (se è condizione legale) si evinca che il condizionamento debba propriamente intendersi agli effetti di quel negozio, il successivo venir meno *ex tunc* di quegli effetti (per annullamento, risoluzione e simili), comportando il venir meno dell'evento condizionante, determinerà l'inefficacia (anche qui *ex tunc*) del negozio condizionato. Diversamente, se gli effetti del negozio condizionante verranno meno solo *ex nunc*, non potrà ipotizzarsi un'influenza di ciò sugli effetti del negozio condizionato (a meno che, dall'interpretazione dello stesso, si ricavi la previsione di una ulteriore condizione risolutiva alla quale sono subordinati in questo senso gli effetti del negozio condizionato). Il tutto vale, comunque, nei limiti in cui la sopravvenuta invalidità o inefficacia *ex tunc* pregiudichi la funzione propria della condizione: tornando all'esempio della compravendita con dilazione del prezzo sospensivamente condizionata ad un negozio di garanzia, se quest'ultimo viene annullato dopo l'avvenuto pagamento del prezzo, nessun riflesso tale annullamento potrà avere sugli effetti del negozio condizionato.

Alla luce di ciò, vanno quindi decisamente respinte quelle opinioni dottrinali che — tralaticciamente ripetendo che il ruolo dell'evento condizionante è quello proprio di un fatto giuridico in senso stretto — affermano che il *profilo volontaristico della condizione* è ignorato dal legislatore, e che sarebbero irrilevanti — rispetto agli effetti del negozio condizionato — le norme in tema di capacità, vizi del volere, forma e simili, riguardanti il negozio

---

subordinati non soltanto all'avvenimento in sé, ma anche alla sua giuridica validità »).

<sup>(504)</sup> Cass. 25 ottobre 1991 n. 11370, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Matrimonio*, n. 253; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 306. *Contra*, per l'estensibilità (alla dispensa del matrimonio rato e non consumato), TORRENTE, *op. ult. cit.*, p. 464-465 (secondo il quale, in caso di sopravvenuta inefficacia del matrimonio, mantenere l'efficacia della donazione « contrasterebbe con quella che è la presumibile intenzione delle parti e con le concezioni comuni »).

condizionante (<sup>505</sup>). Un'indicazione, nel senso suesposto, può rinvenirsi anche nella disciplina del patto di riscatto nella vendita: l'art. 1503, comma 3, c.c., prevede la forma scritta *ad substantiam* per la dichiarazione di riscatto avente ad oggetto beni immobili. Si tratta certamente di una fattispecie particolare, nella quale, tra l'altro, l'esigenza formale nasce anche dalla necessità *ex art. 2653 n. 3 c.c.*; tuttavia, dalla norma può desumersi anche un principio più generale, in base al quale, ogni qualvolta un effetto di tipo risolutivo, riguardante diritti reali immobiliari, scaturisca da una dichiarazione negoziale condizionante, quest'ultima deve rispettare gli oneri di forma — ma evidentemente anche i requisiti di volontà e capacità — prescritti dalla legge per il negozio traslativo avente ad oggetto i medesimi diritti.

#### 51. *Definizione unitaria del concetto di condizione.*

È giunto, a questo punto, il momento di tirare le fila del discorso. Si è visto che le innegabili differenze di struttura tra la condizione sospensiva e quella risolutiva non impediscono la ricostruzione di un *concetto unitario di condizione volontaria*; si è visto anche che le differenze, innegabili, con l'istituto della *condizione legale* non sono tali da identificare in quest'ultima una fattispecie totalmente diversa rispetto a quella disciplinata dagli artt. 1353 ss. c.c., ma anzi quest'ultima disciplina si presta ad essere applicata per analogia senza eccessive difficoltà. Si è concluso per la necessaria estrinsecità strutturale della condizione, e viceversa per l'esclusione della estrinsecità assiologica (nelle sue varie accezioni) e dell'accidentalità dal novero degli elementi caratterizzanti il fenomeno condizionale. Si è chiarito il rapporto tra evento condizionante ed evento dedotto in obbligazione, come pure il significato dell'operatività *ope legis* della condizione.

Questa ricostruzione, e la conseguente delimitazione del fenomeno in esame rispetto ad altri istituti (quali i coelementi necessari di efficacia, gli elementi centrali della fattispecie, le condizioni improprie e le condizioni meramente esecutive, la presupposizione)

---

(<sup>505</sup>) PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 108, 140 (e nota 50); BONOFILIO, *La condizione meramente potestativa*, cit., p. 127-128.

consente di pervenire ad una *definizione unitaria della condizione volontaria*:

— dal punto di vista del programma negoziale, si tratta di una *clausola* la cui funzione consiste nel regolare l'*an* ed il *quando* della produzione degli effetti finali del negozio in conformità alle esigenze di tutela di specifici interessi delle parti;

— dal punto di vista della fattispecie, si tratta dell'*evento* futuro ed incerto (fatto giuridico, atto o negozio), strutturalmente estrinseco rispetto al negozio già perfezionatosi nei suoi elementi costitutivi, che *incide automaticamente sull'efficacia del negozio* <sup>(506)</sup>, concorrendo quale concausa alla produzione degli effetti finali (condizione sospensiva), o determinandone la risoluzione (condizione risolutiva) <sup>(507)</sup>, in nessun caso incidendo sul contenuto della programmazione di interessi e, quindi, degli effetti tipici negoziali <sup>(508)</sup>;

— sotto entrambi i profili può essere definita come *coelemento marginale ed accessorio*, che non è concepibile a prescindere dalla fattispecie centrale cui accede, e della quale determina l'efficacia o la risoluzione.

La *condizione legale*, che può anch'essa atteggiarsi nelle due forme sospensiva e risolutiva, si differenzia dalla condizione volontaria per alcuni profili: la previsione dell'evento condizionante non è nel programma negoziale, ma nella legge; è disposta a tutela di

---

<sup>(506)</sup> Coglie nella « incidenza dell'avvenimento sull'efficacia del contratto » la valenza unitaria del concetto di condizione, MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 171.

<sup>(507)</sup> Non sembra di particolare utilità scientifica la formula proposta da RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 782, secondo la quale la condizione risolutiva atterrebbe al rapporto, la condizione sospensiva al negozio: in entrambi i casi è sospesa, o viene risolta, l'efficacia dell'atto, per la definita estrinsecità strutturale dell'evento condizionante. In tal senso, chiaramente, NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 436. Con maggior precisione, è possibile affermare che, a seguito del mancare della condizione sospensiva o dell'avverarsi della condizione risolutiva, la fattispecie diviene *inutile*, in quanto inidonea a produrre i suoi effetti, con conseguente incidenza non solo sul rapporto giuridico già costituitosi, ma anche sugli effetti potenzialmente producibili. Cfr. sul punto anche SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 139 ss.

<sup>(508)</sup> È intrinseco al concetto di concausa l'incidenza solo sul se o sul quando degli effetti negoziali, ma non anche sul loro contenuto: cfr. in tal senso FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 35. Ciò vale, peraltro, anche per la condizione risolutiva: cfr. BARBERO, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 1097.

interessi incompatibili (non già delle parti, bensì) di terzi o della stessa comunità giuridica, quindi poziori ed in ogni caso prevalenti rispetto all'interesse interno negoziale; può accedere, oltre che ad una fattispecie negoziale, anche ad un effetto giuridico scaturente da altra fonte<sup>(509)</sup>. Salve queste evidenti differenze, ricorrono nella *condicio iuris* le stesse caratteristiche sopra individuate a proposito della condizione volontaria.

---

(509) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 129.



## CAPITOLO VI

### PROFILI APPLICATIVI: PARTICOLARI FIGURE DI NEGOZI CONDIZIONATI

SOMMARIO: 52. Premessa. — 53. La c.d. condizione di adempimento. — 54. La compravendita condizionata alla trascrizione nei registri immobiliari ed all'inesistenza di formalità pregiudizievoli. — 55. La condizione sospensiva consistente nell'accertamento formale del pagamento del prezzo nella vendita con riserva di proprietà. — 56. Il negozio condizionato alla sopravvenuta possibilità, determinazione o esistenza dell'oggetto. — 57. Negozi condizionati alla sopravvenuta individuazione o imputazione al soggetto. — 58. Il negozio condizionato alla sopravvenienza di un presupposto o requisito di validità o di efficacia del negozio. La regolamentazione convenzionale della *condicio iuris*. — 59. La cessione dei beni ai creditori condizionata all'inadempimento. — 60. Il negozio fiduciario. — 61. La donazione con condizione *si praemoriar* in rapporto alla *donatio mortis causa* ed al divieto dei patti successori. Altri negozi o clausole negoziali subordinati alla morte di una delle parti. — 62. Il patto di prelazione ed il contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato.

#### 52. *Premessa.*

L'indagine teorica ha portato ad una serie di conclusioni, che è utile riassumere brevemente. I dogmi dell'estrinsecità assiologica ed accidentalità della condizione si sono rivelati — all'esito di un'analisi non concettualistica, ma fondata sui dati del diritto positivo — svuotati di qualsiasi contenuto precettivo, e smentiti dalle norme dettate sia con riferimento alla condizione in generale, sia riguardo alle numerose figure di condizioni « legalmente tipizzate », che, per espressa previsione legislativa, o per comune ammissione della dottrina e giurisprudenza dominanti, sono riconducibili al fenomeno condizionale. Anche il preteso dogma dell'inscindibilità della condizione dal regolamento negoziale si è rivelato non più che una costruzione dottrinale: la condizione, spesso e volentieri, può scindersi dalle restanti pattuizioni negoziali, sia in fase genetica (previsione pattizia della scindibilità, apposizione successiva della clausola condizionale), sia successivamente



(finzione di avveramento, condizione illecita o impossibile che *vitiatur sed non vitiat*, revoca della clausola condizionale, ecc.).

Si è altresì evidenziata l'inconsistenza dell'antico brocardo *condicio non est in obligatione*: nessuna incompatibilità logica e giuridica sussiste allorché il medesimo comportamento di un contraente viene dedotto sia quale prestazione oggetto di obbligazione, sia quale evento condizionante.

Si è infine confutata l'assolutezza del principio dell'automatica operatività dell'evento condizionante, rilevandosi come tale principio esprime, essenzialmente, l'esigenza della definitività ed impegnatività del regolamento di interessi ancor prima dell'avveramento della condizione, e quindi la non necessità — dopo tale avveramento — di un ulteriore consenso delle parti, o dell'intervento giudiziale, affinché il negozio produca i suoi effetti; nulla impedisce, invece, di configurare come evento condizionante un comportamento potestativo — anche quale esercizio di un diritto potestativo — di uno dei contraenti, a seguito del quale soltanto gli effetti definitivi debbano prodursi.

L'analisi del c.d. diritto vivente conferma i risultati dell'indagine: la giurisprudenza, che pur si lascia spesso andare a declamazioni teoriche in ordine alla pretesa accidentalità e inscindibilità della condizione, allorché è chiamata a decidere sulle fattispecie concrete non ha difficoltà ad applicare la disciplina della condizione a fattispecie di condizioni che di estrinseco ed accidentale non hanno proprio nulla e che sono strettamente connesse alla fase attuativa delle obbligazioni negoziali; né sono stati ravvisati ostacoli ad estrapolare la condizione c.d. unilaterale dal regolamento negoziale anche in assenza di espressa previsione pattizia, oppure ad ammettere la validità di condizioni risolutive meramente potestative, che in sé apparirebbero in contrasto con il dogma dell'automatismo della condizione.

Eliminati, quindi, i criteri sui quali la dottrina ha costruito per decenni i confini dell'istituto condizionale, si è reso necessario concentrare l'attenzione sui reali criteri discretivi del fenomeno rispetto a fattispecie analoghe: si è così ricostruito un concetto di condizione che vede, quali suoi connotati caratterizzanti, l'estrinsecità strutturale (intesa come estraneità al procedimento perfezionativo del negozio), l'incidenza sull'efficacia, totale o parziale, del negozio stesso, e non sul contenuto degli effetti, l'accessorietà della clausola condizionale rispetto al nucleo centrale del programma

negoziale, con conseguente applicazione del principio *accessorium sequitur principale*. Si è infine costruito — fatte salve le innegabili differenze di ordine strutturale — un concetto unitario di condizione, che ricomprende sia la condizione sospensiva che quella risolutiva, entrambi congegni neutrali assiologicamente e funzionalizzati alla regolazione, in senso opposto, dell'efficacia negoziale.

Si schiudono, quindi, per la condizione, prospettive applicative notevoli. In un ordinamento dominato dal principio del *numerus clausus* dei diritti reali, la norma dell'art. 1357 c.c. — e quindi l'opponibilità ai terzi della pendenza condizionale — costituisce il grimaldello che permette di conformare le situazioni giuridiche reali in modo da renderle flessibili ed atte all'utilizzo strumentale al perseguimento delle finalità più svariate. È stato incisivamente affermato che, « accanto alla proprietà senza aggettivi, abbiamo la proprietà sospensivamente condizionata, e la proprietà risolutivamente condizionata. I diritti reali sono tipici: ma i diritti reali sono tre volte più numerosi di quanto siano numerosi i diritti reali puri. Ogni problema giuridico deve essere studiato due volte: per accertare come si risolve dove operino solo diritti puri; e per accertare come si risolve dove operino diritti condizionati » <sup>(1)</sup>. La riconosciuta neutralità del congegno condizionale — che è meccanismo di struttura e non di funzione — consente quindi di avvalersi delle potenzialità effettuali scaturenti dall'art. 1357 per conseguire risultati che, secondo la dogmatica tradizionale, non erano neppure pensabili.

Nei paragrafi successivi, verranno analizzate solo alcune di tali possibili situazioni, privilegiando quelle che hanno dato — o potrebbero dare — maggiormente luogo a discussioni in ordine alla loro ammissibilità perché sfornite dei pretesi caratteri di estrinsecità ed accidentalità.

### 53. *La c.d. condizione di adempimento.*

È di frequente utilizzo, nella prassi, il condizionamento dell'efficacia dell'intero contratto o di una delle prestazioni all'*adempimento della controprestazione*: la condizione così strutturata è generalmente indicata come condizione di adempimento. La giurisprudenza, dopo un'iniziale avversità a questo utilizzo del

---

(1) SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 157.

modello condizionale <sup>(2)</sup>, ha successivamente mutato orientamento, essendo attualmente in prevalenza orientata nel senso dell'ammissibilità della figura <sup>(3)</sup>, pur in assenza — nelle motivazioni giurisprudenziali — di un apprezzabile approfondimento della natura giuridica del fenomeno in esame <sup>(4)</sup>. La dottrina, da parte sua, si è espressa in vario senso: accanto ad autori che ne contestano l'ammissibilità <sup>(5)</sup>, si è venuto formando, soprattutto negli ultimi

---

<sup>(2)</sup> In giurisprudenza, per l'orientamento contrario all'ammissibilità della condizione di adempimento, cfr. Cass. 10 luglio 1954 n. 2446, in *Foro it.*, I, c. 1481 ss.; Cass. 21 dicembre 1962 n. 3398, in *Foro pad.*, 1963, I, c. 271; Cass. 3 gennaio 1970 n. 8, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 1666; Cass. 20 ottobre 1972 n. 3154, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1068 ss., in *Foro it.*, 1973, I, c. 1164 ss., ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 27 ss.; Cass. 14 febbraio 1975 n. 566, in *Mass. Foro it.*, 1975, c. 133, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 26-27; Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1524 ss.; App. Firenze 19 marzo 1990, in *Arch. civ.*, 1990, p. 707 ss.; Cass. 24 giugno 1993 n. 7007, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 901 ss., ed in *Riv. not.*, 1994, p. 1112 ss.

<sup>(3)</sup> L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla condizione di adempimento è oggi decisamente prevalente. Si vedano, tra le altre, Cass. 8 febbraio 1963 n. 226, in *Foro it.*, Rep. 1963, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 166; Cass. 7 marzo 1966 n. 649, in *Giust. civ.*, Rep. 1966, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 159; Cass. 8 novembre 1967 n. 2701, in *Mass. Giust. civ.*, 1967, p. 1402; Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, in *Riv. legisl. fisc.*, 1976, p. 258 ss., ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 44 ss.; Cass. S.U. 9 maggio 1977 n. 1767, e Cass. S.U. 10 maggio 1977 n. 1805, entrambe in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1259 ss.; Cass. 29 settembre 1977 n. 4159, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 526 ss., ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 36 ss.; Cass. 17 gennaio 1978 n. 192, in *Mass. Giust. civ.*, 1978, p. 78; Cass. 9 dicembre 1982 n. 6713, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 2270; Cass. 16 febbraio 1983 n. 1181, in *Riv. not.*, 1983, p. 481 ss.; Cass. 24 febbraio 1983 n. 1432, in *Mass. Giur. it.*, 1983, c. 374, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 47 ss.; Cass. 9 aprile 1983 n. 2529, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 892 ss.; Cass. 8 agosto 1990 n. 8051, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 256; Cass. 12 ottobre 1993 n. 10074, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 1461; Cass. 3 marzo 1997 n. 1842, in *Corriere giur.*, 1997, p. 1102 ss., ed in *Foro it.*, 1997; Cass. 8 aprile 1999 n. 3415, in *Notariato*, 1999, p. 407.

<sup>(4)</sup> In giurisprudenza viene ormai tralaticciamente ripetuta la seguente massima: « Per quanto la condizione costituisca *di regola* un elemento accidentale del negozio giuridico, come tale distinto dagli elementi essenziali, tuttavia, in forza del principio di autonomia contrattuale, i contraenti possono prevedere validamente, come evento condizionante (in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia), il concreto adempimento (o inadempimento) di una delle obbligazioni principali del contratto ».

<sup>(5)</sup> Per l'inammissibilità della condizione di adempimento, in dottrina, GAZ-ZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 58 ss., e p. 218 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 217 ss. (che ritiene difettare il requisito di estrinsecità, e, con riferimento alla vendita con riserva di proprietà,

anni, un ampio schieramento di giuristi orientati in senso favorevole <sup>(6)</sup>.

Si tratta di uno strumento particolarmente flessibile ed utile, utilizzato soprattutto nelle compravendite con prezzo dilazionato, con finalità di tutela e di garanzia del contraente tenuto contrattualmente

---

ritiene applicabile solo analogicamente la disciplina della condizione); FUSCO, *L'adempimento come condizione del contratto*, cit., p. 304 ss.; ID., *Ancora in tema di adempimento come condizione*, cit., p. 291 ss. Risolvono altresì il problema in senso negativo, pur con rapidi cenni nell'ambito di trattazioni non specificamente dedicate alla condizione, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 199; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 375 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 517 (il quale esclude che la condizione possa riguardare l'esecuzione di una prestazione essenziale, ma ammette che determinati risultati in ordine alla qualità o quantità della prestazione possano essere dedotti in condizione, significando con ciò che gli stessi esulano dall'impegno traslativo dell'alienante).

<sup>(6)</sup> In senso favorevole alla condizione di adempimento, in dottrina, DI MAJO-GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 177 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 85 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 235, nota 35; MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, cit., p. 483 ss.; BARALIS-BOERO, *La compravendita delle abitazioni*, cit., p. 279 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 144 ss. (il quale ammette che possa essere condizionato l'effetto traslativo al pagamento del prezzo, ma ritiene, un pò contraddittoriamente, che lo stesso evento non possa essere dedotto in obbligazione e in condizione, affermando testualmente che « quando, invece, la parte sia contrattualmente obbligata a cooperare alla produzione dell'evento, non può parlarsi di condizione »); ID., *Degli effetti del contratto*, cit., p. 117; MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 344 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 279 e 282; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150; CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 901 ss.; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 87 ss.; ID., *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Milano, 1996; IANNACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 329 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 5 ss.; ID., *La condizione e gli altri elementi accidentali*, cit., p. 815 ss. (quest'ultima con delle limitazioni per quanto concerne la condizione risolutiva di inadempimento, ritenuta ammissibile previa qualificazione come clausola risolutiva espressa con effetti *inter partes*, in quanto « i riflessi che l'inadempimento e soprattutto le sue conseguenze sul rapporto contrattuale possono riverberare nei riguardi dei terzi sembrano, invece, sottratti all'autonomia privata »); AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit.; ID., *Atto dovuto ed evento condizionale*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1048 ss.; ID., *Modello condizionale e tutela risolutoria*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1188 ss.; DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*, in *Corriere giur.*, 1997, p. 1103 ss.; CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi - il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999, p. 61 ss.

al trasferimento della proprietà di un bene, il quale, mediante l'utilizzo dello strumento condizionale, e grazie alla *tutela di carattere reale* assicurata dalla relativa disciplina (art. 1357 c.c.), è sicuro di mantenere (o riacquistare) la proprietà del bene venduto in caso di inadempimento della controparte (7). L'elasticità del meccanismo

---

(7) Nel senso della idoneità del meccanismo condizionale, tramite la disciplina contenuta nell'art. 1357 c.c., a tutelare l'interesse dell'alienante ad una ricomposizione qualitativa del proprio patrimonio in caso di inadempimento, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 306 ss., e p. 371 ss., laddove si pone l'accento sulla idoneità del meccanismo ex art. 1357 c.c. a tutelare con efficacia reale il titolare dell'aspettativa o del diritto *sub condicione* a prescindere dall'eventuale deroga pattizia alla retroattività della condizione, e si giustifica tale tutela reale con la particolarità della vicenda effettuale scaturente dal negozio condizionato; anche nel caso di condizione risolutiva, del resto, il negozio condizionato non ha prodotto durante la fase di pendenza i suoi effetti tipici, bensì effetti « risolvibili », dotati di un'efficacia ridotta anche nei confronti dei terzi. Per la configurazione del diritto dell'acquirente in questi casi come « proprietà risolvibile », cfr. PELOSI, *La proprietà risolvibile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 371 ss.

Parte della dottrina ha contestato l'applicabilità della tutela reale ex art. 1357 c.c. alla fattispecie della condizione di adempimento o inadempimento. Secondo BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 231 ss., in questo caso « un'eventuale tutela reale risulterebbe senz'altro un « costo sociale » non adeguatamente bilanciato », alla luce sia dell'interesse dell'acquirente a poter disporre liberamente del bene per procurarsi i mezzi che gli consentano di adempiere, sia dell'insussistenza di un interesse tipico dell'alienante a disporre del diritto, assumendo in questi casi, in ultima analisi, l'incertezza un ruolo diverso rispetto ai casi di negozio tipicamente condizionato. A tali obiezioni è stato replicato che la c.d. retroattività reale sancita dall'art. 1357 « è indifferente al tipo di evento dedotto », non risultando dal sistema normativo alcuna differenziazione della vicenda circolatoria a seconda della natura dell'evento: « Deducendo in condizione l'adempimento, cioè, non si muta il sistema di circolazione dei beni e quindi non si invade una sfera giuridica sottratta all'autonomia privata » (COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 11, la quale tuttavia — a p. 8 — nega l'ammissibilità della condizione risolutiva di inadempimento sul rilievo che ciò equivarrebbe « ad attribuire alle parti la facoltà di coinvolgere i terzi nelle vicende del rapporto contrattuale »). Del resto, ciò è coerente con la neutralità dello strumento condizionale, e con la sua idoneità, confermata dall'analisi del sistema, alla realizzazione degli interessi più svariati.

Secondo TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 137 ss., la soluzione, sia nei casi di vendita con riserva di proprietà che di vendita condizionata all'adempimento, deve essere differenziata: la tutela reale nei confronti dei creditori sarebbe assicurata, come desumibile dall'art. 1524, primo alinea, c.c.; viceversa, rispetto ai terzi acquirenti la disciplina della retroattività relativa della risoluzione (art. 1458, 2° comma, c.c.) sarebbe espressione di un principio

condizionale consente una pluralità di modalità operative, dalla condizione sospensiva alla condizione risolutiva, dal condizionamento globale dell'efficacia contrattuale all'apposizione della condizione alla sola prestazione traslativa, diversamente graduabili in base alla consistenza degli interessi in gioco, e dimostratesi maggiormente idonee, sia sotto il profilo sostanziale che — con particular riferimento alla condizione sospensiva — sotto quello fiscale <sup>(8)</sup>, di altre forme di garanzia previste dal codice, quali la vendita con riserva di proprietà <sup>(9)</sup> e l'ipoteca legale <sup>(10)</sup>.

---

più generale, in base al quale il porre in condizione l'inadempimento non può modificare la disciplina della risoluzione in danno dei terzi. L'Autore ha ribadito tale orientamento nella voce *Retroattività*, cit., p. 90. In questo senso già SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, in *Annali del Sem. giuridico di Palermo*, vol. XXXV, Palermo, 1974, p. 178 ss. (dell'estratto). Anche a tale obiezione è stato efficacemente replicato che la disciplina della risoluzione non può porsi a regola, trattandosi di fattispecie ontologicamente diversa: nel caso di risoluzione per inadempimento, infatti, l'acquirente acquista una proprietà piena e definitiva, senza limitazioni e come tale anche nei confronti dei terzi; viceversa, nel negozio risolutivamente condizionato all'inadempimento, la situazione giuridica trasferita è caratterizzata, durante la fase di pendenza, da una precarietà che, attraverso i meccanismi pubblicitari (artt. 2659, 2° comma, e 2660, n. 6, c.c.) è resa conoscibile anche ai terzi, il che giustifica pienamente l'applicabilità in *subiecta materia* dell'art. 1357 c.c. (AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 377 ss.).

<sup>(8)</sup> Il trasferimento di un bene sospensivamente condizionato all'adempimento sconta, al momento della conclusione del contratto, solamente le imposte di registro, ipotecarie e catastali in misura fissa, essendo rinviata al momento dell'avveramento della condizione l'applicazione delle suddette imposte in misura proporzionale (artt. 27 e 19 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131; art. 13 D.Lgs. 31 ottobre 1990 n. 347), nonché dell'imposta sul valore aggiunto (art. 6, 1° comma, 2° alinea, del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633) e dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili (art. 31 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643). Il suddetto art. 27 del D.P.R. n. 131/1986, al terzo comma, non consente l'applicazione di tale meccanismo agli atti condizionati i cui effetti dipendono dalla mera volontà dell'acquirente o del creditore: peraltro, la condizione di adempimento non è certamente definibile come meramente potestativa, evidenziandosi sia un preciso interesse all'adempimento, qualificato anche dalle conseguenze della violazione dell'obbligazione, sia criteri obiettivi alla stregua dei quali valutare l'esattezza del comportamento del debitore. Per approfondimenti sul regime fiscale dei negozi sospensivamente condizionati, cfr. BARALIS-BOERO, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 332 ss.; PETRELLI, *Regime fiscale degli atti di compravendita di terreni sottoposti alla condizione sospensiva della sopravvenuta edificabilità*, cit., p. 1251 ss.

<sup>(9)</sup> La vendita con patto di riservato dominio, pur inquadrata teoricamente, almeno da una parte della dottrina e della giurisprudenza, nell'ambito dei negozi sospensivamente condizionati, se ne differenzia, tuttavia, per diversi, specifici

La particolarità della condizione di adempimento, che ha ingenerato perplessità soprattutto in dottrina, è data dal fatto che l'evento dedotto in condizione si identifica con il comportamento di uno dei contraenti, che costituisce, a sua volta, adempimento di una delle prestazioni dedotte nel sinallagma contrattuale. Da qui una serie di obiezioni, che tuttavia la dottrina più recente ha egregiamente confutato, rilevando, per converso, che non esistono disposizioni di legge dalle quali possa desumersi un divieto di dedurre in condizione l'adempimento <sup>(11)</sup>, e che — come dimostra il congegno dell'art. 1460 c.c. — l'operazione risponde ad interessi apprezzabili

---

profili di disciplina. Sotto il profilo sostanziale, i rischi sono assunti dal compratore al momento della consegna (artt. 1523 e 2054, 3° comma, c.c.), mentre nel negozio sospensivamente condizionato rimangono a carico del venditore (art. 1465, ult. comma, c.c.); manca inoltre, nella vendita con riserva di proprietà, l'efficacia traslativa retroattiva a seguito del pagamento del prezzo (Per la retroattività della condizione di adempimento cfr. LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 97 ss.). Diversa è, inoltre, la disciplina fallimentare: cfr. *supra*, paragrafo 20, ed *ivi*, nota 243.

È da rilevare, poi, che la fattispecie è disciplinata dal codice nell'ambito della vendita dei beni mobili; pur ritenendosi ormai pacificamente l'estensibilità di tale disciplina alla vendita di immobili, la regolamentazione legislativa (ad esempio sul versante della pubblicità) è gravemente lacunosa. Per quanto riguarda, infine, il profilo fiscale, la vendita con patto di riservato dominio è equiparata alla vendita con effetti traslativi immediati, e quindi comporta la necessità di un esborso immediato delle imposte di trasferimento; ciò sia ai fini delle imposte di registro, ipotecarie e catastali (art. 27, 3° comma, del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131) che dell'imposta sul valore aggiunto (art. 6, 1° comma, 2° alinea, e art. 2, 2° comma, n. 1, del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633) e dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili (art. 2, 3° comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643). L'equiparazione vale anche ai fini del reddito d'impresa, ai sensi dell'art. 75, comma 2, del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, ma non è espressamente sancita, ad esempio, con riferimento ai redditi fondiari. Gravi incertezze sussistono invece — in assenza di una espressa regolamentazione legislativa — relativamente alle imposte sulle successioni, con riferimento all'eventualità del decesso dell'alienante o dell'acquirente con riserva di proprietà. Sul trattamento fiscale della vendita con riserva di proprietà, cfr. BARALIS-BOERO, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 328 ss.

<sup>(10)</sup> Le ragioni della « crisi » dell'ipoteca legale quale garanzia dell'alienante sono state ravvisate, essenzialmente, nella necessità di subastare il bene ipotecato, con le conseguenti lungaggini ed incertezze del processo di esecuzione, e nell'elevato costo fiscale (artt. 6 e 13 della tariffa allegata al D.Lgs. 31 ottobre 1990 n. 347 (BARALIS-BOERO, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 279 ss.).

<sup>(11)</sup> LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 93.

e meritevoli di tutela <sup>(12)</sup>. Può essere utile ripercorrere, criticamente, le argomentazioni addotte pro e contro in relazione a ciascuna di queste obiezioni, anche alla luce della ricostruzione dogmatica dell'istituto condizionale operata con la presente indagine.

a) Si è, in primo luogo, ritenuto che la condizione di adempimento difetterebbe del requisito dell'*incertezza*, essendo il pagamento del prezzo oggetto di obbligazione e quindi certo sotto il profilo della sua coercibilità <sup>(13)</sup>. A ciò si è fondatamente obiettato che la coercibilità non comporta necessariamente la certezza dell'adempimento: l'esecuzione forzata può, in concreto, non produrre risultati per incapienza del patrimonio del debitore, ed inoltre la stessa esecuzione forzata non può essere parificata in tutto e per tutto all'adempimento spontaneo, essendo i risultati — conseguiti attraverso le due modalità — non omogenei <sup>(14)</sup>.

Su un piano teorico generale, avuto riguardo alla struttura degli effetti giuridici (e quindi anche all'effetto obbligatorio scaturente dal negozio), è stato acutamente rilevato come ogni *effetto giuridico* consti di due componenti fondamentali ed indefettibili: la *componente di valore*, rappresentata dal giudizio assiologico da parte dell'ordinamento in ordine alla modalità che meglio si presta alla realizzazione dell'interesse manifestato dal negozio in quanto fatto giuridico (giudizio di valore riconducibile essenzialmente alle modalità assiologiche del potere e del dovere), e la *componente di fatto*, rappresentata dal comportamento umano attuativo dell'inte-

---

<sup>(12)</sup> LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 55, e p. 118 ss. Per l'affermazione che l'*exceptio inadimpleti contractus* rappresenta il punto di emersione di un principio più generale, BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1331-1332, e nota 105; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 366 ss. Per l'opponibilità ai terzi, anche subacquirenti, dell'eccezione di inadempimento, cfr. di recente BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 345.

<sup>(13)</sup> Per il preteso difetto, nella condizione di inadempimento, del requisito della incertezza, cfr. Cass. 5 gennaio 1983 n. 9, cit., p. 1527. Non risultano invece obiezioni in questo senso nella dottrina successiva all'emanazione del vigente codice civile.

<sup>(14)</sup> PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 122; IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 22; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 227-228; SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 151; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 82 ss. ID., *Atto dovuto ed evento condizionale*, cit., p. 1049.



resse <sup>(15)</sup>. In altri termini, ogni effetto giuridico deve essere esaminato sia sotto il profilo della validità che sotto quello della attuabilità <sup>(16)</sup>. Se, tuttavia, la componente di valore consegue necessariamente alla valutazione di un fatto in termini di giuridicità, non altrettanto avviene per la componente di fatto, che può in concreto mancare: questa realtà si esprime, nell'ambito della teoria dell'efficacia giuridica, nel rifiuto di catalogare la c.d. causalità giuridica secondo schemi meccanicistici propri della causalità fisica <sup>(17)</sup>, e nella conseguente valutazione in termini di *incertezza* del comportamento dedotto in obbligazione <sup>(18)</sup>.

b) Una seconda, ricorrente obiezione è quella che fa leva sul requisito della *accidentalità* della condizione, che non ricorrerebbe nella condizione di adempimento, in quanto la prestazione di pagamento del prezzo costituirebbe elemento essenziale del negozio, e come tale non potrebbe essere dedotta in condizione <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 284 ss.: ivi la precisazione che « in qualunque effetto, comunque configurato o configurabile, il valore fondamentale, l'interesse della comunità giuridica, è sempre riferito a un astratto schema di fenomeno temporale... ogni fenomeno temporale è un fatto... l'effetto della norma non è né il semplice valore né il semplice fatto, ma il valore attribuito al fatto ». Sorge quindi l'esigenza di un raffronto tra il fatto giuridico, che pone l'esigenza di realizzazione di un dato interesse, e la componente di fatto dell'effetto giuridico, che soddisfa l'esigenza e risolve il problema pratico: mentre il fatto giuridico può essere anche un evento, « la componente di fatto dell'effetto giuridico è sempre e necessariamente un atto ».

Cfr. anche, per la distinzione (nell'ottica dell'atto e non dell'effetto) tra momento programmatico e momento esecutivo, CAMPAGNA, *I « negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale*, cit., p. 59 ss.; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 132 ss.

<sup>(16)</sup> FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 132 ss., che rileva come « ogni valore giuridico è per sua essenza un valore pratico, dunque un valore attuabile », e quindi « non vi è effetto giuridico che sia meramente valido e non mai attuabile, oppure attuabile ma non mai valido »; quindi, sotto il profilo logico e cronologico, « nel tempo della validità deve potersi inserire, non dev'essere mai escluso almeno in linea di astratta ipotesi, un momento di concreta attuabilità ».

<sup>(17)</sup> Si esprime in termini di condizionalità, piuttosto che di causalità giuridica in senso tecnico, FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 263-264.

<sup>(18)</sup> Per la necessità di distinguere tra la coercibilità che è necessità ideale (*sollen*), e la certezza che è solo necessità reale (*sein*), cfr. anche AMADIO, *Atto dovuto ed evento condizionale*, cit., p. 1049.

<sup>(19)</sup> Si tratta dell'obiezione ricorrentemente proposta nelle sentenze che negano la configurabilità della condizione di adempimento (cfr. *supra*, nota 2 di

Anche questa argomentazione può dirsi ormai superata: si è giustamente rilevato che altro è l'*obbligo* di pagamento del prezzo, elemento essenziale e qualificante del contratto di compravendita, altro è il *fatto* costituente adempimento della suddetta obbligazione, la cui effettiva ricorrenza non è indispensabile ai fini dell'esistenza e della validità del negozio <sup>(20)</sup>. Questo argomento, tuttavia, richiede alcune precisazioni. Come si è visto, l'adempimento, in quanto componente di fatto dell'effetto giuridico obbligatorio, è sì incerto ed accidentale come fatto storico, ma è essenziale a livello previsionale e programmatico, in quanto ogni effetto giuridico ha in sé insito il profilo della attuabilità <sup>(21)</sup>. Ciò significa che, in un contratto di compravendita, l'adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo non potrebbe non essere previsto come indefettibile per la realizzazione della causa del programma negoziale. La verità è che il presunto requisito della accidentalità non è requisito inalienabile della condizione, come si è avuto modo di dimostrare (cfr. *supra*, paragrafo 35): si tratta di una formula con valore puramente conoscitivo, che identifica una caratteristica ricorrente, ma non indispensabile, della condizione vista in rapporto al negozio tipico, ma che perde ogni valore quando si tratta di giudicare della validità ed efficacia del negozio concreto. Del resto, è stato acutamente rilevato che, nella sua accezione più matura <sup>(22)</sup>, il concetto di accidentalità, riferito alla clausola condizionale, altro non manifesta che l'idoneità (c.d. prova di resistenza) del negozio a sopravvivere, con le sue caratteristiche tipologiche, alla estrapolazione della condizione dal programma complessivo: ciò si verifica senz'altro per la condizione di adempimento, eliminata la quale il negozio sicuramente sopravvive come compravendita pura e semplice <sup>(23)</sup>.

---

questo capitolo). In dottrina, FUSCO, *L'adempimento come condizione del contratto*, cit., p. 304 ss., e p. 308; ID., *Ancora in tema di adempimento come condizione*, cit., p. 291. Si è peraltro obiettato che non tutte le prestazioni contrattuali costituiscono elementi essenziali dell'atto: BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 517; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 7.

<sup>(20)</sup> DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 134 ss.; MARMOCCHI, *Della condizione di adempimento della prestazione*, cit., p. 483; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 89 ss. (« si deduce in condizione il fatto, non l'obbligo »).

<sup>(21)</sup> FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 132 ss.

<sup>(22)</sup> FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 2.

<sup>(23)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 126; ID., *Atto dovuto*

c) Un terzo, fondamentale argomento opposto dai negatori della validità della condizione di adempimento è quello consistente nella negazione, nella fattispecie, della sussistenza del requisito di *estrinsecità* della condizione di adempimento <sup>(24)</sup>: quest'ultima sarebbe diretta a tutelare non un interesse esterno, bensì lo stesso interesse interno negoziale. Anche questa obiezione è destinata a cadere. Si è visto che l'estrinsecità può essere di due tipi, strutturale ed assiologica. L'estrinsecità strutturale caratterizza l'evento condizionante in quanto elemento del ciclo formativo esterno della fattispecie complessa, elemento quindi la cui assenza non influisce sulla perfezione e validità del negozio, né sul contenuto del programma di interessi, ma unicamente sulla sua efficacia <sup>(25)</sup>: nessun dubbio che anche la condizione di adempimento soddisfi questi requisiti. Quanto all'estrinsecità assiologica, identificabile nella tutela di interessi esterni al negozio <sup>(26)</sup>, si è visto (cfr. *supra*, capitolo III, nonché paragrafo 32) che essa non è in realtà un requisito della clausola condizionale né dell'evento condizionante, ricorrendo invece, nella maggior parte delle condizioni volontarie, la tutela di interessi negoziali secondari o dello stesso interesse negoziale fondamentale (causa del negozio): la condizione si è dimostrata, cioè, un congegno multifunzionale, idoneo a tutelare interessi della più svariata natura, e spesso tipicamente utilizzata dallo stesso legisla-

---

*ed evento condizionale*, cit., p. 1050. Lo stesso Autore, avuto riguardo all'altra accezione di accidentalità, intesa come attributo dell'evento condizionante, e significante l'estraneità dello stesso allo schema tipico (*nomen iuris*) del negozio, sottolinea (*La condizione di inadempimento*, cit., p. 125) che la configurazione dell'adempimento come condizione « non necessariamente solleva un problema di illegittimità del congegno, quanto piuttosto di (eventuale) atipicità del regolamento negoziale », e che comunque, l'adempimento attiene al piano dell'esecuzione e non a quello della previsione programmatica, unico, quest'ultimo, rispetto al quale possa porsi un problema di tipicità. Appare evidente, peraltro, da quanto precedentemente esposto nel testo che la condizione di adempimento non potrebbe essere classificata tra i c.d. coelementi necessari, quale elemento cioè indispensabile per la struttura dell'effetto: ciò perché a quest'ultimo è essenziale la previsione programmatica della componente di fatto, ma non la concreta attuazione della stessa, che è puramente eventuale.

<sup>(24)</sup> GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 59 ss.; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., p. 375.

<sup>(25)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 185 ss.

<sup>(26)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 10 ss.

tore come strumento di realizzazione dell'interesse fondamentale programmato dalle parti <sup>(27)</sup>.

d) Non può essere neanche adombrata la *mera potestatività* della condizione di adempimento, ritenendosi che l'efficacia del contratto verrebbe rimessa alla decisione dell'obbligato inadempiente <sup>(28)</sup>. Infatti, anche respingendo la tesi dottrinale che ritiene in ogni caso inapplicabile la disciplina della condizione meramente potestativa ai contratti a prestazioni corrispettive <sup>(29)</sup>, appare evi-

---

<sup>(27)</sup> Si ritrova già in DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 178, l'affermazione che « il meccanismo condizionale possa essere impiegato in direzioni diverse... essere destinato così non soltanto a permettere la *rilevanza* di un ordine di interessi che non fanno parte dello schema causale dell'atto (*motivi*), ma altresì anche ad assicurare una più efficace tutela e garanzia alla realizzazione del nucleo fondamentale di interessi prospettati nell'atto ».

<sup>(28)</sup> Di recente, per la mera potestatività della condizione consistente nel pagamento del prezzo, BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 297. Risalente, in questo senso, l'affermazione di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 96, secondo cui l'inadempimento della prestazione dedotta in contratto non può costituire condizione risolutiva del contratto medesimo perché altrimenti si arriva all'assurda conclusione che il debitore potrebbe, non eseguendo il suo obbligo, far venir meno l'obbligo stesso, escludendo quindi l'adempimento. Cfr. anche, sul punto, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 221; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 90 (ove l'osservazione, ripresa da Pelosi, che tale tesi è « perfettamente da condividere se posta in tali termini, non lo è invece... allorché non l'efficacia dell'intero contratto sia subordinata all'avverarsi della condizione, bensì soltanto il verificarsi o il risolversi di taluni effetti »). Nel senso che si tratta di una condizione potestativa semplice o mista, per essere l'adempimento correlato ad interessi seri ed apprezzabili, LENZI, *op. ult. cit.*, p. 94-95; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 117; IANACCONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, cit., c. 331; CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impr.*, 1998, p. 585, nota 24.

In giurisprudenza, Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, cit.; Cass. 26 febbraio 1986 n. 1113, in *Giur. it.*, Rep. 1986, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 272; Cass. 24 febbraio 1983 n. 1432, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 51 (nel senso che, ove il comportamento dedotto in condizione non sia meramente arbitrario ed al di fuori di ogni gioco di interessi e convenienza della parte, « ma, pur dipendendo dalla sua volontà, sia presenti per essa come alternativa capace di soddisfare il suo interesse (qual è appunto quello del pagamento del prezzo di una compravendita), non si verte nel caso di condizione meramente potestativa bensì di condizione potestativa semplice, la quale non influisce in alcun modo sulla validità del negozio »).

<sup>(29)</sup> Cfr. la dottrina indicata *supra*, alla nota 96 del capitolo IV.

dente che, nel nostro caso, la condizione risponde ad un interesse del venditore meritevole di tutela, e non già ad un mero interesse del compratore a rinviare l'assunzione del vincolo; inoltre la decisione circa l'adempimento non è rimessa al mero arbitrio dell'obligato, ma — trattandosi di atto dovuto — è rimessa ad una sua prudente valutazione che deve tener conto sia delle conseguenze in termini di responsabilità <sup>(30)</sup>, sia del mancato conseguimento della controprestazione in caso di inadempimento <sup>(31)</sup>. Del resto, il comportamento dell'obligato può qualificarsi come adempimento in base a criteri obiettivi e controllabili dalla controparte, che escludono ogni margine di arbitrio ed ogni confronto con la condizione meramente potestativa (del tipo *condicio si volam*).

e) Con particolar riferimento alla *condizione risolutiva di inadempimento*, si è obiettato che la stessa sarebbe in realtà incompatibile con il rimedio codicistico della risoluzione per inadempimento (*ex artt. 1453 ss. c.c.*), considerata quale rimedio ad un « vizio funzionale della causa » <sup>(32)</sup>, anche perché la risoluzione automatica *ex condicione* renderebbe praticamente inattuabile la disciplina della risoluzione per inadempimento <sup>(33)</sup>; d'altra parte, l'assetto così configurato sarebbe in contrasto con il sistema delineato dal codice, che, a fronte dell'evento inadempimento, non consente l'opponibilità ai terzi della risoluzione <sup>(34)</sup>. Infine, la retroattività della condizione determinerebbe il venir meno *ex tunc* dell'obbligazione, con conseguente impossibilità di parlare di ina-

---

<sup>(30)</sup> Si è visto (*supra*, paragrafo 27) che non si ha condizione meramente potestativa allorché il comportamento del contraente dedotto in condizione non sia libero, ma dovuto, in quanto dedotto anche in obbligazione. Sulla valutazione in termini di obbligatorietà anche *pendente condicione*, o anche in caso di mancato avveramento, cfr. *infra* nel testo.

<sup>(31)</sup> GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 117; Cass. 16 marzo 1983 n. 1281, in *Riv. not.*, 1983, p. 481.

<sup>(32)</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 199.

<sup>(33)</sup> La disciplina codicistica della risoluzione viene ritenuta inderogabile da CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, cit., p. 376; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 8.

<sup>(34)</sup> SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, cit. p. 178 ss.; BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 231 ss. (ma, dello stesso Autore, v. una posizione più sfumata in *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1311-1312, e nota 21); TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 137 ss.; LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, cit., p. 29, nota 67.

dempimento <sup>(35)</sup>, e l'irresponsabilità dell'obbligato anche per dolo o colpa grave, in violazione della norma inderogabile contenuta nell'art. 1229 c.c. <sup>(36)</sup>.

Questi argomenti si sono rivelati fragili ad una attenta analisi e, in particolare, sono stati efficacemente confutati in un approfondito studio che, di recente, ha affrontato *ex professo* il tema della condizione risolutiva di inadempimento <sup>(37)</sup>. Il collegamento della risoluzione per inadempimento ad un vizio funzionale della causa viene ormai respinto dalla dottrina dominante, che ritiene incompatibile questa ricostruzione con la disciplina positiva dell'istituto, ed in particolare con il ruolo attribuito all'iniziativa della parte offesa <sup>(38)</sup>. Per altro verso, dalle norme codicistiche in tema di risoluzione per inadempimento emerge la disponibilità del rimedio risolutorio, insita nella stessa alternatività dell'azione di risoluzione rispetto agli altri rimedi previsti dall'art. 1453 c.c. <sup>(39)</sup>, tanto che è stata affermata la rinunciabilità preventiva all'azione di risoluzione <sup>(40)</sup>. Ove poi, come suggerito da parte della dottrina, si

---

<sup>(35)</sup> AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 94.

<sup>(36)</sup> COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 8, e p. 53-54 (« la clausola condizionale ha una funzione tipica, quella di incidere sugli effetti dell'atto (o del patto) al quale è apposta. Il ricorso a questo strumento deve ritenersi, conseguentemente, sottratto all'autonomia privata là dove sono indisponibili le conseguenze giuridiche derivanti dal rapporto stabilito dagli stipulanti »); ID., *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, p. 254 ss.

<sup>(37)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 310 ss.; ID., *Modello condizionale e tutela risolutoria*, cit., p. 1188 ss.

<sup>(38)</sup> Per le obiezioni alla ricostruzione della natura giuridica della risoluzione per inadempimento sulla base di un vizio funzionale della causa, cfr. le fondamentali obiezioni di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 115 ss., e, successivamente, GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 553; DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 842 ss., 848 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 322 ss.

<sup>(39)</sup> AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 338 ss.

<sup>(40)</sup> LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 97 ss.; AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 340; ID., *Modello condizionale e tutela risolutoria*, cit., p. 1189. Quest'ultimo Autore trae argomento anche dall'art. 1244 (con l'elaborazione teorica sul *pactum de non petendo*) e dall'art. 2932, 1° comma, c.c. (sull'esclusione convenzionale dell'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare) per dimostrare l'ammissibilità della rinuncia preventiva alla tutela risolutoria. Cfr. anche, sul punto, BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1309 ss. (ed ivi citazioni).

configuri la condizione di inadempimento come condizione unilaterale <sup>(41)</sup>, con possibile revoca della clausola condizionale da parte del contraente fedele, non vi sarebbe neanche il problema di dover postulare una preventiva rinuncia all'azione di risoluzione per inadempimento.

È stato peraltro rilevato che, deducendosi in condizione l'inadempimento, questo, per essere configurato come definitivo e quindi non purgabile da parte del debitore, richiederebbe la proposizione di una domanda di risoluzione, *ex art.* 1453, ult. comma, c.c. <sup>(42)</sup>. A prescindere dai rilievi che potrebbero derivare dall'affermata derogabilità preventiva della disciplina della risoluzione, e quindi dall'eventuale collegamento pattizio dell'effetto preclusivo del tardivo adempimento al semplice scadere di un termine, deve comunque rilevarsi che nulla osta alla configurazione di un evento condizionante complesso, del quale facciano parte sia il mancato

---

Parallelamente, la dottrina ammette la liceità della pattuizione con la quale i contraenti convengono la risoluzione immediata a seguito dell'inadempimento, escludendo l'adempimento tardivo: BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, cit., p. 231, e nota 124; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, p. 216 ss.

<sup>(41)</sup> BOERO-BARALIS, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 301 ss. In senso contrario, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 351-352, nota 84, sulla base, peraltro, di un'inesatta nozione di condizione unilaterale. L'Autore (p. 356 ss.) prospetta, quale alternativa, la costruzione di un *evento condizionale complesso*, nel quale sono cumulativamente dedotti sia l'inadempimento che la mancata richiesta di esecuzione tardiva, ma esprime dubbi in ordine alla sua ammissibilità, principalmente per il fatto che, a suo giudizio, si tradurrebbe in una manifestazione di volontà direttamente rivolta ad attribuire efficacia al vincolo contrattuale, identificabile sostanzialmente come un meccanismo di opzione, piuttosto che come condizione. Si tratta di obiezioni non fondate, che non tengono conto del reale atteggiarsi dell'intenzione delle parti, le quali non intendono certamente, con la richiesta di esecuzione tardiva, assumere un nuovo vincolo contrattuale. Né può ostare alla configurazione condizionale in senso tecnico il preteso difetto di automatismo nella sua operatività: ove si riconosca l'essenziale diversità della condizione risolutiva da quella sospensiva sotto il profilo di cui trattasi (ruolo della decisione della parte del negozio, dedotta in condizione, volta ad influire sul rapporto contrattuale, e generale validità della condizione risolutiva meramente potestativa), nulla può ostare alla configurazione di un evento condizionale complesso, come quello descritto, che comunque rappresenterebbe una variante, diversa da quella descritta nel testo.

<sup>(42)</sup> PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 224, e p. 274.

adempimento entro un dato termine, sia la proposizione dell'azione di risoluzione da parte del contraente interessato ad avvalersi della condizione. Si è affermato, del resto, che ciò non contrasta con l'automatismo del congegno condizionale, poiché la pronuncia di risoluzione del contratto, per quanto riguarda l'effetto traslativo, avrebbe natura di semplice accertamento, e d'altra parte la domanda di risoluzione ha la sola funzione, in questo meccanismo, di rendere definitivo l'inadempimento <sup>(43)</sup>. Queste conclusioni valgono, a maggior ragione, ove si accolgano le osservazioni sopra raggiunte (paragrafo 38) sul significato dell'automatismo della condizione.

Quanto al confronto tra la disciplina dettata dall'art. 1357 c.c. e quella ricavabile dall'art. 1458, 2° comma, c.c., è stato efficacemente replicato <sup>(44)</sup> che vi è una sostanziale differenza tra le due fattispecie: nel contratto risolutivamente condizionato — a differenza del contratto che viene risolto per inadempimento — non si producono *ab origine* effetti pieni e definitivi, ma solo effetti precari e risolvibili <sup>(45)</sup>, come tali segnalati ai terzi (art. 2659, ult. comma, e art. 2660, n. 6, c.c.), che quindi non hanno motivo di riporre affidamento nella piena proprietà in capo all'acquirente (affidamento costituente il presupposto della disciplina contenuta nell'art. 1458, 2° comma); in altri termini si è incisivamente precisato che il bene trasferito sotto condizione risolutiva non può dirsi « definitivamente immesso nel flusso circolatorio » <sup>(46)</sup>. Anche per tale motivo non appare condivisibile l'opinione di quegli Autori che ritengono inapplicabile alla condizione di inadempimento la tutela reale *ex art. 1357* <sup>(47)</sup>, oltre alla fondamentale obiezione, già in precedenza

---

<sup>(43)</sup> PELOSI, *op. ult. cit.*, p. 228-229.

<sup>(44)</sup> AMADIO, *La condizione di adempimento*, cit., p. 369 ss.

<sup>(45)</sup> MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 292; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 376 ss., che rileva come « la precarietà degli effetti si giustifica, sul piano sostanziale, in ragione della non definitività degli interessi, esposti all'eventualità dell'avverarsi dell'evento dedotto in condizione... il negozio non potrà, *pendente condicione*, produrre i suoi effetti tipici, in quanto non può dirsi che abbia già scontato il confronto con la possibile incidenza di un evento (in termini tradizionali: di un interesse) incompatibile »; ID., *Modello condizionale e tutela risolutoria*, cit., p. 1189 ss.

<sup>(46)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 412. Cfr. anche, sulla questione, *supra*, paragrafo 32, e anche nota 180 del capitolo V.

<sup>(47)</sup> Cfr. *supra*, nota 34 di questo capitolo.



oggetto di dimostrazione, che individua nella condizione un congegno polifunzionale, in cui la varietà degli interessi tutelati non costituisce, in alcun caso, motivo di diversificazione della disciplina della fase di pendenza.

Per finire, anche l'argomento *ex art.* 1229 è stato confutato, osservandosi che — anche a prescindere dalle tesi che svalutano il principio di retroattività<sup>(48)</sup>, e dalla possibilità per le parti di derogare a tale retroattività o di condizionare solo la prestazione traslativa — in ogni caso, anche a seguito dell'avveramento della condizione risolutiva, « la retroattività non cancella (non può cancellare) la rilevanza dell'inadempimento come presupposto di risoluzione »<sup>(49)</sup>, e comunque sarebbe risarcibile il c.d. danno da

---

<sup>(48)</sup> Il riferimento obbligato è a PELOSI, *La pretesa retroattività della condizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 825 ss.; ID., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 23 ss. Con particolare riferimento al problema in esame, l'Autore affronta (a p. 219 ss.) l'argomento secondo il quale l'inadempimento non può costituire condizione risolutiva del contratto, « perché altrimenti si arriverebbe all'assurda conclusione che il debitore potrebbe, non eseguendo il suo obbligo, far venir meno l'obbligo stesso », strettamente connesso con l'osservazione che l'inadempimento « farebbe venir meno retroattivamente il rapporto obbligatorio e quindi anche la stessa possibilità di parlare di inadempimento »: l'obiezione viene superata, con riferimento all'ipotesi di condizionamento totale, respingendo il dogma stesso della retroattività; il problema non si porrebbe neanche, viceversa, nell'ipotesi di condizionamento della sola prestazione traslativa.

<sup>(49)</sup> MASSETTI, *Avveramento della condizione risolutiva e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 733; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 419. Tale soluzione discenda da una corretta visione del meccanismo della retroattività, che non cancella evidentemente i fatti già verificatisi (*factum infectum fieri nequit*), né può modificare la valutazione di tali fatti, ma semplicemente comporta il prodursi degli effetti giuridici in maniera tale da determinare una situazione il più possibile simile a quella che si sarebbe prodotta se il negozio non fosse stato condizionato ed avesse prodotto i propri effetti *ab initio*. In questo senso, la disposizione dell'art. 1453, ultimo comma, che prevede il risarcimento del danno anche a seguito della risoluzione per inadempimento (che ha, anch'essa, efficacia retroattiva *ex art.* 1458 c.c.), non è disposizione eccezionale, ma si inquadra nell'ambito dei principi generali.

In senso contrario, e quindi per l'esclusione del risarcimento del danno in caso di avveramento della condizione risolutiva retroattiva, Cass. S.U. 10 maggio 1977 n. 1805 in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1259 ss. Il problema non sorge, in ogni caso, come rilevato da AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 425 ss., quando si deroga convenzional-

risoluzione condizionale <sup>(50)</sup>; si può ulteriormente precisare che il problema si supera anche in forza dell'unilateralità della condizione di inadempimento, che consente la revoca della clausola condizionale (eventualmente individuabile in forma concludente anche nella richiesta di risarcimento).

f) Con riferimento alla *condizione sospensiva di adempimento*, il problema dogmatico di maggior spessore è costituito dalla apparente inconciliabilità tra deduzione in condizione dell'adempimento, e qualificazione dello stesso come comportamento obbligatorio <sup>(51)</sup>: la condizione, infatti, sospende l'efficacia negoziale, e quindi fa sì che l'obbligo nasca solamente a seguito dell'avveramento. Si verifica, pertanto, una sequenza del tutto anomala, in cui il momento dell'esecuzione (adempimento) precede il momento dell'efficacia (obbligo), in contrasto con l'affermazione, comunemente accettata, che ricostruisce questa sequenza in senso esattamente opposto <sup>(52)</sup>. Alla luce dei principi generali, occorrerebbe affermare che nessun obbligo può sorgere, se la prestazione dedotta in obbligazione è già stata eseguita, e l'interesse del creditore soddisfatto; con la conseguenza che il comportamento dell'acquirente ed obbligato *sub condicione* sarebbe giuridicamente libero e

---

mente alla retroattività, o se si condiziona risolutivamente solo la prestazione traslativa.

<sup>(50)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 433 ss. (sviluppando in *subiecta materia* l'elaborazione in tal senso di LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1990, p. 224 ss.); ID., *Modello condizionale e tutela risolutoria*, cit., p. 1192-1193. Per la sopravvivenza del risarcimento del danno alla risoluzione v. anche LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 102.

<sup>(51)</sup> AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., p. 93 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 517; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 90 (secondo cui il problema si pone nell'ipotesi di condizionamento totale, mentre è superabile ove sia condizionato solo uno degli effetti contrattuali); ID., *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 42 ss., e p. 73 ss.; BARALIS-BOERO, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 297 e 301 (che ritiene superabile il problema per la unilateralià della condizione di adempimento); MAZZARA, *Promesse « condizionate » a una prestazione*, cit., p. 347 (limitatamente al condizionamento dell'intero negozio).

<sup>(52)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 315: « In quanto modalità prospettiche, il dovere e il potere sono sempre anteriori nel tempo alle azioni e situazioni di fatto che ne costituiscono le realizzazioni corrispondenti ».

non vincolato (come evidenziato dal brocardo *condicio non est in obligatione*), e la fattispecie sarebbe sostanzialmente assimilabile a quella della promessa condizionata ad una prestazione <sup>(53)</sup>.

Corre innanzitutto l'obbligo di precisare che questa anomalia non si presenta nell'ipotesi di *condizionamento sospensivo parziale* del negozio: allorché, infatti, sia condizionata la sola prestazione traslativa, l'obbligo di pagamento del prezzo nasce con la perfezione del contratto, e non si pone alcun problema di rapporti tra efficacia ed esecuzione <sup>(54)</sup>; in caso di mancato pagamento, viene a mancare la condizione sospensiva che accede alla prestazione traslativa, e — come conseguenza della commutatività del contratto — viene meno l'obbligazione principale del compratore di pagare il prezzo, salve le conseguenze risarcitorie <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 463. Secondo IANNACONE, *L'adempimento dedotto in condizione*, cit., c. 332, « l'incoercibilità della prestazione, la carenza di una valida pretesa del creditore nel periodo di pendenza, nonché l'assoluta libertà del debitore relativamente all'*an* ed al *quantum* dell'adempimento, fanno pensare ad un'obbligazione in fase di quiescenza con alcuni punti di contatto con le obbligazioni naturali ».

<sup>(54)</sup> LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 90. La giurisprudenza che ha esaminato la condizione sospensiva di adempimento accedente alla prestazione traslativa del venditore ha talvolta qualificato la fattispecie come vendita con riserva di proprietà: Cass. 3 aprile 1980 n. 2167, in *Riv. not.*, 1980, p. 1288 ss.; Cass. 8 aprile 1999 n. 3415, in *Notariato*, 1999, p. 407.

<sup>(55)</sup> In caso di condizionamento sospensivo all'adempimento della sola prestazione del venditore, ove non dovesse verificarsi l'evento condizionante, deve ritenersi che si risolva l'obbligazione di pagamento del prezzo, sorta con la perfezione del contratto. Ciò a meno che le parti non avessero inteso concludere un contratto aleatorio: LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 88-89.

Ritiene comunque non attivabile l'obbligazione di pagamento del prezzo a seguito del mancare della condizione risolutiva apposta alla sola prestazione dell'alienante, pur senza parlare espressamente di risoluzione (ma in applicazione analogica dell'art. 1453, 2° comma, ultima parte, c.c.), AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 428-429.

La dottrina non ha dubbi nell'ammettere che « la condizione sospensiva e la condizione risolutiva possono operare congiuntamente nell'ambito della medesima dichiarazione di volontà, quando momenti ed effetti diversi della medesima programmazione siano fatti dipendere, volta a volta sospensivamente e risolutivamente... dal medesimo evento, che avrà allora una doppia collocazione e una doppia valenza giuridica rispetto alla dichiarazione condizionale »: FALZEA, voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 4. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I - La

La fattispecie del *condizionamento sospensivo totale* deve essere invece attentamente analizzata, alla luce delle ricostruzioni di teoria generale sui problemi dell'efficacia e dell'esecuzione del contratto. L'*effetto giuridico* è stato definito come un valore, e più precisamente come l'esigenza assiologica da parte dell'ordinamento di realizzazione di un determinato interesse, la cui esistenza è manifestata da un fatto giuridico <sup>(56)</sup>. L'effetto si produce di solito simultaneamente alla formazione del fatto giuridico che evidenzia l'esistenza dell'interesse <sup>(57)</sup>, ma può prodursi successivamente, come avviene nelle fattispecie a formazione successiva e, nell'am-

---

*compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 154 ss., sulla scia di un autore tedesco, il Coing (*Bedingung Zeitbestimmung*, in *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, 11, I, Berlin, 1954, p. 922), ritiene che « in un negozio con più effetti la condizione può non avere per ciascuno di essi la stessa funzione: rispetto ad un effetto può essere intesa come sospensiva, rispetto ad un altro come risolutiva ». Nello stesso senso, LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 36.

Secondo App. Milano 4 marzo 1994, in *Società e dir.*, 1994, p. 508, con nota di PICONE, « L'evento dedotto in condizione, con effetto sospensivo in relazione all'obbligo di trasferimento delle quote, ha valenza risolutiva per quanto attiene al già eseguito pagamento del prezzo ».

Non bisogna, ovviamente, confondere il caso sopra descritto (diversi effetti dello stesso contratto sottoposti a condizioni opposte), da quello in cui un medesimo evento sia previsto, rispetto ad un medesimo effetto giuridico, nel contempo come condizione sospensiva e risolutiva: ipotesi logicamente, prima che giuridicamente, inammissibile: FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 284, nota 93.

In ogni caso, per evitare difficili problemi di definizione dogmatica di una condizione nel contempo sospensiva e risolutiva, è ben ipotizzabile l'apposizione al contratto di due distinte condizioni: la prima — consistente nell'adempimento — di natura sospensiva e con effetto retroattivo, riferita alla prestazione traslativa dell'alienante; la seconda — consistente nell'inadempimento — di natura risolutiva e irretroattiva, riferita alla prestazione di pagamento del prezzo. L'irretroattività di questa seconda condizione elimina ogni dubbio — che peraltro si vedrà essere infondato — circa la permanenza di una responsabilità per inadempimento del compratore. È inoltre certamente possibile prevedere, in luogo della suddetta condizione risolutiva, una clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c.

<sup>(56)</sup> Per la nozione di effetto giuridico come « valore giuridico condizionato », cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 283.

<sup>(57)</sup> Sul principio di simultaneità tra fatto ed effetto giuridico, FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 316, per il quale la valutazione dell'ordinamento in termini di « necessità o possibilità giuridica è già del tutto definita non appena il fatto giuridico, cioè la serie degli elementi condizionanti, giunge ad esistenza. È perciò corretto affermare, come fa la dottrina, che l'effetto giuridico sorge nel preciso momento in cui si conclude il fatto giuridico ».

bito di queste ultime, nel negozio condizionato. L'eventuale realizzazione dell'interesse, nella fase che intercorre tra la formazione del fatto ed il sorgere dell'effetto, sembra quindi rendere inutile la nascita dell'effetto medesimo, in quanto la questione esigenziale posta dall'ordinamento ha già trovato soddisfacimento. La realtà, tuttavia, è più complessa, come dimostrano una serie di fenomeni giuridici, in cui il momento dell'esecuzione sembra precedere quello dell'efficacia.

Una prima ipotesi è quella dei c.d. *negozi di attuazione* <sup>(58)</sup>, nei quali è apparso alla dottrina esservi un comportamento con duplice valenza, di concorso alla formazione del negozio (e quindi alla produzione dell'efficacia), e di realizzazione dell'interesse negoziale <sup>(59)</sup>. L'ipotesi paradigmatica è quella — disciplinata dall'art. 1327 c.c. — dell'accettazione del contratto mediante inizio dell'esecuzione: in questa ipotesi, il comportamento esecutivo — che apparentemente precede e, secondo taluno, sostituisce l'intento negoziale — in realtà, da un punto di vista logico, contiene in sé l'intento medesimo e, quindi, realizza in un primo istante logico l'efficacia negoziale, ed in un successivo istante logico l'attuazione o esecuzione <sup>(60)</sup>. Lo stesso meccanismo può rinvenirsi in altre fattispecie, anch'esse tradizionalmente sussunte nella categoria dei negozi di attuazione, come la convalida del negozio annullabile mediante esecuzione, l'accettazione tacita di eredità, la revoca del testamento mediante distruzione della scheda olografa, o mediante trasformazione della cosa legata. In questi casi si è rilevato che il

---

<sup>(58)</sup> Sui negozi di attuazione (*Willensgeschafte*), categoria dogmatica prospettata dalla dottrina tedesca, e principalmente dal Manigk, cfr. soprattutto CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 416 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 227 ss.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 307 ss.; CAMPAGNA, *I « negozi di attuazione » e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 48 ss.; SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, cit., p. 47 ss.

<sup>(59)</sup> CAMPAGNA, *op. ult. cit.*, p. 72 ss., spec. p. 76; SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 48; FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., p. 50 ss.: i c.d. negozi di attuazione sono dei normali negozi programmatici, in cui la dichiarazione programmatica assume la forma manifestativa del comportamento concludente, e la realizzazione dell'interesse negoziale non è ravvisabile nello stesso comportamento concludente, bensì nei successivi comportamenti attuativi del diritto assoluto o potestativo scaturente dal negozio medesimo.

<sup>(60)</sup> CAMPAGNA, *op. ult. cit.*, p. 214 ss.

comportamento esecutivo attua, in realtà, un interesse diverso da quello proprio del negozio che si forma mediante esecuzione: non, quindi, l'interesse proprio del negozio di convalida (tipico negozio ad efficacia c.d. finale), bensì quello proprio del negozio convalidato <sup>(61)</sup>. E, tuttavia, rispetto a quest'ultimo, si riprospetta il problema apparente dell'esecuzione che precede (la validità e) l'efficacia: più propriamente, è ravvisabile, nel medesimo comportamento, un valore programmatico e, quindi, la nascita dell'effetto un istante logico anteriore alla realizzazione dell'interesse mediante esecuzione.

In secondo luogo, è stata evidenziata la fattispecie della costituzione di società di capitali, in cui il *versamento dei tre decimi dei conferimenti in denaro* (artt. 2329 n. 2, 2475 ult. al. c.c.) si pone addirittura come condizione per l'omologazione, e quindi per la costituzione dell'ente <sup>(62)</sup>, pur essendo, nel contempo, atto esecutivo dell'obbligo di conferimento.

Si è poi evidenziata l'ipotesi dell'adempimento dell'obbligazione di restituire il prezzo, che è elevato a presupposto dell'efficacia traslativa della *dichiarazione di riscatto* (art. 1500, 1° comma, e 1503, 1° comma, c.c.), pur essendo evidente che l'obbligo non preesiste a tale dichiarazione, ma trova in essa la propria fonte <sup>(63)</sup>.

È stata anche segnalata la fattispecie dei *contratti reali*, nei quali il momento esecutivo (la consegna) influenza e determina la formazione del contratto, e quindi l'insorgenza dei suoi effetti <sup>(64)</sup>.

Un altro importante fenomeno, nell'ottica che interessa, è quello del *contratto preliminare ad esecuzione anticipata* <sup>(65)</sup>, ove è possibile rinvenire alcuni comportamenti, eseguiti in adempimento

---

<sup>(61)</sup> CAMPAGNA, *op. ult. cit.*, p. 231 ss.

<sup>(62)</sup> TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 86-87, il quale afferma consequenzialmente: « Che la *fattispecie realizzativa* del negozio presupponga come logico antecedente la *fattispecie effettuale*, può corrispondere alla designazione di una « normale » linea di sviluppo della sequenza contrattuale », mentre altre volte « è la stessa legge che ribalta l'ordine dello schema ».

<sup>(63)</sup> GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 85.

<sup>(64)</sup> DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 353 ss.; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 43.

<sup>(65)</sup> Sulla rilevanza del preliminare ad esecuzione anticipata ai fini del problema di cui trattasi, cfr. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 43 ss.

del preliminare stesso (quali ad esempio, la consegna anticipata, o il pagamento anche integrale del prezzo), che vengono a soddisfare l'interesse tipico del negozio definitivo di compravendita ancor prima che questo sorga: si verifica cioè, anche qui, il fenomeno per cui l'esecuzione del negozio precede la sua efficacia <sup>(66)</sup>.

Il fenomeno, quindi, per cui l'esecuzione precede l'efficacia del negozio è solo apparente: in realtà, in alcune delle fattispecie delineate il comportamento attuativo dell'interesse non presuppone l'insorgenza di un effetto obbligatorio; nella maggior parte di tali fattispecie, invece, l'effetto giuridico precede sempre, di un istante logico, la sua esecuzione. Lo stesso avviene anche nell'ipotesi del negozio condizionato all'adempimento di una delle prestazioni principali.

Occorre, a questo punto, verificare — con riferimento alla fattispecie in esame — se vi sia una ragion d'essere dell'obbligo di consegnare, o dell'obbligo di pagare il prezzo, sia prima dell'esecuzione, sia dopo che il bene è stato consegnato o il prezzo è stato pagato. La risposta è affermativa.

Anteriormente al comportamento esecutivo, nei casi in esame, non esiste un nulla giuridico: esiste, viceversa, una fattispecie giuridicamente rilevante (il negozio condizionato) o addirittura efficace (il contratto preliminare), da cui sorgono gli effetti tipici di tali fattispecie: effetti pieni nel caso di contratto preliminare, effetti preliminari e prodromici nel contratto condizionato, che tuttavia presuppongono, per la loro stessa esistenza, la potenzialità degli effetti definitivi.

I poteri conservativi costituenti il contenuto dell'aspettativa condizionale sono particolarmente incisivi <sup>(67)</sup>: il venditore, credi-

---

<sup>(66)</sup> Secondo LENZI, *op. ult. cit.*, p. 44, « il preliminare, come fonte dell'obbligo a contrarre, può giustificare l'esecuzione in via anticipata di prestazioni che trovano esclusivamente nell'atto definitivo la fonte della loro obbligatorietà. Si riconosce cioè all'autonomia privata il potere di anticipare, attraverso la previsione normativa del preliminare, l'esecuzione del rapporto obbligatorio rispetto al verificarsi degli effetti. Si ha quindi anche qui un'alterazione della sequenza tipica ».

<sup>(67)</sup> Sull'individuazione degli effetti preliminari del negozio condizionato e sul contenuto dell'aspettativa condizionale, con particolare riferimento agli atti conservativi, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 210 ss.; NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 459 ss.; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 797-798; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 278

tore *sub condicione*, potrà pretendere che la controparte si comporti in buona fede per conservare le proprie ragioni (art. 1358 c.c.); potrà agire con strumenti cautelari come il sequestro conservativo, l'apposizione di sigilli, l'azione surrogatoria <sup>(68)</sup> e l'azione revocatoria, la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, la denuncia di nuova opera o danno temuto, o anche chiedere idonea garanzia (arg. ex art. 640 c.c.) <sup>(69)</sup>, o ricorrere a misure cautelari atipiche; potrà intervenire nel processo di espropriazione immobiliare (art. 563 c.p.c.) e nel processo fallimentare <sup>(70)</sup> (artt. 55, 3° comma, e 95, 2° comma, e artt. 113 n. 3 e 117, 2° comma, l. fall.) (ma non promuoverli), partecipare alle procedure di concordato preventivo o concordato fallimentare (art. 127, comma 1, e art. 136, comma 2, l. fall.), chiedere la collocazione del credito condizionale nello stato di graduazione dell'eredità beneficiata, domandare che

---

ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 98 ss.; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 278 ss.; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 105, nota 12; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 122 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 243 ss.; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 312 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 608 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 85 ss.

Per l'osservazione che i mezzi di tutela della garanzia patrimoniale e le misure conservative accordati al titolare dell'aspettativa condizionale presuppongono l'esistenza di una situazione già qualificata dall'ordinamento in termini di obbligatorietà, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 440 ss., ed ivi, nota 275.

Sui riflessi che tale preliminare qualificazione in termini di obbligo può produrre ai fini della ripetibilità o meno della prestazione eseguita durante la pendenza della condizione, cfr. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 45-46, spec. nota 93, ove citazioni di dottrina, e p. 79 ss. Cfr. sul punto anche FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 193; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 764; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 113 ss.; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 136 ss.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, cit., p. 290; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 329-330; App. Napoli 13 gennaio 1970, in *Dir. e giur.*, 1970, p. 240 ss.

<sup>(68)</sup> Sulla legittimazione surrogatoria del creditore condizionale, cfr., tra gli altri, GIAMPICCOLO, *Azione surrogatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 951-952.

<sup>(69)</sup> Sull'estensibilità della previsione dell'art. 640 c.c. anche alla condizione contrattuale, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 86. Ammettono, in genere, che l'acquirente del diritto sospensivamente condizionato possa chiedere che gli sia prestata cauzione, MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 181; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 525; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 609.

<sup>(70)</sup> Cass. 25 agosto 1998 n. 8428, in *Foro it.*, 1999, I, c. 841.



i creditori posteriori soddisfatti diano cauzione; potrà iscrivere ipoteca su beni del debitore condizionale, o potrà ottenere fideiussione per lo stesso credito; potrà partecipare alle deliberazioni assembleari della società di cui ha acquistato una partecipazione sotto condizione sospensiva. Sono tutti effetti che non potrebbero sorgere se il comportamento dell'acquirente *sub condicione* non fosse qualificabile come obbligatorio.

D'altra parte, il rapporto obbligatorio condizionale potrebbe costituire oggetto di atti di disposizione, subordinati *ex art. 1357* al verificarsi della condizione ma comunque possibili <sup>(71)</sup>. L'alienante sotto condizione sospensiva è tenuto, secondo qualcuno, durante la fase di pendenza ad un obbligo di custodia del bene alienato <sup>(72)</sup>, ed a mantenere inalterata la destinazione economica dello stesso <sup>(73)</sup>.

Senza escludere, per finire, l'applicabilità della finzione di avveramento <sup>(74)</sup>, nonché la possibilità di ottenere, in caso di viola-

---

<sup>(71)</sup> Per questa osservazione, AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 442.

<sup>(72)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 457; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 313-314; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 44 ss., e p. 84; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 379 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 88 ss.

<sup>(73)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 457; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 84-85; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 89. In senso contrario, PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., p. 382 ss. (con alcuni temperamenti in relazione all'obbligo di buona fede); App. Brescia 19 dicembre 1962, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 1195; Trib. Torino 28 gennaio 1972, in *Giur. merito*, 1974, p. 210 (entrambe queste sentenze hanno giudicato lecita l'edificazione da parte dell'alienante sul terreno venduto sotto condizione sospensiva, durante la fase di pendenza).

<sup>(74)</sup> Nel senso dell'applicabilità alla condizione di adempimento della finzione di avveramento della condizione, DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 179, nota 178; LENZI, *In tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, cit., p. 95 ss.; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 135. *Contra*, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 116 ss. Occorre comunque tener conto della probabilità che il venditore non abbia alcun interesse all'applicazione dell'art. 1359 c.c., che si ritorcerebbe quasi sempre a suo svantaggio (avveratasi la condizione, la proprietà si trasferirebbe al compratore, anche in difetto del pagamento del prezzo); a ciò si può ovviare accedendo alla tesi che ritiene applicabile la finzione *ex art. 1359* solo su richiesta dell'interessato.

zione del dovere di buona fede *ex art.* 1358 c.c., il risarcimento del danno e la risoluzione del rapporto condizionale per inadempimento <sup>(75)</sup> dell'acquirente, il che postula evidentemente una realtà obbligatoria (sia pur in fase prodromica) in atto esistente.

In sostanza, se il comportamento dell'acquirente *sub condicione* non fosse qualificabile come obbligatorio durante la fase di pendenza (cosa che avviene nell'esempio delle promesse condizionate ad una prestazione), gran parte degli effetti preliminari sopra descritti non potrebbero configurarsi, o si attergerebbero in maniera completamente diversa: non sarebbe certo ipotizzabile un sequestro conservativo o un'azione revocatoria, né tantomeno l'iscrizione di ipoteca sui beni dell'acquirente.

Vi è, peraltro, anche una rilevanza *ex post* dell'esistenza dell'obbligo in capo all'autore del comportamento esecutivo: rilevanza individuabile — in caso di avveramento della condizione — innanzitutto nel significato e nella portata dell'atto esecutivo come « adempimento », con tutte le possibili qualificazioni in tema di esattezza e inesattezza ed i rimedi conseguenti <sup>(76)</sup>; in caso di

---

La finzione di avveramento si prospetta più facilmente applicabile nel caso opposto, allorché, cioè, il venditore rifiuti in mala fede di ricevere il pagamento dedotto in condizione: in tal caso la condizione potrebbe considerarsi avverata, *ex art.* 1359 c.c., a seguito dell'esperimento della procedura di *mora credendi* e liberazione coattiva del debitore. Secondo TATARANO, *op. ult. cit.*, p. 135, la *fictione* sarebbe anzi applicabile senza necessità di costituzione in mora del creditore. Cfr. sul punto anche FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 207, nota 196. Per l'impossibilità di derogare alle regole sulla *mora accipiendi* e sul deposito liberatorio, v. invece AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 314, nota 7, il quale giunge, a tale stregua, a negare l'applicabilità della finzione di avveramento.

Si tratta, in realtà, di un falso problema. Con la condizione di adempimento viene tutelato l'interesse del venditore-creditore a che il compratore-debitore compia tutto quanto previsto per l'attuazione del contratto: viene dedotto, cioè, in condizione il comportamento, e non il risultato. È evidente, a questa stregua, che l'offerta della prestazione non può non equivalere all'adempimento, e l'esperimento della procedura di liberazione coattiva del debitore rappresenta la garanzia apprestata dalla legge per verificare la serietà ed univocità dell'intento di adempiere. In questo senso può certamente affermarsi che l'esito di tale procedura determina l'avveramento della condizione, e quindi l'effetto traslativo.

<sup>(75)</sup> Cfr. la dottrina e la giurisprudenza citate *supra*, alle note 84 e 85 del capitolo IV.

<sup>(76)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 442 ss.; *Id.*, *Modello condizionale e tutela risolutiva*, cit., p. 1193. Alla condizione potestativa che non

mancato avveramento, nell'opposta qualificazione del comportamento dell'acquirente come « inadempimento », con i connessi giudizi di addebitabilità e gravità <sup>(77)</sup>.

Rilevanza individuabile, anche, nell'impossibilità di qualificazione come « indebita » in senso proprio della prestazione già eseguita da parte dell'acquirente debitore. Ma soprattutto, la qualificazione del comportamento dell'acquirente come « adempimento », una volta acclarato che lo stesso ha determinato l'avveramento della condizione e quindi la produzione integrale degli effetti negoziali <sup>(78)</sup>, può legittimare l'applicazione di tutti quei rimedi che la legge prevede in caso di adempimento ritardato o inesatto, ivi compresa la risarcibilità dell'interesse positivo <sup>(79)</sup>. Non può sottacersi, infine, l'eventualità che intervenga una revoca della condizione unilaterale di adempimento da parte del venditore: appare evidente che l'effetto eliminativo-impeditivo della revoca non potrebbe in alcun modo, da solo, giustificare la nascita dell'obbligo, se questo non preesisteva nella programmazione negoziale.

In conclusione, un'analisi non meramente schematica e concettuale, ma attenta alla sostanza degli interessi delle parti del negozio, oltre che ai dati ricavabili dal diritto positivo, non può non pervenire all'affermazione della *rilevanza ed utilità di un obbligo ad adempiere anche nella particolare situazione della condizione sospensiva di adempimento apposta all'intero contratto*; saldandosi, tale affermazione, con la ricostruzione teorico-generale secondo la quale l'effetto giuridico, e quindi la modalità assiologica del dovere, deve necessariamente precedere la realizzazione dell'interesse <sup>(80)</sup>: la ricostruzione attenta dei profili assiologici dell'intera

---

sia anche dedotta in obbligazione non si applicano, invece, i principi relativi all'adempimento: Cass. 12 dicembre 1962 n. 3331, in *Giust. civ.*, Rep. 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 87, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1783, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 285 ss.

<sup>(77)</sup> AMADIO, *Modello condizionale e tutela risolutiva*, cit., p. 1193.

<sup>(78)</sup> Deve ritenersi, in proposito, che, in difetto di espressa determinazione delle parti, in applicazione analogica delle norme sulla risoluzione per inadempimento, sia suscettibile di provocare l'avveramento della condizione anche l'adempimento « non esatto », purché le anomalie ed i vizi, avuto riguardo all'interesse del creditore, non abbiano quel connotato di gravità che giustificherebbe la risoluzione per inadempimento.

<sup>(79)</sup> AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 429 ss.

<sup>(80)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 315.

vicenda condizionale, durante la fase di pendenza ed oltre, porta a concludere che l'adempimento, atto suscettibile di *duplica qualificazione* <sup>(81)</sup> (ai fini della vicenda obbligatoria e di quella condizionale), determina in un primo istante logico l'avveramento della condizione e la contestuale nascita dell'obbligo, ed in un secondo istante logico la realizzazione della situazione effettuale e dell'interesse negoziale.

Non possono trascurarsi, infine, ai fini dell'affermazione della piena liceità della condizione di adempimento o inadempimento, una serie di indici tratti dallo stesso diritto positivo, relativi a fattispecie di condizioni sospensive « legalmente tipizzate », o pacificamente ammesse dalla giurisprudenza, attraverso le quali l'attuazione di una prestazione sinallagmatica viene subordinata all'esecuzione dell'altra: tali sono l'acquisto a seguito di esercizio della prelazione agraria,

---

<sup>(81)</sup> Per la doppia qualificazione dello stesso fenomeno temporale come adempimento di obbligazione ed evento condizionante, cfr. BOERO-BARALIS, *La compravendita di abitazioni*, cit., p. 304, che tuttavia richiamano erroneamente il contributo di Pugliatti sulla c.d. dottrina dei doppi effetti (PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, cit., p. 656 ss.). Il problema delle *Doppelwirkungen*, in realtà, non ha nulla a che fare con la doppia qualificazione giuridica di uno stesso fatto, riguardando il diverso problema della doppia causa di un medesimo effetto giuridico: problema che Pugliatti esattamente risolve nel senso che « quando un evento s'è prodotto, in virtù di una determinata causa, esso non può più prodursi ad opera di un'altra causa ».

Costituisce invece esempio di doppia qualificazione dello stesso fatto l'ipotesi del contratto esecutivo del preliminare, che è nel contempo atto dovuto e negozio giuridico causale: cfr. su tale punto NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 155; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 131 ss.

Sembra non cogliere esattamente la portata di tale doppia qualificazione DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 174, secondo cui « È l'elemento di fatto dell'atto (si pensi ad un contratto) a prospettare il comportamento da svolgere, l'obbligo invece, nello schema, è mera *forma di garanzia di detto svolgimento*. Il che rende concettualmente possibile che, fermo restando il comportamento prospettato in contratto, ossia l'elemento di fatto dell'atto, sia affidata a strumenti diversi *la garanzia* dello svolgimento dell'atto »; *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 178: « non è escluso, almeno in tesi, ad es. che il meccanismo condizionale possa essere impiegato in direzioni diverse... anche ad assicurare una più efficace tutela e garanzia alla realizzazione del nucleo fondamentale di interessi prospettati nell'atto... la tutela giuridica (della realizzazione) di tali interessi, anziché essere affidata per es. allo strumento dell'obbligo, risulta invece affidata all'operare della condizione ». La realtà è, come si è visto nel testo, che la tutela dell'alienante risulta affidata, nella specie, *sia* allo strumento dell'obbligo *che* a quello della condizione.

che per legge è sospensivamente condizionato al pagamento del prezzo <sup>(82)</sup>, la vendita con riserva di proprietà <sup>(83)</sup>, le sentenze *ex art.* 2932 c.c. condizionate, per prassi ormai pacifica, al pagamento del prezzo da parte dell'acquirente <sup>(84)</sup>, e, secondo qualche pronuncia

<sup>(82)</sup> Art. 8 della legge 26 maggio 1965 n. 590.

<sup>(83)</sup> Sulla natura condizionale della vendita con riserva di proprietà, cfr. *supra*, paragrafo 20.

<sup>(84)</sup> Sull'apponibilità alle sentenze di trasferimento *ex art.* 2932 c.c. della condizione sospensiva del pagamento del prezzo, e più in generale sulle sentenze condizionali, MANDRIOLI, *In tema di condanna a prestazione condizionata*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1; DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 368; TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 103 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 365, nota 114; RICCI, *La sentenza « condizionata » ex art. 2932 c.c.*, in *Legalità e giustizia*, 1997, p. 101 ss.

Per la giurisprudenza, pacificamente orientata per l'apponibilità della condizione alle sentenze suddette, cfr. Cass. 12 aprile 1965 n. 663, in *Foro it.*, 1965, I, c. 754 ss.; Cass. 26 gennaio 1968 n. 253, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2615; Cass. 9 agosto 1973 n. 2316, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1480; Cass. 23 aprile 1975 n. 1578, in *Giust. civ.*, Rep. 1975, voce *Sentenza civile*, n. 81; Cass. 5 novembre 1977 n. 4714, in *Giust. civ.*, Rep. 1977, voce *Sentenza civile*, n. 75; Cass. 13 febbraio 1981 n. 893, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 159; Cass. 11 marzo 1982 n. 1583, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 144; Cass. 8 novembre 1983 n. 6587, in *Foro it.*, 1984, I, c. 465; Cass. 17 febbraio 1983 n. 1219, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 277; Cass. 26 settembre 1984 n. 4823, in *Foro it.*, 1984, c. 840; Cass. 29 novembre 1984 n. 6258, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, n. 187; Cass. 26 settembre 1984 n. 4823, in *Foro it.*, 1985, I, c. 840; Cass. 28 febbraio 1985 n. 1739, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 206; Comm. Trib. Centr. 22 giugno 1985 n. 6079, in *Comm. trib. centr.*, 1985, I, p. 528; Cass. 31 marzo 1987 n. 3089, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Contratto in genere*, n. 340; Cass. 25 febbraio 1987 n. 1992, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Contratto in genere*, n. 336; Cass. 28 marzo 1988 n. 2616, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 343; Cass. 28 maggio 1988 n. 3660, in *Arch. civ.*, 1988, p. 1184; Cass. 22 ottobre 1988 n. 5724, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 337; Trib. Palermo 24 novembre 1988, in *Temi siciliana*, 1989, p. 238; App. Palermo 21 dicembre 1988, in *Temi siciliana*, 1989, p. 216; Cass. 11 aprile 1991 n. 3806, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Vendita*, n. 35; Cass. 17 dicembre 1991 n. 13589, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Trascrizione*, n. 17; Cass. 9 gennaio 1993 n. 144, in *Arch. civ.*, 1993, p. 557; Cass. 9 febbraio 1993 n. 1588, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Contratto in genere*, n. 379; Cass. 24 febbraio 1993 n. 2263, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3447; Cass. 15 novembre 1994 n. 9638, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 378; Cass. 27 dicembre 1994 n. 11195, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Contratto in genere*, n. 376; Cass. 24 gennaio 1995 n. 795, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 398; Cass. 30 gennaio 1995 n. 1077, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 395; Cass. 27 aprile 1996 n. 3926, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Contratto in genere*, n. 360;

giurisprudenziale, lo stesso contratto di mediazione nella sua configurazione tipica <sup>(85)</sup>.

Rimangono quindi superate tutte le obiezioni poste alla configurabilità e validità della condizione di adempimento, sia parziale che totale, sia sospensiva che risolutiva. Traendosene, anche *a posteriori*, un'ulteriore conferma della polifunzionalità dell'istituto condizionale, e della sua idoneità non solo a programmare, ma anche a realizzare l'interesse interno negoziale.

Nessun dubbio neanche sull'applicabilità alla fattispecie di tutte le norme dettate in tema di condizione: alcune di queste, in particolare quelle sulla retroattività e gli effetti dell'avveramento, sul dovere di buona fede, sugli atti di disposizione ed amministrazione non subiscono modifica alcuna dall'interferenza della disciplina sull'adempimento delle obbligazioni; l'applicazione di altre norme, in particolare quella sulla finzione di avveramento, deve tener conto delle particolarità della fattispecie, ed in particolare della natura di atto dovuto dell'evento condizionante.

Sotto quest'ultimo profilo, deve segnalarsi la problematica — già da tempo emersa in dottrina — delle *conseguenze del trasferimento dell'aspettativa condizionale, inter vivos o mortis causa*, da parte dell'acquirente sotto condizione sospensiva, o dell'analogo trasferimento della proprietà risolubile da parte dell'acquirente sotto condizione risolutiva. In entrambi i casi, il dubbio è *se la condizione potestativa, consistente nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo, possa o debba essere attuata — dopo il suddetto trasferimento — ad opera del subacquirente*, in luogo del compratore originario. Alla questione è stata data risposta affermativa con riferimento alla condizione potestativa in genere, nei casi di successione *mortis causa* nella posizione del compratore <sup>(86)</sup>, mentre si è data una soluzione diversificata per l'ipotesi di trasferimento *inter vivos*: esclusa in genere la possibilità di attuare la condizione potestativa da parte dell'acquirente a titolo oneroso,

---

Trib. Roma 14 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 760; Cass. 18 novembre 1996 n. 10069, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, p. 492; Cass. 26 novembre 1997 n. 11839, in *Arch. civ.*, 1998, p. 158.

<sup>(85)</sup> App. Roma 18 luglio 1995, in *Arch. civ.*, 1996, p. 55.

<sup>(86)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 371 ss. Per l'intrasmissibilità agli eredi, invece, Cass. 24 aprile 1962 n. 817, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1719.

a meno che vi fosse una espressa pattuizione contrattuale in tal senso nel negozio condizionato, la si è ammessa nel caso di trasferimento a titolo gratuito, purché essa non abbia carattere strettamente personale <sup>(87)</sup>. Sembra, in realtà, che con riferimento alle condizioni potestative in genere si tratti più che altro di una questione di interpretazione del negozio condizionale: se da esso emerge la considerazione prevalente del risultato dell'attività potestativa, più che del comportamento di quel particolare acquirente, sembra non vi siano ostacoli a considerare avverata la condizione anche a seguito del compimento dell'atto da parte del subacquirente <sup>(88)</sup>.

Diversa è la fattispecie della condizione di adempimento, in cui bisogna coordinare tali conclusioni con la disciplina dell'adempimento delle obbligazioni, in ragione della doppia qualificazione dell'evento condizionante. *Nulla quaestio* se la trasmissione avviene a seguito di *successione ereditaria*: in tal caso si ha il subentro necessario dell'erede nell'intera posizione contrattuale del compratore, e quindi anche nella posizione obbligatoria. Nei casi, invece, di *acquisto a titolo particolare* (legato, acquisto tra vivi a titolo oneroso o gratuito), se il trasferimento ha per oggetto la sola situazione « reale » (aspettativa o proprietà risolubile) dell'acquirente, non sembra possibile consentire — senza il consenso del creditore — il subingresso nella posizione obbligatoria in capo ad un soggetto diverso dall'originario acquirente (o dal suo erede universale), salva la possibilità di acollo cumulativo del debito. In linea generale, può comunque ritenersi che — salvi i casi di *intuitus personae* — qualsiasi atto qualificabile come adempimento, sia che esso provenga dal debitore originario che dall'accollante o da un terzo non titolato, purché compori, in base alla disciplina dell'adempimento delle obbligazioni, effetto liberatorio in capo al debitore originario, determini l'avveramento della condizione di adempimento.

---

<sup>(87)</sup> RUBINO, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(88)</sup> Sull'analoga problematica dell'esercizio del diritto di riscatto da parte dell'avente causa del venditore (acquirente dell'aspettativa), cfr. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, cit., p. 342 ss.

54. *La compravendita condizionata alla trascrizione nei registri immobiliari ed all'inesistenza di formalità pregiudizievoli.*

Una fattispecie di condizionamento, la cui esigenza è molto sentita nella pratica, e pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, è quella che subordina l'efficacia del contratto traslativo di diritti reali immobiliari all'accertamento, successivo alla stipula, dell'avvenuta trascrizione dell'atto nei registri immobiliari, e della inesistenza di trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli anteriori a tale trascrizione; ovvero alla liberazione dell'immobile venduto da ipoteche o altri vincoli reali <sup>(89)</sup>. L'utilità pratica di tale meccanismo, a tutela di entrambe le parti, risulta di palmare evidenza, rispetto a strumenti analoghi quale il deposito del prezzo presso il notaio rogante <sup>(90)</sup>: il condizionamento di tipo sospensivo, infatti, evita il trasferimento immediato della proprietà (con i connessi profili del rischio e della responsabilità), e determina inoltre, sotto il profilo fiscale, il rinvio della tassazione dell'atto al momento in cui lo stesso produrrà i propri effetti <sup>(91)</sup>.

Occorre innanzitutto sgomberare il campo da una ricostruzione, proposta in giurisprudenza a proposito della fattispecie in esame, che la inquadra nell'ambito delle c.d. condizioni improprie (*condiciones in praesens aut in praeteritum collatae*) <sup>(92)</sup>, in quanto l'evento condizionante sarebbe privo del requisito della colloca-

<sup>(89)</sup> Sull'ammissibilità di tale tipo di condizione, cfr. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 117 ss., e, di recente, Cass. 3 febbraio 1993 n. 1333, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3085, con nota di LENER, *Gli interessi deducibili in condizione*. Cfr. anche, nel senso dell'ammissibilità, le sentenze citate alla successiva nota 92.

<sup>(90)</sup> Cfr. sul punto FALZONE-ALIBRANDI, *Affidamento di somme o valori al notaio*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, I, Roma 1973, p. 57 ss.; BARASSI, *Depositi fiduciari di somme e titoli: fiducia, mandato, agency escrow*, in *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano 1991, p. 271 ss.

<sup>(91)</sup> Per i profili fiscali accennati nel testo, cfr. *supra*, nota 8 di questo capitolo.

<sup>(92)</sup> Per la qualificazione come « condizione impropria » di quella inerente alla dimostrazione della titolarità del diritto in capo all'alienante, Cass. 20 aprile 1937 n. 1206, in *Foro it.*, Rep. 1937, voce *Vendita*, n. 307; Cass. 8 aprile 1949 n. 834, in *Foro it.*, Rep. 1949, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 159; Comm. Centr. imposte 28 gennaio 1957 n. 88936, in *Dir. e prat. trib.*, 1958, II, p. 410; Cass. 22 novembre 1974 n. 3783, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 18-19; Cass. 6 giugno 1981 n. 3676, in *Giust. civ.*, Rep. 1981, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 65, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 19 ss.



zione nel futuro, richiesto dall'art. 1353 <sup>(93)</sup>. In effetti, nella fattispecie in esame rilevano una pluralità di eventi, alcuni dei quali (la trascrizione, la liberazione da vincoli reali) costituiscono certamente eventi futuri ed incerti: futuri rispetto alla stipula dell'atto, ed incerti nonostante l'obbligo del notaio rogante di provvedere alla trascrizione, obbligo che potrebbe ben rimanere inadempito. L'altra circostanza (l'inesistenza di formalità pregiudizievoli) riguarda sia le formalità anteriori che quelle posteriori alla conclusione del contratto: tuttavia, nella nostra ipotesi, evento condizionante non è già la formalità pregiudizievole o la trascrizione del contratto condizionato, bensì dei suddetti eventi l'*accertamento* — questo sì sicuramente caratterizzato dal requisito della futuità, oltre che da quello dell'incertezza <sup>(94)</sup>. Si tratta quindi di condizione

---

<sup>(93)</sup> L'inedoneità dei presupposti, intesi quali circostanze di fatto passate o presenti, a costituire evento condizionante, è egregiamente chiarita da FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 163 ss.; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 6: l'Autore chiarisce che per le circostanze preliminari non si danno che due ipotesi: « o l'evento era già realizzato quando l'atto è pervenuto ad esistenza, ed allora quest'ultimo diviene immediatamente *efficace*; o l'evento non si era realizzato, ed allora l'atto diviene immediatamente *inutile*. In tali casi è incerta non la situazione futura sibbene la situazione presente ». Il presupposto, quindi, a differenza dell'evento condizionante, non determina alcuna situazione di pendenza, e si può avere, al limite, sospensione dell'esecuzione del negozio, mai sospensione della sua efficacia. L'espressa previsione della « futuità » dell'evento nell'art. 1353 c.c. rende inaccettabile l'opinione che estende il fenomeno della condizionalità anche all'acquisizione di dati passati o presenti, non conosciuti dalle parti al momento della contrattazione (TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 18 ss.).

<sup>(94)</sup> Sull'idoneità del futuro accertamento di un evento passato a costituire evento condizionante in senso tecnico, cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 165, nota 127; ID., voce « *Condizione (dir. civ.)* », cit., p. 6, ove distingue tra verifica ed accertamento: « la verifica, il cui ufficio è dichiarativo, non causa incertezza oggettiva, e lascia all'evento passato o presente la sua posizione di presupposto, mentre l'accertamento, il cui ufficio è preclusivo, assorbe l'evento e — trattandosi di un giudizio che viene caricato del carattere della definitività — si pone come evento futuro e oggettivamente incerto assumendo esso medesimo ed esso soltanto il ruolo di condizione ». La distinzione si colloca nell'ambito della ricostruzione del fenomeno dell'accertamento, effettuata da Falzea, come fatto con efficacia preclusiva: cfr. sul punto FALZEA, *Accertamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 13 ss. (già in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.); ID., *Efficacia giuridica*, cit., p. 346 ss., spec. p. 357 ss.; ID., *Teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 150 ss.

Sulla idoneità dell'accertamento futuro di circostanze passate quale evento

in senso tecnico, sottoposta alla disciplina contenuta negli artt. 1353 ss. c.c.

Né può costituire ostacolo all'ammissibilità di questo tipo di condizione la natura dell'interesse tutelato, che è quello a far produrre al contratto i suoi effetti solo quando si avrà la certezza della proprietà e libertà dell'immobile. Considerato che la garanzia di tali circostanze costituisce oggetto di un preciso obbligo del venditore (art. 1476 n. 3 c.c.), la condizione in esame potrebbe al più configurarsi come una sottospecie della condizione di adempimento<sup>(95)</sup>, alla quale potrebbero riferirsi, dunque, tutte le argomentazioni, in precedenza sviluppate, che ne dimostrano la validità. Potrebbe anche configurarsi una condizione la quale preveda — a maggior tutela degli interessi di entrambe le parti — che l'accertamento dedotto come evento condizionante abbia ad oggetto anche l'avvenuto pagamento del prezzo. In ogni caso, poiché l'evento dedotto in condizione non è l'adempimento, bensì l'accertamento avente ad oggetto lo stesso, sembra corretto affermare che, nella fattispecie, non ricorre a rigore la condizione di adempimento in senso tecnico.

Occorre, per finire, fare i conti con un ultimo possibile ostacolo, che è quello rappresentato dal *principio consensualistico*, in base al

---

condizionante, cfr. anche GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 135-136; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 286, nota 55; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 57.

<sup>(95)</sup> Secondo Cass. 22 novembre 1974 n. 3783, cit., e Cass. 6 giugno 1981 n. 3676, cit., la condizione consistente nell'accertamento della titolarità in capo all'alienante sarebbe impropria, anche per il fatto che ciò rappresenta un obbligo posto dalla legge a carico del venditore, il quale è tenuto non solo a fornire la prova della proprietà, ma anche a consegnare al compratore i titoli ed i documenti relativi (art. 1477, comma 3, c.c.); ciò peraltro potrebbe comportare, al più, l'inquadramento della condizione in oggetto tra quelle c.d. di adempimento, che sono vere e proprie condizioni in senso tecnico.

Un'ipotesi analoga, nella quale l'evento condizionante si identificava con l'esatto adempimento della prestazione traslativa dell'alienante, è quella giudicata da Cass. 21 gennaio 1987 n. 529, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 56, nella quale un concorrente all'asta pubblica indetta nel corso di un'espropriazione immobiliare si era obbligato a vendere gli immobili di cui si fosse reso aggiudicatario ex art. 586 c.c.: la Suprema Corte vi ha individuato un contratto preliminare sottoposto alla condizione sospensiva dell'aggiudicazione (e quindi dell'acquisto della proprietà da parte del promittente venditore). Per altra simile fattispecie, Cass. 14 febbraio 1975 n. 566, in *Mass. Giust. civ.*, 1975.

quale, nel nostro ordinamento, nei contratti traslativi la proprietà si trasferisce per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 c.c.). C'è da chiedersi, in altre parole, se posticipare all'avvenuta trascrizione il trasferimento della proprietà non alteri la struttura del meccanismo traslativo, così come configurato inderogabilmente dal legislatore, assoggettando la concreta fattispecie condizionata ad una disciplina analoga a quella vigente negli stati che adottano il c.d. sistema tavolare, nei quali la proprietà si trasferisce solo a seguito della trascrizione. Ad un attento esame, peraltro, questa obiezione si rivela infondata; difatti — sia pure con riferimento alla vendita di beni mobili — è stata sostenuta la piena liceità della condizione che subordini l'effetto traslativo alla consegna della cosa <sup>(96)</sup>.

Innanzitutto occorre rilevare come la più recente dottrina attribuisca ormai al principio consensualistico non più la natura di dogma, di principio inderogabile, bensì, più semplicemente, il valore di una mera linea di tendenza coesistente con altre regole di segno opposto <sup>(97)</sup>; una regola che in tanto vale in quanto lo stesso

---

<sup>(96)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 140.

<sup>(97)</sup> Secondo CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, cit., p. 572 ss., spec. p. 599 ss., « Il nostro sistema conosce e disciplina una pluralità di modelli di trasferimento di diritti, articolati intorno a una pluralità di regole che diversamente prospettano il momento e le tecniche di produzione dell'effetto traslativo »; pluralità di regole che rispecchia il fondamentale « principio — costitutivo del nostro sistema — della libertà individuale e della liceità dei comportamenti non espressamente vietati ». Cfr. ora CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi — il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999.

Per SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 718 ss., il dogma del principio consensualistico, frutto del pensiero giusnaturalistico, più che un dogma è una semplice linea di tendenza del nostro sistema normativo, in cui si ha una « dialettica di regole in concorrenza, ispirate a criteri opposti », per cui « non basta una definizione legale generale per far scomparire la multiformità dei casi e delle soluzioni, quali emergono dalle singole norme contenute nel codice o in altre leggi, o dalle specifiche regole decisionali ».

Sull'importanza delle norme che dissociano l'effetto traslativo dal consenso originariamente manifestato (artt. 1706, comma 2, 651, comma 1, 2286, comma 3, 1197 c.c.), ed in genere sull'attuale portata del principio consensualistico, cfr. anche SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1384 ss.; PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 933 ss.; STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 1 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 71 ss.;

« consenso » delle parti si sia formato su tale modalità traslativa <sup>(98)</sup>, e che è quindi derogabile ad opera delle parti <sup>(99)</sup>.

In secondo luogo, è pacificamente riconosciuto che la vera portata del principio consensualistico è rappresentata dalla riconducibilità dell'effetto traslativo allo stesso contratto causale contenente il consenso, invece che, come avviene nell'ordinamento germanico, ad un successivo negozio astratto che del primo negozio causale costituisca adempimento ed attuazione <sup>(100)</sup>. In questo

---

TATARANO, « *Incertezza* », *autonomia privata e modello condizionale*, cit., p. 38 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1975, p. 199 ss.; MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, in *Corriere giur.*, 1988, p. 146; ID., *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 735 ss.; CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; ID., *Obbligazione di dare e atti traslativi « solvendi causa »*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 113 ss.; DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 781 ss.; MACCARONE, *Obbligazioni di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1319 ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 671 ss.

<sup>(98)</sup> L'art. 1376 c.c., nel momento in cui dispone che il trasferimento o la costituzione del diritto reale avviene « per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato », presuppone evidentemente che tale consenso riguardi, innanzitutto, l'immediatezza dell'effetto traslativo; la norma, quindi, non può evidentemente operare quando l'accordo contrattuale sia in senso diverso. In tal senso, STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, cit., p. 8 (« Il principio è inapplicabile agli atti che per volontà delle parti o per la loro indole non devono produrre subito l'effetto *in re* »).

<sup>(99)</sup> CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, cit., p. 599: « nel rispetto del principio causalistico e senza "oltraggio" del principio del consenso traslativo, nell'esercizio della loro autonomia i privati possono programmare un trasferimento in proprietà nell'ambito di una sequenza procedimentale che dissoci consenso e trasferimento »; a maggior ragione (p. 585) « è dato alle parti di disporre, nell'esercizio della loro autonomia, dell'immediatezza dell'effetto traslativo, differendolo ad un momento successivo alla manifestazione del consenso che lo programma ». Cfr. anche, per la derogabilità, PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, cit., p. 933 ss.; STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, cit., p. 8; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 86, nota 172, e p. 124 ss.; FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contr. e impresa*, 1992, p. 892 ss. Secondo MANCINI, *La realtà come scelta « atipica »*, cit., p. 445 ss., le parti potrebbero pattuire una realtà « atipica » anche in fattispecie qualificate dalla legge come contratti consensuali (in senso contrario, però, Cass. 26 gennaio 1996 n. 611, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1247).

<sup>(100)</sup> Sulla distinzione, in diritto tedesco, tra *titulus* e *modus acquirendi*, con

senso, ogni negozio condizionato, e quindi anche quello in esame, rispetta pienamente il principio consensualistico, essendo riconducibile l'effetto traslativo, come ogni effetto negoziale, al negozio condizionato <sup>(101)</sup>, che rimane a tutti gli effetti un contratto ad effetti reali <sup>(102)</sup>: l'evento condizionante assume sì il ruolo di

---

la conseguente necessità di un atto traslativo astratto (*Auflassung* per i beni immobili, *Einigung* per i beni mobili) che deve necessariamente accompagnarsi al contratto consensuale obbligatorio (*Verpflichtung-geschäft*), cfr. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, cit., p. 553 ss.; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., p. 739 ss.; DI MAIO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, cit., p. 783, nota 4; FERRI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 5 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione*, II, Milano, 1989, p. 131 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile, Commentario*, a cura di Schlesinger, Milano, 1998, p. 20 ss.

<sup>(101)</sup> La stessa legittimità della categoria dei negozi ad effetti reali differiti (art. 1465, 2° comma, c.c.) è una dimostrazione dei principi affermati del testo. In GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 28 ss., e p. 80, la dimostrazione che nelle vendite obbligatorie ex art. 1476 n. 2 c.c., l'effetto reale deve farsi risalire al contratto di vendita: non appena il trasferimento si rende possibile, esso si verifica automaticamente per effetto del consenso contrattuale precedentemente manifestato, non essendo necessario un negozio successivo inteso a produrre l'effetto reale. Cfr. sul punto anche RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 773.

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I — *La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 43, rileva efficacemente: « Che l'effetto del contratto, totalmente o parzialmente, possa essere differito, o sospeso, non incide sulla natura consensuale del negozio quando vien fatta salva l'automaticità dell'effetto. Il principio consensualistico non comporta necessariamente “*le principe du transfert instantané*”, il quale più che un principio è l'effetto normale del principio consensualistico. Infatti, se il consenso è, da solo, sufficiente a produrre il trasferimento, questo non *deve* tuttavia essere “effetto immediato del contratto”, potendo essere differito, per volontà delle parti o della legge, ad un momento successivo (art. 1476 c.c.).

Anche secondo NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 425, « l'immediata consequenzialità del rapporto e la sua definitività sono, del resto, effetti puramente naturali del negozio, che è consentito alle parti modificare o delimitare, salvo che la legge non imponga dei limiti insuperabili o che la stessa natura del rapporto non consenta una disciplina diversa da quella tipica ».

Nello stesso senso, chiaramente, Cass. 18 giugno 1983 n. 4196, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Vendita*, n. 15, ed in *Arch. circolaz.*, 1983, p. 741.

<sup>(102)</sup> La formulazione delle norme dell'attuale codice civile sulla condizione sospensiva è chiaramente nel senso suesposto: l'art. 1353 c.c. parla in generale di subordinazione dell'« efficacia » del contratto alla condizione (senza distinguere tra effetti reali ed obbligatori), a differenza degli artt. 1157 ss. c.c. del 1865, che si esprimevano in termini di « obbligazione condizionale »; l'art. 1465, ult. comma, c.c., contempla espressamente i contratti con effetti traslativi o costitutivi sottoposti a condizione sospensiva.

concausa, ma non nell'accezione meccanicistica di evento produttivo di una conseguenza in senso causalistico, bensì, come è stato autorevolmente precisato, al solo fine di porre in evidenza che si è verificata una situazione favorevole all'attuazione dell'interesse interno negoziale <sup>(103)</sup>, ed operando, tra l'altro, con efficacia di norma retroattiva.

Non è contestabile che le regole di circolazione, poste dal

---

In giurisprudenza si riscontra, talvolta, una certa confusione di concetti in relazione al fenomeno del condizionamento sospensivo dei contratti ad effetti reali: cfr., ad esempio, Cass. 19 novembre 1959 n. 3411, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1484 (« i contratti ad effetti reali non sopportano l'apposizione della condizione sospensiva senza trasformarsi in contratti obbligatori, non potendo subordinarsi all'avveramento di un evento futuro ed incerto la produzione di quegli effetti reali che devono invece attuarsi per effetto immediato del consenso »); Cass. 4 aprile 1962 n. 698, in *Mass. Giust. civ.*, 1962, p. 344, ed in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 352; Trib. Firenze 9 luglio 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, p. 631; App. Firenze 25 marzo 1971, in *Giur. tosc.*, 1971, p. 691; Cass. 11 luglio 1981 n. 4507, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Vendita*, n. 20, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 320 ss. (« Un contratto di vendita *sub condicione* può essere ad effetti reali solo nell'ipotesi di condizione risolutiva, poiché, se la condizione apposta è sospensiva, deve necessariamente qualificarsi obbligatorio, non potendosi subordinare all'avveramento di un evento futuro ed incerto la produzione di quegli effetti reali che, nei contratti ad effetti reali, devono invece attuarsi come conseguenza immediata del consenso »); Cass. 20 gennaio 1983 n. 573, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Vendita*, n. 12 (« L'apposizione di una condizione sospensiva ad un contratto di compravendita è pienamente valida, avendo il solo effetto di rendere il contratto, normalmente ad effetti reali, obbligatorio, in quanto gli effetti reali si produrranno al momento in cui si sarà avverato l'evento futuro ed incerto previsto come condizione »); Cass. 4 novembre 1994 n. 9062, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Contratto in genere*, n. 318 (« Un contratto di vendita *sub condicione* può essere ad effetti reali solo nell'ipotesi di condizione risolutiva, poiché se la condizione apposta è sospensiva deve necessariamente qualificarsi obbligatorio, non potendosi subordinare all'avveramento di un evento futuro ed incerto la produzione di quegli effetti traslativi che nei contratti con efficacia reale sono conseguenza immediata del consenso »).

Una corretta ricognizione del problema si rinviene in STELLA RICHTER, *Effetti dell'apposizione di una condizione sospensiva ad un contratto ad efficacia reale*, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1485 ss., il quale esattamente rileva come l'apposizione della condizione sospensiva non muta il carattere di contratto ad effetti reali, e che non si può comunque configurare un contratto ad effetti obbligatori, in quanto nei contratti sospensivamente condizionati non esiste in capo all'alienante un obbligo di far acquistare il diritto negoziato, ex art. 1476 n. 2 c.c.

<sup>(103)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 55, e p. 91, nota 28.

legislatore a tutela del traffico e come tali inderogabili, ricevano anche nella fattispecie in esame (contratto condizionato all'avvenuta consegna od all'avvenuta trascrizione) piena e tipica applicazione: per i beni mobili si applica comunque il principio « possesso vale titolo », e per gli immobili la regola di conflitto prevista nell'art. 2644 c.c. <sup>(104)</sup>, con la particolare disciplina propria della trascrizione dei negozi condizionati (artt. 2659 ult. comma, 2660 n. 6, 2655, 2668 c.c.). Ne consegue che, una volta concluso il contratto di compravendita sottoposto alla condizione in oggetto, ed avvenuta la trascrizione con la menzione della condizione ex artt. 2659 e 2660 c.c., questa compravendita prevarrà su un'eventuale altra alienazione posta in essere dal medesimo autore soltanto se la trascrizione della prima sarà anteriore alla trascrizione della seconda, ex art. 2644 c.c.: in caso contrario, prevalendo l'ulteriore alienazione, ciò comporterà il mancare della condizione apposta al primo negozio, con conseguente inefficacia e inutilità dello stesso, secondo i principi generali.

L'avveramento della condizione consisterà, viceversa, nell'*accertamento* positivo dell'avvenuta trascrizione e dell'assenza di cause di evizione, totale o parziale. L'atto di accertamento potrà avere varia natura, a seconda della previsione delle parti: potrà trattarsi di accertamento giudiziale o negoziale, ed in questo secondo caso potrà provenire da entrambe le parti o da un terzo con funzione di arbitratore, fermo restando che dovrà rivestire forma idonea (artt. 2656 e 2657 c.c.) per consentire l'annotamento di cancellazione della condizione ex art. 2668 c.c.

---

<sup>(104)</sup> Sulla regola di conflitto posta dall'art. 2644 c.c., cfr. MAIORCA, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, p. 139 ss.; CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 322 ss.; CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 452 ss.; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 195 ss.; NATOLI, *Doppia alienazione immobiliare e azione revocatoria*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, p. 1187 ss.; ID., *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, p. 26 ss.; ID., *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1971, p. 85 ss.; SCALISI, *Inefficacia*, cit., p. 353 ss.; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 117 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 8 ss.; FERRI, *Trascrizione immobiliare*, cit., p. 151 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, Milano, 1957, p. 433 ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 723 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 457 ss.

55. *La condizione sospensiva consistente nell'accertamento formale del pagamento del prezzo nella vendita con riserva di proprietà.*

Ai sensi dell'art. 1523 c.c., nella vendita con riserva di proprietà il compratore acquista la proprietà del bene venduto solo a seguito del pagamento integrale del prezzo. Sono note le dispute in ordine alla natura giuridica del patto di riservato dominio: si è concluso, in altra parte della presente indagine, che si tratta di una particolare « condizione legalmente tipizzata », cui sono applicabili le norme specifiche dettate negli artt. 1523 ss. c.c. e, per quanto con esse compatibili, le norme generali sull'istituto condizionale.

Dottrina, giurisprudenza e prassi (e per certi aspetti, anche la legislazione speciale) hanno esteso l'applicazione dell'istituto, espressamente disciplinata dal codice nell'ambito della vendita di beni mobili, anche alle compravendite immobiliari <sup>(105)</sup>. Parallelamente, in sintonia con quanto previsto dall'art. 1524, 2° comma, c.c., è stata riconosciuta dalla dottrina la trascrivibilità del patto di riservato dominio, anche se non vi è accordo sulle modalità di tale trascrizione <sup>(106)</sup>.

---

<sup>(105)</sup> Per l'estensibilità delle norme di cui agli artt. 1523 ss. c.c. alla vendita di beni immobili, confermata del resto da numerose leggi speciali, sono la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti: cfr., tra gli altri, PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, Messina 1945, p. 11-12; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., p. 82; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 215; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 153 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 432; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 534 ss.; MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, cit., p. 189, nota 19; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 431; BOERO, *Riservato dominio per immobili e mobili registrati*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, I, Milano, 1986, p. 231 ss. (ove anche ulteriori citazioni); PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionale*, cit., p. 259 ss.; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 174; LIPARI, *Vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 539-540; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 293 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 140 ss. In giurisprudenza, espressamente, Cass. 3 aprile 1980 n. 2167, in *Riv. not.*, 1980, p. 1288. *Contra*, D'ORAZI FLAVONI, *Della trascrizione mobiliare*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 421 ss.

Per un elenco della legislazione speciale sul punto, cfr. BOERO, *op. ult. cit.*, p. 236.

<sup>(106)</sup> Il problema della trascrivibilità del patto di riservato dominio nei registri immobiliari viene risolto affermativamente da tutti coloro che ne ammettono la legittimità nell'ambito immobiliare, pur non essendo tale trascrizione



Senonché, le esigenze di certezza della circolazione immobiliare mal si conciliano, sotto molteplici profili, con la disciplina codicistica della vendita con patto di riservato dominio. Si pensi, per fare un esempio, alla difficile conoscibilità, da parte dei terzi, del momento in cui avviene l'effettivo pagamento del prezzo, ed alle conseguenti ripercussioni sul regime proprietario, anche per quanto concerne i profili dell'accesso al credito bancario<sup>(107)</sup> e del regime patrimoniale della famiglia<sup>(108)</sup>. Si pensi inoltre alla pubblicità, nei confronti dei terzi, dell'avvenuto pagamento del prezzo:

---

espressamente prevista. Secondo alcuni, occorre procedere ad una doppia trascrizione, rispettivamente dell'atto di vendita e del patto di riserva di proprietà (quest'ultimo a carico del compratore ed a favore del venditore): GERINI, *La trascrizione della vendita con riserva di proprietà*, in *Riv. dir. ipot.*, 1978, p. 174 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 140 ss.

Secondo altri dovrebbe invece applicarsi analogicamente l'art. 2659, ult. comma, c.c., di modo che il patto di riservato dominio dovrebbe essere menzionato nella nota di trascrizione della vendita: PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, II, cit., p. 11; MAIORCA, *Della trascrizione*, cit., p. 46-47; NATOLI, *Della trascrizione*, cit., p. 61; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 155-156; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 438; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 543-544; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 128-129; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 305.

<sup>(107)</sup> BOERO, *Riservato dominio per immobili e mobili registrati*, cit., p. 237, evidenzia come la soluzione dei problemi di inquadramento generale dell'istituto influisca anche sulla questione se prima dell'integrale pagamento possa essere concessa, e sia iscrivibile ipoteca sul bene, a carico del venditore o del compratore.

<sup>(108)</sup> La questione del momento rilevante ai fini dell'acquisto alla comunione legale ex art. 177, lett. a), c.c. è estremamente dibattuta. Secondo l'orientamento della giurisprudenza, tale momento è quello in cui si producono gli effetti traslativi, e quindi, nella vendita con riserva di proprietà, il momento in cui ha luogo l'integrale pagamento del prezzo, verificandosi il trasferimento della proprietà con effetto *ex nunc*: App. Genova 4 gennaio 1984, in *Giur. merito*, 1985, I, p. 585; Cass. 29 gennaio 1990 n. 560, in *Dir. fam.*, 1990, I, p. 807 ss.; Cass. 17 dicembre 1993 n. 12523, in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 651 ss., con nota di REGINE, *Acquisto effettuato da uno dei coniugi con riserva di proprietà e decorrenza degli effetti della separazione come causa di scioglimento della comunione*; Cass. 4 settembre 1998 n. 8792, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Agricoltura*, n. 128.

Nel senso, viceversa, che il momento rilevante ai fini dell'acquisto ex art. 177, lett. a), c.c., è quello della conclusione del contratto, anche se con effetti reali differiti, è la dottrina dominante: BOTTARO, *La vendita con riserva di proprietà*, cit., p. 289 ss.; DI MARTINO, *Gli acquisti in regime di comunione legale*, Milano, 1987, p. 123; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, p. 409; LEMMI, *Comunione legale e vendita obbligatoria (sul concetto di « acquisti » ex art. 177, lett. a, c.c.)*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 433 ss.; UBALDI, *I beni posseduti dai coniugi anteriormente al matrimonio*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, I,

in difetto di un titolo munito dei requisiti formali *ex art. 2657 c.c.*, è praticamente impossibile far constare tale modalità, a prescindere dalle perplessità che, alla luce del principio di tassatività delle formalità pubblicitarie, potrebbero nutrirsi in merito all'annotabilità di un tale evento <sup>(109)</sup>.

Può risultare utile, quindi, subordinare l'effetto traslativo della proprietà (o del diritto reale residuante al venditore) alla condizione sospensiva dell'accertamento, con atto formale, dell'avvenuto pagamento del prezzo: con tale congegno, la proprietà si trasferirebbe solo al momento dell'accertamento formale, quale evento dedotto in condizione, e ne verrebbe sicuro vantaggio alla circolazione giuridica ed alla certezza delle situazioni giuridiche.

Le obiezioni a tale tipo di condizionamento sono state già superate quando si è discusso della condizione di accertamento dell'inesistenza di cause di evizione: non ostano alla fattispecie in esame né la natura dell'interesse tutelato, né il principio consensualistico, né le norme sulla circolazione immobiliare, e quelle della trascrizione in particolare. Con riguardo a queste ultime, anzi, l'apposizione della condizione in esame consentirebbe di superare le obiezioni alla trascrivibilità del patto di riservato dominio, realizzando lo stesso effetto con la menzione nella nota di trascrizione della condizione sospensiva; al momento, poi, dell'avveramento, l'atto formale di accertamento verrà annotato ai sensi dell'art. 2668 c.c.

Non osta, infine, alla validità della condizione in esame la particolare disciplina della vendita con riserva di proprietà: l'art.

---

Milano, 1989, p. 445; TRINCHILLO, *Regime di comunione legale e acquisti di beni*, in *Notariato*, 1999, p. 73 ss.

<sup>(109)</sup> BOERO, *Riservato dominio per immobili e mobili registrati*, cit., p. 237-238, fa cenno alle difficoltà operative per l'annotamento dell'avvenuto integrale pagamento del prezzo, « eseguito da alcune conservatorie e rifiutato invece da altre, con gravi ripercussioni sulla completezza e sull'esattezza delle risultanze dei Registri ». Per le possibili obiezioni fondate sul principio di tipicità dei fatti soggetti a pubblicità, cfr. *supra*, nota 176 del capitolo IV. Quanto alle modalità dell'annotamento, se si ritiene che tale patto debba essere menzionato nella nota di trascrizione della vendita in applicazione analogica dell'art. 2659 c.c., sarà a margine di tale nota che dovrà effettuarsi l'annotamento (GALLO, *Riserva di proprietà e pubblicità immobiliare*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 23 ss.); se si postula, viceversa, la necessità di un'autonoma trascrizione, l'annotamento andrà effettuato a margine di quest'ultima.

1523, nel collocare temporalmente — in corrispondenza al pagamento integrale del prezzo — l'effetto traslativo, non è incompatibile con l'applicazione delle norme contenute negli artt. 1353 e seguenti, e non consta che siano stati mai posti dubbi sulla condizionabilità, in genere, della vendita con patto di riservato dominio.

56. *Il negozio condizionato alla sopravvenuta possibilità, determinazione o esistenza dell'oggetto.*

L'art. 1347 c.c. dispone che il contratto sottoposto a condizione sospensiva è valido, anche in difetto di iniziale possibilità dell'oggetto, ove tale possibilità sopravvenga prima dell'avveramento della condizione. La norma è stata oggetto di diverse interpretazioni. In un primo momento si è parlato di validità sospesa, o pendente, del negozio ad effetti reali differiti avente ad oggetto una prestazione attualmente impossibile, e correlativamente di validità sopravvenuta nel momento in cui la prestazione diviene possibile <sup>(110)</sup>. Altri ha escluso trattarsi di validità sospesa, ritenendo invece che la previsione dell'art. 1347 c.c. costituisce piuttosto una eccezione — limitata ai negozi ad efficacia differita — al principio secondo cui l'oggetto del negozio deve essere possibile al momento

---

<sup>(110)</sup> La categoria della « validità pendente », o « validità sospesa » è stata espressamente invocata con riferimento alla disposizione dell'art. 1347 c.c.: essa ricorrerebbe allorché, « nel momento in cui il negozio è posto in essere, manca un requisito di validità; ma questo è tale che per legge può realizzarsi più tardi, può sopravvenire; intanto, cioè nel periodo intermedio tra la data del negozio e quella in cui il requisito può sopraggiungere ed inerire al negozio, questo non è valido né invalido: non può dirsi valido perché manca un requisito di validità, non può dirsi nullo perché è proprio la legge ad ammettere che esso può realizzarsi in un secondo momento » (CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 371 ss.). Conseguenza pratica di questa qualificazione in termini di validità sospesa sarebbe che *medio tempore*, « non potendo il negozio qualificarsi né valido né invalido, alle parti non è dato promuovere alcuna azione contro di esso » (*op. ult. cit.*, p. 372). Per tale nozione di validità sospesa, cfr. altresì OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 86-87; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 490 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 610-611; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 251. Per l'ammissibilità dell'invalidità successiva, v. anche DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 756 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 575-576.

della formazione del medesimo <sup>(111)</sup>. Altri ancora ha fatto leva sul principio di retroattività della condizione <sup>(112)</sup>, o sul principio di conservazione <sup>(113)</sup>, o infine su ragioni di opportunità <sup>(114)</sup>; secondo, infine, un'ulteriore opinione, la norma sarebbe espressione del principio per cui i requisiti oggettivi in genere devono sussistere non al momento della perfezione, ma solo al momento dell'efficacia del negozio <sup>(115)</sup>.

La successiva evoluzione delle categorie dogmatiche civilistiche, ed in particolare la distinzione tra l'*oggetto del negozio* e l'*oggetto del rapporto* <sup>(116)</sup>, ha contribuito a chiarire che il giudizio

<sup>(111)</sup> NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 430-431: « Il vero è che, poiché nella ipotesi di negozio con condizione sospensiva o con termine, rispettivamente, la nascita del rapporto tipico e la sua attuazione non debbono avvenire immediatamente, ma sono spostate nel futuro, si prescinde dalla possibilità iniziale dell'oggetto, ma questa si pone come una condizione legale sospensiva dell'efficacia del negozio stesso, condizione che si accompagna a quella volontaria e al termine, e da cui, nel primo caso, dipenderà il vincolo delle parti a subire le conseguenze del verificarsi della condizione volontaria e la nascita del rapporto di aspettativa... In definitiva: il negozio raggiunge esistenza perfetta nonostante la mancanza di uno dei requisiti normalmente necessari. Onde si ha una eccezione non al principio generale *quod nullum est nullum producit effectum*, ma al principio che pone, tra i requisiti essenziali del negozio giuridico, un oggetto che risponda alle caratteristiche di cui all'articolo 1346 ». Nello stesso senso, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 258.

<sup>(112)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, cit., p. 313. La giustificazione sulla base del principio di retroattività non rende ragione, peraltro, dell'applicazione della medesima disciplina al negozio sottoposto a termine iniziale. Nello stesso senso la Relazione al Re, n. 132.

<sup>(113)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 320.

<sup>(114)</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 217.

<sup>(115)</sup> RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 767, secondo il quale dall'art. 1347 « si deduce che i requisiti oggettivi del contratto (tra i quali la possibilità) debbano sussistere non già al momento della conclusione del contratto, ma al momento dell'efficacia »; secondo SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 133-134, argomentando dall'art. 1347 e dall'art. 1465, 4° comma, si desume che tutti i requisiti oggettivi (quindi anche la possibilità e la liceità) devono sussistere al momento dell'efficacia del negozio, e non al momento della sua conclusione.

<sup>(116)</sup> La distinzione concettuale tra oggetto del negozio e oggetto del rapporto si deve principalmente a FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 300 ss. (secondo il quale si tratta di due profili dai quali viene in considerazione lo stesso fenomeno: « una volta si riguarda il bene in quanto considerato prospetticamente dalle parti in funzione dell'effetto, che al momento

di validità si esaurisce con la formazione della fattispecie, non avendo senso parlare di validità o invalidità sopravvenuta <sup>(117)</sup>. In

---

del negozio è necessariamente futuro; altra volta si considera il bene nella sua attuale posizione all'interno del rapporto già realizzato. Nel primo profilo si ha l'oggetto dell'atto; nel secondo l'oggetto del rapporto». Sulla stessa linea, e quindi per una configurazione dell'oggetto del negozio come « rappresentazione programmatica » del bene o della prestazione che costituirà oggetto del rapporto, cfr. in particolare GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 124 ss.; AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, p. 105 ss.; IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 139 ss.; ID., *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino, 1963, p. 801 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 65 ss.; PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 147; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 334 (« ai fini del giudizio di rilevanza è sufficiente che il programma negoziale contenga anche la semplice previsione, in forma determinabile, degli elementi materiali esterni di svolgimento dell'effetto »); BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 318 e 321. Per la spiegazione dell'art. 1347 c.c. sulla base della distinzione tra oggetto del negozio e oggetto del rapporto, SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, cit., p. 354, e p. 362 ss.: « appare di certo ammissibile che si disponga in ordine ad una situazione effettuale, pure allo stato inattuabile, se questo avviene in proiezione verso un'epoca successiva (in cui la situazione potrà eventualmente mutare) ». Cfr. anche SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 333 ss.

*Contra*, OPPO, *Note sull'istituzione di non concepiti*, cit., p. 92 ss.

<sup>(117)</sup> La dottrina più recente nega recisamente la configurabilità del fenomeno della invalidità successiva, ed in genere della valutazione — in un momento successivo a quello della formazione dell'atto — dei requisiti di validità. V. sul punto, in generale, SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 404 ss. (del quale è l'affermazione che « l'invalidità costituisce, per la sua stessa essenza, un fenomeno necessariamente contemporaneo al negozio (alla sua esistenza)... il negozio, in quanto esiste, non può che essere immediatamente valido o invalido; se poi è valido, non può più invalidarsi »; le ipotesi eccezionali da altri configurate come di invalidità successiva possono « agevolmente assorbirsi (e ristabilirsi così l'unità del principio) nella diversa figura dell'inefficacia successiva »); TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1971, p. 593 ss., ove l'osservazione che « i requisiti di validità sono necessari nella fase formativa dell'atto, non anche successivamente. La distinzione tra elementi della fattispecie ed elementi presenti nella fase di esecuzione non si riflette, quindi, sul giudizio di validità, ma presiede alla distinzione tra invalidità e inefficacia in senso tecnico »; SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, cit., p. 78 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 5.

Contro il concetto di nullità pendente, in particolare, si è obiettato che, in realtà, si è in presenza o di un ciclo formativo irregolare della fattispecie, in presenza del quale il diritto, in considerazione di particolari esigenze, ma sempre

altri termini, se l'oggetto del negozio è la « rappresentazione programmatica » del bene o della prestazione, contenuta nel programma negoziale, appare evidente che ciò che è veramente essenziale al momento della formazione dell'atto è esclusivamente la determinabilità del bene o della prestazione, e la sua liceità (cioè la conformità di quanto dedotto nel programma agli interessi e valori fondamentali del sistema). Viceversa, la possibilità dell'oggetto è funzionale non già alla completezza del programma di interessi, ma esclusivamente alla sua attuazione. Ciò giustifica altresì — senza che sia necessario postularne l'eccezionalità — la disposizione dell'art. 1348 c.c., che consente la deduzione in contratto della prestazione di cose future: anche in questa ipotesi si è di fronte ad una impossibilità attuale dell'oggetto del rapporto e non del negozio, che non impedisce come tale una valida programmazione di interessi <sup>(118)</sup>.

Non vi è quindi necessità di ritenere l'art. 1347 c.c. norma eccezionale, come tale non estensibile alle diverse problematiche della determinabilità e liceità dell'oggetto o della causa <sup>(119)</sup>: si tratta in realtà di profili non omogenei, attinendo la possibilità

---

in casi eccezionali, consenta l'utilizzazione della medesima fattispecie; ovvero dell'inesistenza di una concausa di efficacia, o coelemento necessario, concernente l'individuazione del soggetto o dell'oggetto del rapporto (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 42 ss.). Si è quindi in presenza di inefficacia, e non di validità sospesa del negozio, per la cui validità è sufficiente « la prefigurazione del bene, anche se questo nella sua materialità non è ancora storicamente esistente o individuato (TOMMASINI, *Invalidità*, cit., p. 596). Ciò vale, ovviamente, anche quando l'oggetto del rapporto non sia solo indeterminato, ma anche impossibile al momento della formazione del negozio, trattandosi, a ben vedere, dello stesso tipo di problema. L'evento che determina la sopravvenuta possibilità dell'oggetto assume quindi la veste di « fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico ». Per la critica alla nozione di validità sospesa, cfr. da ultimo GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1285 ss.

<sup>(118)</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 366, correttamente evidenzia che sia la rubrica che il testo dell'art. 1348 c.c. si riferiscono alla cosa e non già all'oggetto futuro, dunque l'oggetto del contratto — inteso nell'accezione delineata nel testo di rappresentazione programmatica del bene — deve essere sempre presente.

<sup>(119)</sup> In tal senso, NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 430. Ritiene la norma dell'art. 1347 c.c. inestensibile all'ipotesi di illiceità dell'oggetto anche MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 177.

all'oggetto del rapporto, la determinabilità e liceità all'oggetto del negozio <sup>(120)</sup>.

Appare evidente, allora, anche la ragione della delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 1347 c.c. ai soli negozi con effetti reali differiti: allorché le parti programmano l'attuazione dell'interesse negoziale come simultanea alla formazione del negozio, l'impossibilità dell'oggetto impedisce l'immediata produzione degli effetti, e ciò, determinando una valutazione negativa dell'ordinamento, comporta la nullità dell'atto.

L'evento che determina la possibilità dell'oggetto del rapporto assume quindi una funzione identica agli eventi che individuano l'oggetto incerto o indeterminato, o provocano il venire ad esistenza dell'oggetto futuro: si tratta di una concausa, o coelemento necessario di efficacia, definito dalla dottrina come *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico* <sup>(121)</sup>.

Ciò premesso, occorre verificare se sia possibile *dedurre ulteriormente in condizione volontaria*, ai sensi degli artt. 1353 ss. c.c., *l'evento che svolge anche la funzione di fonte di qualificazione oggettiva*: ad esempio, la *modifica legislativa (factum principis)* che renda giuridicamente possibile l'oggetto che, al momento della formazione del negozio, non lo è. La fattispecie è stata ritenuta ammissibile dalla dottrina <sup>(122)</sup>; anche la giurisprudenza si è occu-

---

<sup>(120)</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 240 ss., a proposito dei presupposti del negozio ad effetti reali differiti, li distingue in tre categorie: i presupposti, come la capacità di agire, che sono direttamente connessi all'atto, e che devono quindi sussistere al momento in cui il negozio si compie; i presupposti che, come la legittimazione, attengono al regolamento di interessi, che dovranno sussistere solo quando si produrranno gli effetti; i presupposti, infine, che devono sussistere sia al momento della formazione del negozio che al momento della produzione degli effetti (tra i quali rientrano indubbiamente la determinabilità e liceità dell'oggetto).

<sup>(121)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 299 ss.

<sup>(122)</sup> Cfr. sul punto COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 431: « siccome le leggi positive sono per sé stesse contingenti e mutabili, ciò che secondo il diritto vigente è impossibile... potrà diventare possibile con una futura riforma legislativa. Ora un negozio dovrà dirsi sempre nullo, sol perché la condizione è impossibile secondo la legge vigente al tempo della conclusione? Certo, di regola generale, bisogna badare alla legge del tempo in cui il negozio fu formato; ma se le parti avessero avuto di mira il possibile mutamento del diritto, il negozio sarà valido »; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 654: « L'impossibilità giuridica va valutata con riguardo allo stato

pata della questione, risolvendola prevalentemente in senso affermativo, e ritenendo quindi che « nulla vieta che le parti condizionino l'efficacia di un contratto all'avvento di una nuova disciplina legislativa che comporti l'abolizione di un divieto vigente al momento della stipulazione; divieto che, di regola, non può estendersi agli atti la cui efficacia le parti intendano rinviare al momento in cui essi non risulteranno più in contrasto con norme imperative, e la cui funzione non deve quindi esplicarsi sotto il suo impero » (123). Nel

---

della legislazione al momento del negozio... Non è escluso, però, che le parti abbiano potuto considerare la possibilità di un mutamento della legislazione o dei mezzi a disposizione dell'uomo: in tal caso devesi guardare al momento in cui la condizione si dovrebbe presumibilmente verificare ».

(123) La giurisprudenza ha esaminato il problema indicato nel testo soprattutto a proposito del condizionamento alla sopravvenuta commerciabilità di farmacie: Cass. 1° dicembre 1972 n. 3477, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1557, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 178 ss. (fattispecie in cui era dedotta in condizione l'abolizione del divieto legislativo ex art. 369 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265). Nello stesso senso, Cass. 23 maggio 1969 n. 1829, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2542; App. Milano 25 giugno 1971, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1972, p. 604, con nota di ASTOLFI; Trib. Teramo 26 giugno 1984, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1985, p. 24; Cass. 14 gennaio 1988 n. 190, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1988, p. 387; Cass. 21 giugno 1995 n. 7026, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Farmacia*, n. 98.

Occorre altresì tener presente che il trasferimento di farmacia a favore di soggetto privo dei richiesti requisiti soggettivi è nullo: Cass. 30 gennaio 1951 n. 251, in *Foro it.*, 1951, I, c. 263; Trib. Verona 9 febbraio 1957, in *Foro pad.*, 1957, I, c. 487. La giurisprudenza ha, a tal proposito, ritenuto valido il contratto preliminare di vendita sospensivamente condizionato all'acquisizione dei requisiti soggettivi da parte dell'acquirente: Cass. 14 gennaio 1988 n. 190, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1988, p. 388; Trib. Forlì 19 aprile 1994, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Farmacia*, n. 99; Cass. 21 giugno 1995 n. 7026, in *Guida al diritto*, 1995, n. 37, p. 51. Non vi è, peraltro, motivo per escludere l'estensione di tale conclusione anche al contratto definitivo di compravendita sospensivamente condizionato.

Per una diversa fattispecie, Cass. 10 gennaio 1986 n. 74, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Vendita*, n. 81, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 186 ss.: « La vendita di un terreno, che venga stipulata per consentire all'acquirente una sua utilizzazione edificatoria, al momento non permessa dagli strumenti urbanistici, e venga quindi sottoposta alla condizione sospensiva della futura approvazione di una variante di detti strumenti che contempra quell'utilizzazione, non è affetta da nullità, né sotto il profilo dell'impossibilità dell'oggetto, né sotto il profilo dell'impossibilità della condizione, dovendosi ritenere consentito alle parti di dedurre come condizione sospensiva anche un mutamento di legislazione o di norme operanti *erga omnes*, salva restando l'inefficacia del contratto in conseguenza del mancato verificarsi di tale mutamento ».

*Contra*, Cass. 19 novembre 1996 n. 10119, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2207, con



caso in esame, in effetti, non sussiste una illiceità originaria dell'oggetto, in quanto quest'ultimo è programmato dalle parti proprio in relazione alla modifica legislativa, che ne costituisce presupposto imprescindibile; né sussiste una impossibilità giuridica o illiceità della condizione, concernendo questa un avvenimento futuro (il *factum principis*) che, seppure incerto, può ben verificarsi<sup>(124)</sup>. Né, d'altra parte, può costituire un ostacolo il principio di irretroattività della legge, che, come ha chiarito la giurisprudenza, « in quanto tendente a sottrarre all'impero delle leggi sopravvenute anche gli effetti futuri dei negozi compiuti prima del loro avvento, è essenzialmente posta a presidio del potere di autoregolare i propri interessi, che normalmente spetta alle parti »<sup>(125)</sup>; nel caso in oggetto, viceversa, sono proprio le parti che contraggono un vincolo anticipato rispetto alla nuova regolamentazione legislativa, assunta come presupposto essenziale per l'efficacia del negozio<sup>(126)</sup>.

---

nota di BOLEGO, *Sulla nullità del contratto collettivo concluso in materie riservate alla legge*; Cass. 26 gennaio 1999 n. 708, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 76, secondo le quali « La nullità di una clausola di contratto collettivo per contrasto con norma imperativa sussiste anche nell'ipotesi in cui la suddetta clausola preveda, quale presupposto per la propria operatività, l'abrogazione della norma imperativa con la quale contrasta, *atteso che non è possibile sottoporre a condizione sospensiva un negozio nullo* ». In realtà, il ragionamento va rovesciato: non si avrebbe, nel caso esaminato, il condizionamento sospensivo di un contratto nullo, ma la stessa nullità del contratto è da escludere quando l'assetto di interessi è programmato solo ed esclusivamente in vista dell'abolizione della norma imperativa in contrasto. Nel senso che il contratto collettivo di lavoro può dedurre in condizione un mutamento legislativo, Cass. 8 agosto 1987 n. 6816, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2828.

<sup>(124)</sup> App. Milano 25 giugno 1971 n. 1541, cit.

<sup>(125)</sup> Cass. 23 maggio 1969 n. 1829, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2545.

<sup>(126)</sup> Sulla stessa linea è quella giurisprudenza che — con riferimento a fattispecie di divieti di alienazione nell'edilizia residenziale pubblica — ritiene che « il contratto preliminare di vendita di un alloggio di edilizia economica e popolare concluso nel periodo di inalienabilità del medesimo, può essere considerato valido e suscettibile di produrre effetti quando preveda la stipulazione di un contratto definitivo dopo la scadenza del periodo cennato »: cfr., in tal senso, Cass. 13 marzo 1982 n. 1654, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 129; Cass. 17 febbraio 1986 n. 940, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Edilizia popolare*, n. 115; Cass. 24 settembre 1986 n. 5746, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1412; Cass. 30 novembre 1988 n. 6506, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Edilizia popolare*, n. 99; Cass. 21 marzo 1989 n. 1408, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Edilizia popolare*, n. 122; Trib. Potenza 20 giugno

Anche qui è quindi essenziale distinguere tra oggetto del negozio e oggetto del rapporto: il primo — consistendo nella rappresentazione programmatica di un dato risultato — può ben essere lecito, come nel caso in esame, nonostante la presenza di un attuale divieto legislativo; il secondo non potrà concretamente proporsi se non a seguito dell'abrogazione di tale divieto. La stessa giurisprudenza ha comunque ritenuto necessario, per la validità del negozio, che gli *effetti preliminari*, propri del negozio condizionato, non confliggano direttamente con il divieto legislativo la cui abrogazione è dedotta in condizione: si tratta, quindi, di un'indagine da effettuare caso per caso, il cui esito è decisivo al fine di ritenere valido o meno il negozio così condizionato <sup>(127)</sup>.

Nell'ipotesi in cui l'evento dedotto in condizione (mutamento di legislazione) non si verificasse, il negozio non dovrà considerarsi nullo per impossibilità dell'oggetto (esaurendosi, come è noto, il giudizio di validità nel momento della formazione del negozio stesso), bensì definitivamente inefficace.

Analogamente, come è consentito dedurre in condizione l'evento che determina la cessazione dell'impossibilità giuridica dell'oggetto <sup>(128)</sup>, deve ritenersi altrettanto lecita la clausola che

---

1991, in *Giur. merito*, 1993, p. 364; Cass. 28 ottobre 1993 n. 10716, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1184; Cass. 30 marzo 1995 n. 3799, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Edilizia popolare*, n. 58; Cass. 2 settembre 1995 n. 9266, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, p. 1055; Cass. 28 novembre 1998 n. 12113, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Edilizia popolare*, n. 95.

In queste ultime fattispecie, quindi, l'attuazione del contratto è differita alla scadenza di un termine, decorso il quale l'oggetto del contratto diverrà giuridicamente possibile *ex art.* 1347 c.c.

Correlativamente, è stata sancita la nullità del contratto preliminare che prevede la stipula del definitivo prima della scadenza del periodo di inalienabilità: Cass. 18 dicembre 1981 n. 6717, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Edilizia popolare*, n. 116; Trib. Cagliari 15 febbraio 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 402; Cass. 2 settembre 1995 n. 9266, cit. In dottrina, PANELLA, *La nullità del contratto preliminare stipulato in violazione dell'art. 35, 15<sup>o</sup> e 19<sup>o</sup> comma, l. 22 ottobre 1971 n. 865*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3268 ss.

<sup>(127)</sup> Cass. 1<sup>o</sup> dicembre 1972 n. 3477, cit.: « anche il negozio condizionato può essere produttivo di un qualche effetto, sia pur limitato, durante la pendenza della condizione; quel che importa ai fini della validità, è che tale effetto non comporti un concreto attuale contrasto con la norma imperativa vigente al momento della stipulazione ».

<sup>(128)</sup> Deve ritenersi che sussista impossibilità giuridica allorché il bene o la

## deduca in condizione la sopravvenuta possibilità fisica dell'oggetto

prestazione che costituisce oggetto del negozio non possa assolvere la sua funzione per l'esistenza di un ostacolo di ordine giuridico e non materiale, in ragione, cioè, dell'esistenza o inesistenza di un dato effetto giuridico. In tal senso BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 323: « La illiceità si distingue rispetto alla impossibilità giuridica in quanto essa esprime un giudizio di riprovevolezza da parte dell'ordinamento giuridico mentre l'impossibilità giuridica indica la semplice inidoneità dell'atto a realizzare l'effetto giuridico programmato ».

Non deve essere confusa l'impossibilità giuridica dell'oggetto, rientrante nella disciplina dell'art. 1347 c.c., con l'impossibilità giuridica della condizione (sulla quale cfr. *supra*, nota 1 del capitolo IV), disciplinata dall'art. 1354 c.c. Una fattispecie particolare è quella rappresentata dalla condizione sospensiva consistente nel rilascio di licenza o concessione edilizia, in presenza di uno strumento urbanistico che tale rilascio non consente al momento della formazione del contratto. Considerando le norme contenute nello strumento urbanistico come vere e proprie norme giuridiche regolamentari, l'impossibilità del rilascio della concessione si configura come vera e propria impossibilità giuridica. Qui però, a ben vedere, le parti hanno programmato il trasferimento di un bene (il terreno edificabile) diverso, nella sua rappresentazione prospettica, dal bene quale si presenta nella sua configurazione attuale e concreta: l'impossibilità attuale attiene pertanto non all'evento condizionante (il rilascio della concessione), ma piuttosto ad una caratteristica essenziale (l'edificabilità) del bene, quale oggetto programmato con il negozio. La precisazione è di notevole importanza: in quanto l'impossibilità della condizione deve essere valutata al momento della formazione dell'atto e ne determina la nullità *ex art.* 1354 c.c., mentre l'impossibilità dell'oggetto nello stesso momento non comporta nullità se l'oggetto diviene possibile prima dell'avveramento della condizione, *ex art.* 1347 c.c. D'altra parte appare evidente che impossibilità della condizione significa impossibilità del verificarsi dell'evento, quindi certezza del suo non verificarsi; e non è chi non veda che, nella fattispecie in esame, è assolutamente possibile il futuro (ed incerto) rilascio di concessione, previa modifica del piano regolatore comunale.

Correttamente, quindi, la giurisprudenza assolutamente prevalente ritiene lecita ed ammissibile la condizione di cui trattasi: cfr., a titolo esemplificativo, Cass. 23 aprile 1958 n. 1342, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1035; Cass. 13 novembre 1970 n. 2396, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1244, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 372 ss.; Trib. Verona 2 gennaio 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, c. 552; Cass. 17 novembre 1977 n. 5028, in *Riv. not.*, 1978, p. 1088; Cass. 22 maggio 1979 n. 2961, in *Mass. Giur. it.*, 1979, p. 724, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 360 ss.; Cass. 20 ottobre 1984 n. 5314, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Contratto in genere*, nn. 151-152; App. Roma 14 gennaio 1986, in *Riv. not.*, 1987, p. 857; Cass. 23 marzo 1991 n. 3185, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 507, ed in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 397 ss.; Cass. 20 ottobre 1992 n. 11816, in *Corriere giur.*, 1993, p. 180 ss. *Contra*, Cass. 2 febbraio 1992 n. 6676, in *Riv. not.*, 1994, p. 848 ss., con nota di MAESTRONI, *Brevi note in tema di deducibilità in condizione del provvedimento amministrativo e di mancato avveramento della condizione per causa imputabile ad una delle parti* (in quest'ultima

medesimo: in tal senso si è espressa la giurisprudenza, e la dottrina più recente che si è occupata del problema <sup>(129)</sup>.

Occorre piuttosto chiedersi se — visto che l'evento che interessa assolve già la funzione di fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico, e quindi di coelemento necessario di efficacia — sia possibile qualificarlo ulteriormente come evento condizionante in senso tecnico <sup>(130)</sup>.

La risposta deve essere affermativa: *non sussiste alcun impedimento per l'autonomia privata a condizionare gli effetti del negozio alla sopravvenuta possibilità dell'oggetto*; anzi, l'esistenza della norma dell'art. 1347, in una con il principio di conservazione del negozio giuridico, legittima l'inserimento di questa condizione, in

---

sentenza l'impossibilità è ravvisata nella condizione e non nell'oggetto del contratto). Per la critica a tale decisione, v. PETRELLI, *Regime fiscale degli atti di compravendita di terreni sottoposti alla condizione sospensiva della sopravvenuta edificabilità*, cit., p. 1248 ss.

<sup>(129)</sup> Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 44 ss., ha ammesso che, in una permuta tra cosa presente e cosa futura (rispettivamente area edificabile e porzioni del costruendo fabbricato), il fatto della costruzione possa essere dedotto quale evento condizionante anche della prestazione relativa alla cosa presente.

In dottrina, LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, cit., p. 29, il quale correttamente afferma che « Se l'oggetto della prestazione non è elemento essenziale del contratto, in quanto concetto distinto dall'oggetto del negozio, esso è come tale deducibile in condizione »; e, con maggior precisione (a p. 31), che « l'evento dedotto in condizione non è la cosa bensì il fatto, di per sé estrinseco, della venuta ad esistenza della cosa ».

<sup>(130)</sup> La problematica in oggetto è diversa da quella già analizzata da RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 92, il quale riconosceva che, « quando un elemento tipico della fattispecie, il quale normalmente si realizza prima della manifestazione di volontà, viene a potersi realizzare dopo, per una iniziativa delle parti, autorizzata dalla legge, allora l'iniziativa delle parti continua a non assurgere a condizione volontaria, ma non è irrilevante, perché da essa discende quella inversione cronologica ». Il ruolo assegnato all'autonomia privata, in tale ottica, era esclusivamente quello di porre in essere una « inversione cronologica » nell'ordine di formazione della fattispecie — nei casi espressamente previsti dalla legge — e non quello di condizionare ulteriormente la fattispecie medesima allo stesso evento che avrebbe cagionato l'assunzione dell'elemento tipico all'interno della fattispecie. Tant'è vero che lo stesso Rubino (*op. ult. cit.*, p. 387) affermava espressamente che « Per determinati negozi, la esistenza materiale di una cosa o la titolarità di un diritto sono normalmente elementi necessari, richiesti dalla legge e quindi tipici: *qualsiasi iniziativa delle parti riguardo a tali elementi non può essere costruita come condizione volontaria* » (corsivo nostro).

assenza della quale il negozio sarebbe nullo per difetto dei requisiti previsti dall'art. 1346 c.c. In altri termini, se il negozio programmato per essere immediatamente efficace, ma con oggetto inizialmente impossibile, è nullo, e può divenire valido solo se le parti programmano il differimento dei suoi effetti (art. 1347), non si vede perché vietare proprio l'unico mezzo idoneo a salvare la validità del programma negoziale.

L'ammissibilità di questo tipo di condizionamento non può neanche contestarsi in funzione del dogma di estrinsecità della condizione, e della affermata impossibilità di realizzare con essa la tutela di un interesse interno al negozio (nella fattispecie, l'interesse collegato alla sopravvenuta possibilità dell'oggetto del rapporto). Sfatata questa convinzione, e riaffermata — come si è cercato di dimostrare nel corso della presente indagine — la poli-funzionalità del congegno condizionale, nessun ostacolo rimane alla piena ammissibilità della figura in esame.

In dottrina si è dubitato della validità del condizionamento alla sopravvenuta possibilità dell'oggetto, per l'ipotesi in cui le parti non abbiano escluso convenzionalmente la *retroattività* della condizione sospensiva, retroattività che determinerebbe il prodursi degli effetti dal momento della stipulazione, vale a dire da un momento nel quale l'oggetto non era possibile <sup>(131)</sup>; può obiettarsi, peraltro, che in questo caso la retroattività della condizione è radicalmente esclusa proprio per la « natura del rapporto », *ex art.* 1360 c.c., senza che le parti abbiano margini di autonomia sul punto <sup>(132)</sup>.

---

<sup>(131)</sup> IANNIELLO, Nota a Cass. 7026/1995, cit., in *Guida al diritto*, 1995, n. 37, p. 56.

<sup>(132)</sup> Per l'esclusione della retroattività in caso di impossibilità originaria dell'oggetto *ex art.* 1347 c.c., Cass. 4 ottobre 1954 n. 3258, in *Foro it.*, Rep. 1954, voce *Obbligazione*, n. 483; Trib. Perugia 13 gennaio 1956, in *Foro it.*, Rep. 1956, voce *Obbligazione*, n. 489; Cass. 13 luglio 1959 n. 2258, in *Foro it.*, Rep. 1959, voce *Obbligazione*, n. 184; Cass. 21 aprile 1965 n. 699, in *Foro it.*, Rep. 1965, voce *Obbligazione*, n. 316; SACCO, *Diligenza del buon padre di famiglia e fatto imputabile al debitore*, in *Foro pad.*, 1951, I, c. 923 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 591; ID., *Il contratto in genere*, I, cit., p. 192; CARRESI, *Il contratto*, II, cit., p. 798-799; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 322.

Cass. 10 giugno 1988 n. 3950, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1965, ha affermato che la retroattività della condizione (si trattava nella specie di *condicio iuris*, ma il principio è certamente riferibile anche al caso in esame) rimane esclusa allorché, prima dell'avveramento, difetti un elemento costitutivo del negozio.

Si potrà quindi, ad esempio, condizionare sospensivamente il contratto preliminare di compravendita di un fabbricato alla sopravvenuta commerciabilità dello stesso: ciò può avvenire, sotto il profilo urbanistico <sup>(133)</sup>, se il fabbricato è attualmente privo di concessione edilizia, ma è possibile il rilascio di concessione edilizia in sanatoria ai sensi dell'art. 13 della legge 28 febbraio 1985 n. 47; soluzione non praticabile, viceversa, per il contratto definitivo, che richiede, a pena di nullità, le menzioni formali di cui agli artt. 17 e 40 della medesima legge <sup>(134)</sup>. Ovviamente diverso è il caso del

---

<sup>(133)</sup> Per Cass. 27 novembre 1992 n. 12709, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, p. 239 ss., « è nullo, per impossibilità dell'oggetto, il contratto con il quale una parte cede un terreno all'altra, che si obbliga a trasferirle alcune parti di un complesso edilizio, da costruire nel terreno acquistato, in assenza di regolare concessione edilizia, atteso che ciò costituisce un impedimento giuridico assoluto della prestazione dovuta dall'acquirente del terreno, restando irrilevante la possibilità del successivo condono edilizio, i cui effetti restano circoscritti al rapporto con la pubblica amministrazione e non possono, quindi, influire retroattivamente sulla validità del negozio ».

<sup>(134)</sup> Si ritiene pacificamente che il contratto preliminare sia valido ed efficace nonostante l'omissione delle formalità di cui agli artt. 17, 18 e 40 della legge 28 febbraio 1985 n. 47; in assenza di tali formalità, rimane unicamente preclusa, secondo la giurisprudenza, l'esecuzione in forma specifica del preliminare medesimo: v. Cass. 9 dicembre 1992 n. 13024, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 326; Cass. 3 settembre 1993 n. 9313, in *Riv. not.*, 1994, p. 110; in *Vita not.*, 1994, p. 221; in *Contratti*, 1993, p. 633, con nota di VIGNALI, *Inapplicabilità al contratto preliminare dell'art. 40 l. n. 47/1985*; ed in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 165, con nota di VILLELLA, *Preliminare di vendita di immobile senza indicazione degli estremi della concessione edilizia ed inefficacia pendente*; Cass. 9 luglio 1994 n. 6493, in *Vita not.*, 1995, p. 280, ed in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 455; Cass. 2 aprile 1996 n. 3028, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2036; Cass. 28 marzo 1997 n. 2776, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 101; Cass. 8 febbraio 1997 n. 1199, in *Foro it.*, 1997, I, c. 745; in *Vita not.*, 1997, p. 257; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1550; in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, p. 680; Cass. 18 agosto 1998 n. 8170, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 637; Cass. 5 gennaio 1998 n. 44, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, p. 601. Sul problema v., in dottrina, ARENIELLO, *Validità del preliminare di vendita di fabbricati abusivi*, in *Corriere giur.*, 1994, p. 85; SALA, *Preliminare di compravendita di immobile irregolare e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1323; LEO, *Contratto preliminare e disciplina urbanistica*, in *Contratti*, 1998, p. 423 ss.; FICI, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *Nuova giur. civ.*, 1998, I, p. 10 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Contratto preliminare ed errore sulla destinazione urbanistica del terreno*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 97 ss.; MIGLIORI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e l. 47/85*, in *Riv. not.*, 1998, p. 271 ss.

Con riferimento al contratto definitivo con effetti traslativi, la giurisprudenza

contratto definitivo di compravendita, cui sia allegata la domanda di concessione in sanatoria (unico requisito richiesto ai fini della validità dall'art. 40 della suddetta legge), e che sia sospensivamente condizionato al rilascio della medesima concessione: in tal caso non viene dedotto in condizione un requisito di validità dell'atto, e la fattispecie è da ritenersi perfettamente ammissibile.

È anche possibile dedurre espressamente in condizione l'individuazione o la specificazione del bene nella vendita generica o alternativa, con il risultato di sospendere l'intera efficacia del contratto, e non solo dell'effetto traslativo della cosa da specificare o individuare, come avviene in assenza di condizione volontaria <sup>(135)</sup>.

Si potrà anche condizionare sospensivamente l'intera efficacia del contratto alla venuta ad esistenza del bene oggetto del negozio, attualmente inesistente; con ciò determinando una parziale modifica della disciplina applicabile al negozio su bene futuro, che, nella sua tipica configurazione, è immediatamente efficace, salvo il differimento del solo effetto traslativo alla venuta ad esistenza del bene <sup>(136)</sup>.

---

ha correttamente affermato che l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica, richiesta a pena di nullità dall'art. 18 della legge 47/1985, non può essere dedotta in condizione sospensiva: Cass. 28 settembre 1994 n. 7893, in *Vita not.*, 1995, p. 837 ss.

<sup>(135)</sup> Per l'esclusiva sospensione dell'effetto reale (e non anche, quindi, degli effetti obbligatori) nei negozi su cosa designata genericamente o alternativamente, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 306. Precisa GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 174 ss., che nella vendita obbligatoria, oltre all'effetto traslativo rimangono impediti anche alcuni effetti obbligatori che concernono la cosa: l'obbligo di consegna, gli obblighi di garanzia per vizi ed evizione. Sorgono invece immediatamente altri effetti obbligatori: in particolare, l'obbligo di fare acquistare la proprietà (art. 1476 n. 2 c.c.), l'obbligo di non impedire il venire ad esistenza della cosa futura, e, in alcuni casi, l'obbligo di creare la cosa; l'obbligo di procedere alla specificazione nella vendita generica, ed alla scelta nella vendita alternativa; l'obbligo di acquistare o far acquistare il bene nella vendita di cosa altrui; l'obbligo di pagare il prezzo.

<sup>(136)</sup> Cass. 10 ottobre 1975 n. 3229, in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 44 ss.; COSTANZA, *Gli elementi accidentali del contratto*, in *Vita not.*, 1988, p. LIV.

Per la sospensione di efficacia solo parziale nei negozi su beni futuri, PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I - La compravendita di « cosa futura »*, cit., p. 168 ss., e p. 216. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 306, e nota 114, precisa che nel negozio su bene futuro sono sospesi tutti gli effetti che hanno

Può essere utile anche condizionare sospensivamente il contratto di vendita di cosa altrui al successivo acquisto da parte del venditore: l'effetto di tale tipo di condizionamento, come ha chiarito la giurisprudenza, è che « non sorge l'obbligo di acquistare, previsto dall'art. 1478 c.c. per la vendita di cosa altrui »<sup>(137)</sup>. Qui la condizione svolge sostanzialmente il ruolo di escludere l'impegno traslativo dell'alienante, allorché, nella considerazione delle parti, l'acquisto del bene rivesta caratteristiche di particolare incertezza.

Non vi sono quindi ragioni per escludere l'applicabilità della disciplina condizionale in ragione del fatto che l'evento condizionante funge altresì da fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico. Sul punto è necessaria peraltro qualche precisazione. Con riferimento ai coelementi necessari di efficacia, taluno nega l'applicazione diretta o anche analogica della disciplina della condizione<sup>(138)</sup>, altri la ammette, sia pure nei limiti propri dell'analogia<sup>(139)</sup>. Nella fattispecie esaminata, tale applicazione avviene in via diretta, derivando *de plano* dall'espressa previsione nell'atto di una condizione volontaria, cui sono applicabili in via diretta le disposizioni degli artt. 1353 ss. c.c. Certo, la particolarità della situazione, e cioè l'impossibilità o l'indeterminatezza dell'oggetto, non può non avere riflessi su alcuni importanti profili di disciplina: così, ad esempio, l'infedeltà dell'oggetto per la struttura stessa del rapporto comporta l'assoluta inscindibilità di questo tipo di condizione, per tutti gli effetti sopra evidenziati (cfr. capitolo IV), con evidente inapplicabilità, tra l'altro, della finzione di avveramento<sup>(140)</sup> e della rinuncia alla condizione (o revoca della clausola condizionale); parimenti, l'inesistenza, indeterminatezza o impos-

---

ad oggetto la cosa futura, « potendo sorgere ulteriori rapporti obbligatori, in funzione della cosa futura, ma con oggetto proprio », come ad esempio l'obbligo di porre in essere la cosa ancora inesistente.

<sup>(137)</sup> Cass. 14 gennaio 1967 n. 140, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 550, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 156 ss. Sulla condizione sospensiva del futuro acquisto da parte del venditore, cfr. anche Cass. 7 novembre 1975 n. 3760, in PECCENINI, *op. ult. cit.*, p. 159 ss.

<sup>(138)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 338.

<sup>(139)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 305 ss., ammette che, durante la fase di pendenza determinata dal mancare di una fonte di qualificazione oggettiva, sorgano effetti preliminari e, in particolare, il rapporto di aspettativa e la possibilità di adozione di misure conservative.

<sup>(140)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 305.



sibilità attuale dell'oggetto non consentono in nessun caso il trasferimento immediato del rischio (*periculum rei*) al compratore (141). Occorre, altresì, valutare con attenzione i margini di applicabilità del principio di retroattività (142), come pure la tipologia di atti conservativi che possono essere esperiti durante la particolare situazione di pendenza determinata dall'attuale impossibilità, indeterminatezza o inesistenza del bene. Ciò non toglie, peraltro, che, fatti salvi gli adattamenti alla peculiare situazione del bene, sia comunque applicabile in via diretta la disciplina sull'istituto condizionale.

57. *Negozi condizionati alla sopravvenuta individuazione o imputazione al soggetto.*

Si è visto, nella trattazione relativa ai coelementi necessari di efficacia (*supra*, paragrafo 45), che tra gli stessi rientrano le fonti di imputazione dell'effetto giuridico, gli eventi, cioè, che svolgono l'importante funzione di far assumere il soggetto, punto di collegamento tra fatto ed effetto, nella concreta fattispecie quale destinatario delle relative conseguenze giuridiche. Questi eventi sono stati raggruppati nelle tre ipotesi del *soggetto estraneo*, del *soggetto indeterminato* e del *soggetto futuro*.

Si è evidenziato trattarsi di fattispecie non eccezionali, che possono essere, per certi profili, configurate dalla stessa autonomia privata (si pensi alla rappresentanza volontaria di soggetto futuro o

---

(141) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 308. In realtà, l'art. 1465, ultimo comma, c.c. addossa comunque il rischio del perimento della cosa per caso fortuito — nell'atto di trasferimento sottoposta a condizione sospensiva — all'alienante. In difetto di espressa previsione riferita al perimento o impossibilità parziale, si è peraltro ritenuto che in tali casi, in applicazione del principio di retroattività, il rischio compete all'acquirente. Si riconosce peraltro comunemente che tali norme sono derogabili dall'autonomia privata, per cui il contratto potrebbe porre senz'altro a carico dell'acquirente il *periculum rei*: cfr. *supra*, nota 318 del capitolo V.

(142) GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 64, chiarisce che « se al contratto di vendita di cosa generica, futura o altrui, viene apposta una condizione, allora, senza eccezioni di sorta, il verificarsi dell'evento condizionante, in ipotesi successivo al momento della specificazione, della venuta ad esistenza, o dell'acquisto della cosa, farà risalire proprio a quel momento l'effetto reale derivante dal contratto, e destinato a rilevare *ex tunc* ed *erga omnes* ».

incerto). Si sono altresì segnalate le particolarità di disciplina: applicazione analogica e non diretta delle norme sulla condizione; esistenza di un'aspettativa condizionale in senso tecnico a favore del soggetto non ancora assunto quale destinatario degli effetti negoziali, nei limiti tuttavia di compatibilità con la peculiarità della situazione e la possibilità di imputazione ad altri soggetti, anche per quanto concerne le misure conservative; in particolare, esistenza di una posizione soggettiva dei possibili titolari al corretto svolgimento delle procedure di scelta, designazione o individuazione; applicabilità dell'art. 1357 c.c. sugli atti di disposizione dell'aspettativa condizionale; inscindibilità della particolare « condizione » rappresentata dalla fonte di qualificazione, e quindi inapplicabilità della finzione di avveramento; tendenziale applicabilità del principio di retroattività; applicabilità dell'art. 1361 c.c. sulla disciplina degli atti di amministrazione, dell'art. 1347 sull'impossibilità temporanea dell'oggetto, e dell'art. 1465 c.c. sul *periculum rei*.

Sono state nel contempo evidenziate le perduranti incertezze sia di ordine dogmatico e costruttivo, sia in termini di disciplina concretamente applicabile alle fattispecie in esame. L'incertezza risulta ulteriormente aggravata dalle peculiarità di disciplina che caratterizzano alcune di queste situazioni. Con riferimento al contratto per persona da nominare, ad esempio, è oggetto di accesa discussione la questione relativa alla produzione immediata o meno degli effetti del contratto in attesa della nomina<sup>(143)</sup>. Altrettanto deve dirsi di altre fattispecie, come la contrattazione in nome di società di capitali prima dell'iscrizione nel registro delle imprese, con le relative problematiche in tema di pubblicità immobiliare<sup>(144)</sup>.

Può essere utile, pertanto, un intervento dell'autonomia privata su tali fattispecie, volto a sottoporre a *condizione sospensiva* il

---

<sup>(143)</sup> Cfr., per il punto sullo stato della discussione in dottrina e giurisprudenza, PENNASILICO, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999, p. 382 ss.

<sup>(144)</sup> Cfr. sul punto, di recente, LANDOLFI, *Effetti dell'iscrizione ex art. 2330 c.c. ed effetto liberatorio immediato del conferimento in natura*, in *Riv. not.* 1991, p. 941 ss.; BARALIS-MARICONDA, *La trascrizione degli acquisti immobiliari compiuti da società di capitali in pendenza di iscrizione*, in *Studi e Materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, IV, Milano 1995, p. 329 ss.; FERRI, *Tutela preventiva dell'impresa e atti in nome di società non iscritta*, *ibidem*, p. 3 ss. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 2 agosto 1973 n. 2231, in *Giust. civ.*, Rep. 1973, voce *Società di capitali*, n. 165.

negozio la cui vicenda effettuale sia, totalmente o parzialmente, sospesa a causa dell'attuale estraneità, indeterminatezza o inesistenza di uno dei soggetti del rapporto. L'utilità di tale condizionamento può risultare maggiormente evidente nelle ipotesi in cui gli effetti sono solo parzialmente sospesi (come può avvenire, ad esempio, in caso di contratto plurilaterale in cui la partecipazione del soggetto in questione non è essenziale), ovvero si producono provvisoriamente in capo ad altro soggetto (come avviene, secondo alcuni, nel contratto per persona da nominare). Non è comunque da escludersi l'utilità di detto condizionamento neanche nei casi di sospensione totale dell'efficacia in attesa della fonte di imputazione. Ciò non solo e non tanto al fine di evitare incertezze operative e di usufruire senz'altro — sotto il profilo fiscale — del rinvio della tassazione previsto per i negozi sospensivamente condizionati, ma soprattutto al fine di subordinare la produzione degli effetti ad un evento ulteriore e diverso dalla fonte di imputazione: si pensi all'ipotesi dei *contratti a favore di terzo*, ove il terzo beneficiario sia un soggetto futuro o attualmente indeterminato, e si voglia, ad esempio, prevedere la produzione degli effetti non a seguito della semplice venuta ad esistenza o determinazione del soggetto, ma solo a condizione della sua accettazione, o del compimento da parte del terzo medesimo di una determinata prestazione <sup>(145)</sup>.

Nei casi di sospensione parziale dell'efficacia, e di produzione provvisoria degli effetti in capo ad altro soggetto, è possibile *prevedere quale evento sospensivamente condizionante la stessa fonte di imputazione*: è possibile, cioè, che la sopravvenuta imputazione al soggetto venga assunta come condizione sospensiva anche degli effetti che, normalmente, si sarebbero nel frattempo prodotti. Rispetto a tali effetti, si verrà a creare una pendenza condizionale a tutti gli effetti, con applicazione diretta (e non analogica) di tutte le norme dettate dalla legge per la condizione volontaria; riguardo, invece, agli effetti da imputarsi al soggetto

---

<sup>(145)</sup> Su tale fattispecie, cfr. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 304 ss.; AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., p. 104-105. Nel senso che l'adesione del terzo costituisce *condicio iuris* sospensiva dell'acquisto del diritto nel contratto a favore di terzo, Cass. 4 febbraio 1988 n. 1136, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 365; Cass. 9 dicembre 1997 n. 12447, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 466.

futuro o indeterminato, le norme sulla pendenza condizionale possono essere applicate solo analogicamente e nei limiti sopra evidenziati.

Questo tipo di condizionamento deve ritenersi invece escluso, o quanto meno inutile, nei casi di sospensione totale dell'efficacia: ciò in quanto non è ipotizzabile — a seguito della semplice deduzione del medesimo evento (fonte di imputazione) in condizione volontaria — l'applicazione nella specie di quelle norme sulla condizione sospensiva che la peculiarità della situazione rende inapplicabili. Non è pensabile, in altri termini, che il soggetto estraneo possa compiere atti conservativi per il fatto che la fonte di imputazione sia prevista nel negozio anche come condizione volontaria. Ciò non toglie, ovviamente, che le parti possano esplicitare la sospensione dell'efficacia, ma l'eventuale previsione condizionale non vale, in caso di sospensione totale per difetto della fonte di imputazione, a mutarne la natura in condizione volontaria.

58. *Il negozio condizionato alla sopravvenienza di un presupposto o requisito di validità o di efficacia del negozio. La regolamentazione convenzionale della condicio iuris.*

Si è visto che, a norma dell'art. 1347 c.c., il contratto sottoposto a condizione sospensiva o termine iniziale è valido, nonostante l'iniziale impossibilità dell'oggetto, se la possibilità sopravviene prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine. Si è altresì rilevato che la stessa norma non deroga ad alcuno dei principi generali in tema di validità ed efficacia, ma costituisce, essa stessa, corretta applicazione del principio per il quale l'oggetto del negozio consiste nella rappresentazione programmatica del bene (o della prestazione), e solo tale rappresentazione è necessaria ai fini della validità dell'atto. La stessa norma deve ritenersi espressione di un principio più generale, secondo il quale l'iniziale impossibilità di realizzazione dell'interesse programmato con il negozio non incide sulla validità dello stesso, tutte le volte in cui detta possibilità sopravvenga prima del momento in cui il negozio stesso è destinato a produrre i propri effetti <sup>(146)</sup>. Il carattere generale di tale principio emerge chiaramente, ove si consideri che la rilevanza

---

<sup>(146)</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, cit., p. 363.

di ogni fattispecie è attribuita dall'ordinamento in funzione dell'efficacia <sup>(147)</sup>, ed il principio di conservazione degli atti giuridici non tollera che venga negata validità e rilevanza ad un negozio evidenziatore di un certo interesse per iniziale impossibilità di realizzazione dello stesso, se l'interesse medesimo, nella programmazione delle parti, sia destinato ad ottenere giuridica realizzazione in un momento successivo, allorché quella iniziale impossibilità si sarà tramutata in possibilità.

Alla luce di questo principio devono essere interpretate le norme che prevedono determinati *presupposti* <sup>(148)</sup>, o circostanze esterne, che devono ricorrere — nella previsione normativa o delle parti dell'atto — in un momento passato o presente rispetto alla formazione dell'atto, ai fini della sua validità o della sua efficacia <sup>(149)</sup>. Allorché, invece, la legge o le parti dell'atto configurino sul

---

<sup>(147)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 310.

<sup>(148)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 163, definisce i presupposti, o circostanze preliminari, come quegli « eventi che debbono essersi verificati in un periodo di tempo che, abbracciando una determinata sfera del passato, si chiude nel momento in cui viene posto in essere l'atto al quale essi accedono: onde si parla di circostanze passate o presenti ». *Id.*, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 8-9, per la distinzione tra *presupposto* e *oggetto* della qualificazione giuridica: mentre quest'ultimo costituisce il nucleo fondamentale del fenomeno giuridico, i presupposti, « che hanno una funzione complementare nel processo di formazione delle fattispecie, rimangono nella loro primitiva condizione di elementi neutri, non qualificati, o già qualificati autonomamente ».

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 212 ss., definisce come presupposti quelle circostanze, « estrinseche bensì al negozio per sé considerato, ma integrative del regolamento d'interessi avuto di mira in seno a una complessa situazione di fatto, di cui fanno parte esse circostanze e nella quale il negozio si inserisce ». La definizione dei presupposti quali circostanze estrinseche al negozio è anche in MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 478-479; *Id.*, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 162 ss. (che distingue presupposti di validità e di efficacia); SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 69.

<sup>(149)</sup> Sulla distinzione tra « presupposti di qualificazione » e « presupposti di efficacia », cfr. anche FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., p. 7 ss.: « I presupposti di qualificazione debbono esistere perché si operi il riconoscimento formale del fatto, e quindi influiscono direttamente sulla esistenza giuridica del fenomeno; i presupposti di efficacia non condizionano la qualificazione, che il più delle volte si è già verificata, ma esclusivamente il processo di collegamento delle conseguenze giuridiche: mentre quindi dai primi dipende la *esistenza del fenomeno*, dai secondi dipende la *esistenza dei suoi effetti*; e propriamente: o il contenuto o la eventualità ». Conseguentemente, « se manca un

piano teleologico il rapporto di dipendenza dell'effetto rispetto all'evento senza alcuna considerazione del momento temporale in cui quest'ultimo deve aver luogo, si è ritenuto che vi sia un *concorso alternativo di presupposti e condizioni* <sup>(150)</sup>: se l'evento si è verificato prima o contestualmente all'atto, si parla di presupposto, mentre se viene a realizzarsi successivamente, si parla di condizione, con applicazione, volta per volta, della relativa disciplina.

Esempi di *presupposti di validità* sono la capacità di agire delle parti del negozio (art. 1425 c.c.), le autorizzazioni giudiziali richieste per gli atti di straordinaria amministrazione posti in essere in rappresentanza di soggetti incapaci (artt. 320, 374, 375 c.c.), o comunque richieste ai fini della validità dell'atto, l'apertura della successione rispetto all'atto di accettazione di eredità (arg. ex artt. 456 e 459 c.c.), l'esistenza attuale della cosa donata (art. 771 c.c.), l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica agli atti di trasferimento di terreni (art. 18 legge 28 febbraio 1985 n. 47) <sup>(151)</sup>.

Quali esempi di *presupposti di efficacia* si possono indicare l'esistenza attuale della cosa nei negozi diversi dalla donazione, la legittimazione al negozio, tranne che nei casi in cui la legge vi ricollega la validità del negozio medesimo (es., artt. 463 ss., 596 ss., 799, 774, 1966) <sup>(152)</sup>, il consenso del socio di società di persone alla cessione della partecipazione sociale <sup>(153)</sup>, o il gradimento del consiglio di amministrazione alla cessione di azioni (limitatamente all'efficacia nei confronti della società), l'autorizzazione giudiziale a contrarre, allorché la medesima sia richiesta quale requisito di

---

presupposto di rilevanza, la fattispecie è giuridicamente inesistente... se invece manca un presupposto di efficacia, la fattispecie è perfetta nei suoi elementi strutturali, ma non produce in tutto od in parte effetti giuridici ».

<sup>(150)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 163.

<sup>(151)</sup> Per la non deducibilità in condizione dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica, Cass. 28 settembre 1994 n. 7893, in *Vita not.*, 1995, p. 837 ss.

<sup>(152)</sup> Sul concetto di legittimazione, cfr. FALZEA, *Capacità*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 172 ss. (già in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 8 ss.); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 214 ss.; CAMPAGNA, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 25 ss.

<sup>(153)</sup> Sul punto cfr. Cass. 10 aprile 1979 n. 2055, in *Giust. civ.*, Rep. 1979, voce *Società di persone*, n. 28; Cass. 9 settembre 1997 n. 8784, in *Società*, 1998, p. 40, con nota di CUPIDO, *Negozio di cessione della quota di s.n.c. e consenso dei soci*.

efficacia e non di validità <sup>(154)</sup>. Dubbio è invece il caso dell'adozione della forma convenzionale pattuita (art. 1352 c.c.) <sup>(155)</sup>.

*Quid iuris* nell'ipotesi in cui il presupposto non sussista al momento della formazione del negozio? La soluzione deve essere necessariamente differenziata per i due tipi di circostanze. Rispetto ai *presupposti di validità*, non si può che ribadire l'orientamento assolutamente dominante che considera il giudizio di validità esaurito con il perfezionamento del negozio, escludendo radicalmente la configurabilità di un fenomeno quale la nullità sospesa o pendente <sup>(156)</sup>. Conseguentemente, ogni qualvolta la legge richiede che un determinato evento o situazione giuridica siano coevi o preesistenti al negozio, comminando l'invalidità per il caso di loro assenza, non è possibile sospendere il giudizio di validità in attesa di una loro, eventuale, sopraggiungibilità. Ciò significa che non può essere in alcun modo consentito all'autonomia privata di condizio-

---

<sup>(154)</sup> JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1984, p. 214 ss. La dottrina ha talvolta respinto la qualificazione di *condicio iuris* dell'autorizzazione giudiziale, in quanto in tal caso « dovrebbe pervenirsi alla conclusione della nullità della condizione perché meramente potestativa (essendo rimessa alla volontà del privato l'attivazione del relativo procedimento), e dall'altro — soprattutto — perché la legge prescrive che l'autorizzazione preceda l'atto e non lo segua » (VERDE, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 1989, p. 199). Non sembra, tuttavia, che l'obiezione della mera potestatività, riferita ad una condizione legale, colga nel segno, non potendosi in ogni caso ritenere nulla una condizione che la stessa legge prevede; è invece fondata l'obiezione che fa leva sul carattere necessariamente preventivo dell'autorizzazione. Ovviamente, in tutti i casi in cui l'autorizzazione sia richiesta non ai fini della validità, ma dell'efficacia dell'atto, essa può certamente essere qualificata come *condicio iuris*.

<sup>(155)</sup> Parte della dottrina ritiene che la conseguenza del mancato rispetto di una forma convenzionale non sia la nullità (come sembrerebbe desumersi dalla lettera dell'art. 1352 c.c.); ritengono, tra gli altri, trattarsi di inefficacia: GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 101 ss., e 193; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 459 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 306. Per l'invalidità, con varietà di formulazioni, GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 1001 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 154 ss.; FAVALE, *Forme « extralegali » e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, p. 285 ss. Per l'inesistenza, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 220; DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 792 ss. Cfr. di recente, per una rassegna delle varie tesi, MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 418 ss.

<sup>(156)</sup> Per la critica alla nozione di nullità sospesa o pendente, cfr. *supra*, nota 117 di questo capitolo.

nare sospensivamente il negozio al sopravvenire di tale evento o situazione: significherebbe *trasformare un requisito di validità in requisito di efficacia*, il che *non rientra nell'autonomia dispositiva dei privati*. Di questi principi ha fatto corretta applicazione la giurisprudenza, allorché, ad esempio, ha escluso che possa essere dedotta in condizione sospensiva l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica di cui all'art. 18 della legge n. 47/1985<sup>(157)</sup>. Non può, quindi, essere assolutamente condiviso l'orientamento giurisprudenziale che — a fronte di disposizioni normative che richiedono una determinata autorizzazione giudiziale a pena di annullabilità — ha giudicato valido il contratto sospensivamente condizionato al conseguimento della stessa autorizzazione<sup>(158)</sup>.

Il problema si è posto, in particolare, in ordine alla possibilità di *sottoporre il contratto preliminare di compravendita alla condizione sospensiva del rilascio dell'autorizzazione a vendere*: problema risolto dalla prevalente giurisprudenza in senso affermativo<sup>(159)</sup>, con una soluzione che la dottrina ha giustamente criticato,

---

<sup>(157)</sup> Cass. 28 settembre 1994 n. 7893, in *Vita not.*, 1995, p.837 ss., per la quale non è ammissibile « che le parti possano degradare a mera condizione (che è un elemento accidentale che incide sulla efficacia del contratto) un requisito espressamente previsto dalla legge per la validità di un determinato tipo di contratto ».

<sup>(158)</sup> Cass. 16 luglio 1963 n. 1936, in *Mass. Foro it.*, 1963, c. 562; Cass. 27 giugno 1958 n. 2292, in *Mass. Foro it.*, 1958, c. 463. Diversa è la fattispecie decisa da Cass. 28 luglio 1986 n. 4839, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Vendita*, n. 25, da Comm. Trib. Centr. 25 novembre 1983 n. 4116, in *Comm. trib. centr.*, 1983, I, p. 1071, e da Cass. 15 giugno 1982 n. 3631, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2309, ed in *Riv. not.*, 1982, p. 914: si trattava di contratti preliminari di compravendita sospensivamente condizionati al rilascio di autorizzazioni giudiziali, in cui però i promittenti venditori agivano non già in rappresentanza degli incapaci, ma in proprio ed in quanto comproprietari di una quota degli immobili oggetto di promessa; contratti di cui le sentenze in esame riconoscevano, esattamente, la validità.

<sup>(159)</sup> Secondo Cass. 10 dicembre 1971 n. 3597, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 926, sarebbe possibile dedurre in condizione, nel contratto preliminare di vendita, il rilascio dell'autorizzazione a vendere ex art. 747 c.p.c. Nello stesso senso, Cass. 15 giugno 1982 n. 3631, in *Riv. not.*, 1982, p. 914; Cass. 10 luglio 1991 n. 7638, in *Dir. fam.*, 1992, p. 531. Per la validità, in dottrina, sulla base della funzione pratica strumentale del preliminare, FERRI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 83; CERASI, *Le autorizzazioni al compimento degli atti di straordinaria amministrazione*, in *L'amministrazione dei beni degli incapaci*, a cura di P. Lorefice, Padova, 1996, p. 112.



sulla base, principalmente, delle obiezioni suesposte <sup>(160)</sup>, ma anche di considerazioni fondate sull'esigenza di salvaguardia del soggetto alla cui tutela l'autorizzazione è predisposta <sup>(161)</sup>, nonché del regime di ordine pubblico della stessa, che comporta la nullità dell'atto con cui il legale rappresentante assume l'obbligo, nei confronti di terzi, di richiedere l'autorizzazione medesima <sup>(162)</sup>.

---

<sup>(160)</sup> Cfr. D'URSO, *È valido un preliminare di vendita di beni ereditari del minore condizionato alla successiva autorizzazione ex art. 747 c.p.c.?*, il quale ritiene che — costituendo l'autorizzazione presupposto di validità, e non di efficacia, anche del contratto preliminare, essa deve necessariamente precedere l'atto autorizzato, e che un presupposto di validità, come l'autorizzazione in esame, non possa essere assunto dalle parti come elemento di efficacia, e quindi non possa atteggiarsi come condizione. L'Autore ritiene quindi illecita una condizione del genere, « sulla base di una interpretazione estensiva dell'a. 1354, 1° comma, c.c., in quanto tale condizione sembrerebbe contraria alla norma imperativa che impone che l'autorizzazione deve precedere il negozio ». Osserva quindi che, « se dovesse ammettersi la validità di un simile contratto verrebbe da chiedersi perché non si dovrebbe ammettere anche la validità di un preliminare di vendita concluso direttamente da un minore sotto la condizione sospensiva del raggiungimento della maggiore età ».

Per l'esclusione di questo tipo di condizione, in diritto francese, DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, cit., p. 7.

<sup>(161)</sup> Per l'annullabilità del contratto preliminare sospensivamente condizionato al rilascio dell'autorizzazione, cfr. anche SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, I - Procedimento e uffici in generale*, Milano, 1985, p. 672 ss., il quale osserva che il meccanismo condizionale non si concilia, in questo caso, con le esigenze di tutela degli incapaci: se si ritiene che il genitore sia obbligato a richiedere l'autorizzazione, il negozio sarebbe nullo per contrasto con norme imperative (vedi *infra*), mentre se tale obbligo non vi fosse, il negozio sarebbe ugualmente nullo, perché sottoposto ad una condizione sospensiva meramente potestativa rimessa all'arbitrio della parte alienante. Nello stesso senso, VERDE, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 1989, p. 209-210. A quanto sopra occorre aggiungere che il contratto preliminare privo di autorizzazione, pur annullabile, produrrebbe nel frattempo gli effetti preliminari, e quindi il sorgere in capo all'incapace degli obblighi *ex art.* 1358 c.c., con possibile responsabilità e conseguenze risarcitorie, ed evidente violazione delle esigenze di tutela dell'incapace medesimo. Occorre, infine, considerare l'eventualità — pur discutibile — dell'applicazione dell'art. 1359 c.c. (finzione di avveramento) in caso di mancata proposizione dell'istanza per ottenere l'autorizzazione.

<sup>(162)</sup> Per la nullità dell'obbligo, assunto dal genitore nel preliminare di vendita, di chiedere l'autorizzazione alla vendita di beni dei minori soggetti alla sua potestà, Cass. 17 febbraio 1968 n. 557, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2231 (« ogni impegno assunto dall'esercente la patria potestà verso terzi per il compimento in un determinato senso di atti di ordinaria o straordinaria amministrazione su beni

Ha fatto, invece, corretta applicazione degli esposti principi la giurisprudenza allorché — essendo richiesta l'autorizzazione giudiziale quale presupposto esclusivamente per la validità del contratto definitivo con effetti traslativi — ha statuito la validità del contratto preliminare la cui efficacia era condizionata al conseguimento della suddetta autorizzazione <sup>(163)</sup>: ciò perché, in questo caso, l'atto oggetto di valutazione era non il definitivo, ma il preliminare, e la condizione si riferiva quindi al presupposto di validità di un negozio diverso.

Altra è l'ipotesi — da ritenersi pienamente ammissibile — in cui le parti subordinano l'efficacia di un contratto all'invalidità di un contratto diverso, al fine di far scaturire dal secondo contratto gli effetti già programmati con il primo negozio invalido <sup>(164)</sup>.

---

del minore, quale l'obbligo di chiedere l'autorizzazione per la vendita dei beni stessi, importa un vincolo che contrasta con l'esigenza di ordine pubblico che l'attività di amministrazione del patrimonio del minore sia sorretta esclusivamente dalla considerazione degli interessi del minore stesso. Un obbligo di tale contenuto deve pertanto ritenersi nullo per illiceità della causa ed il suo inadempimento non può essere fonte di responsabilità»). Nello stesso senso, SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, II - *Istituti a protezione degli incapaci*, Milano, 1986, p. 242 (ed ivi, alla nota 195, indicazioni di dottrina conforme); VERDE, *La volontaria giurisdizione*, cit., p. 209-210.

<sup>(163)</sup> Cass. S.U. 12 febbraio 1985 n. 1167, in *Riv. not.*, 1985, p. 932 ss. (secondo la quale il rigore della nullità comminato per l'atto definitivo di disposizione non può essere esteso « al punto da ritenere sussistente tale nullità ove i contraenti, lungi dal sottrarsi alla osservanza delle condizioni di diritto, vi ottemperino espressamente, subordinando il loro accordo all'autorizzazione del tribunale e successivamente ottenendola, indispensabile essendo che l'autorizzazione intervenga prima della stipula del contratto definitivo »). Si trattava, nella specie, di un preliminare di alienazione di bene dotale, condizionato all'autorizzazione giudiziale alla stipula del definitivo, e la Corte — ribadendo un indirizzo trentennale della giurisprudenza di legittimità — ha ritenuto che la nullità sancita dall'art. 190 c.c. riguardava solo il contratto con effetti traslativi.

In senso contrario, Cass. 17 novembre 1976 n. 4277, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2793 ss., ed in *Riv. not.*, 1977, p. 109 ss., la quale, ravvisando la necessità di autorizzazione anche per il preliminare, aveva coerentemente ritenuto nullo quest'ultimo in quanto condizionato al rilascio dell'autorizzazione stessa.

<sup>(164)</sup> Cass. 1° marzo 1995 n. 2340, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 432, ed in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438, secondo la quale « Il patto che, nel caso di nullità di un contratto di cessione di beni immobili, per il venir meno della sua causa, ne prevede la conservazione degli effetti reali, previo pagamento del prezzo, dà luogo non ad una inammissibile convalida di un negozio nullo ma ad un distinto contratto sospensivamente condizionato alla invalidità del primo in modo

Diversa è la problematica dei *presupposti di efficacia* del negozio giuridico. Si tratta, in realtà, di *concause* <sup>(165)</sup> di efficacia, le quali devono essere normalmente presenti al momento della formazione del negozio, affinché la fattispecie si presenti nel suo stato fisiologico. Se, però, la concausa non è presente nel momento assegnatole, si verifica una discordanza tra la fattispecie concreta e quella astratta prevista dal legislatore, e si dà luogo quindi ad una situazione patologica dell'atto <sup>(166)</sup>, o ciclo formativo irregolare, che può peraltro trovare rimedio nella *sopraggiungibilità dell'elemento mancante* <sup>(167)</sup>. Così, ad esempio, il difetto di titolarità, nel venditore, del diritto oggetto dell'atto può essere sanato dal sopraggiungere di tale requisito successivamente (art. 1478, 2° comma, c.c.). Trattandosi, nella specie, di un presupposto richiesto inderogabilmente dalla legge per la produzione dell'efficacia e quindi indispensabile alla struttura dell'effetto, lo stesso è stato qualificato come coelemento necessario e fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico <sup>(168)</sup>.

Occorre ora chiedersi se sia possibile dedurre in condizione volontaria il sopraggiungere di un presupposto di efficacia mancante al momento della formazione dell'atto; parallelamente, occorre chiedersi se sia possibile, a fronte di un negozio sottoposto a *condicio iuris* sospensiva, prevedere nel negozio una condizione

---

che, venendo a mancare la causa di questo contratto, ne tenga fermo l'effetto traslativo riconducendolo al pagamento del prezzo ».

<sup>(165)</sup> Le concause di efficacia possono essere passate, presenti o future rispetto al momento di formazione del negozio: FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 21, p. 46 ss., p. 98 ss.

<sup>(166)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 46, che precisa che vi è una situazione patologica della fattispecie « sia dal punto di vista della struttura, perché la mancanza dell'elemento marginale rappresenta un vizio dell'atto; sia dal punto di vista della funzione, perché la inefficacia che ne deriva discende non dalla configurazione normativa dell'atto, ma da un difetto intrinseco, e non ha quindi gli stessi caratteri che essa presenta fino a quando non è giunto il momento assegnato alla realizzazione dell'elemento marginale previsto ». L'Autore parla, in questo caso, di *inutilità relativa*, che lascia adito alla possibilità di successiva efficacia della fattispecie.

<sup>(167)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 100. Il concetto di sopraggiungibilità dei requisiti di efficacia è di CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 642.

<sup>(168)</sup> FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 299 ss.; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 125 ss., 202 ss.

volontaria di identico contenuto, ovvero regolamentare la condizione legale sulla base alla disciplina codicistica propria della *condicio facti*. Certamente la clausola con cui le parti prevedono l'immediata produzione dell'efficacia, e quindi *la condizione risolutiva*, non può considerarsi ammissibile, poiché la legge non consente, in questi casi, che l'atto produca i suoi effetti in assenza della circostanza preliminare o della condizione legale mancante. Neanche è possibile che le parti configurino l'evento condizionante in maniera diversa rispetto a quella tassativamente prevista dalla legge <sup>(169)</sup>.

Non vi è invece alcun dubbio sulla *validità della clausola con cui le parti sottopongono un negozio legalmente condizionato ad una ulteriore condizione volontaria* <sup>(170)</sup>.

Non può, neanche, ritenersi invalida la condizione sospensiva volontaria che subordini l'efficacia del contratto allo *stesso evento* dedotto in *condicio iuris*; questa condizione, nella peggiore delle ipotesi, potrebbe rivelarsi inutile poiché la sospensione degli effetti deriva già dalla legge <sup>(171)</sup>. In concreto, sono invece ravvisabili una serie di casi in cui sussiste una concreta utilità in tale tipo di condizionamento. In primo luogo, può ipotizzarsi che un determinato evento, dedotto in condizione legale, sia ulteriormente de-

---

<sup>(169)</sup> CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e « condicio iuris »*, cit., c. 413; VIGORITA, *L'approvazione implicita e le condizioni improprie nel procedimento amministrativo*, cit., p. 764 (« la condizione legale, indipendentemente da ogni menzione che ne facciano le parti, è tassativamente disciplinata dalla legge, sì che nessun accordo dei soggetti interessati potrebbe su di essa incidere, mutando lo schema della fattispecie complessa »).

<sup>(170)</sup> CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 263: « le parti possono pattuire che l'efficacia del contratto, oltreché all'imprescindibile avverarsi della condizione legale e (o) del presupposto, sia subordinata all'avverarsi di altro fatto da esse stabilito ».

<sup>(171)</sup> Secondo RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 92, « è irrilevante la apposizione di una *condicio iuris* come condizione volontaria... la apposizione di un tale elemento come condizione volontaria è certo irrilevante da ogni aspetto ». Per GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 143, se la *condicio iuris* viene espressamente richiamata nel contratto, ciò « non vale a trasformarla in *condicio facti* ». Nello stesso senso, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 150. Cfr. anche, sul punto, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 94 ss. (che richiama il dibattito, sviluppatosi nella dottrina tedesca a partire da Savigny, degli effetti della ripetizione della *condicio iuris* ad opera dei contraenti).

dotto in condizione volontaria sotto un diverso profilo: si pensi ai casi in cui il presupposto o la condizione legale rilevano solo ai fini dell'opponibilità del negozio ai terzi, ovvero sospendono solo parzialmente gli effetti negoziali, e nei quali, certamente, la clausola condizionale ha una propria autonoma valenza in quanto sospende *in toto* l'efficacia<sup>(172)</sup>.

L'espressa previsione condizionale può poi contribuire alla chiarezza e trasparenza della vicenda effettuale, consentendo, altresì, le formalità pubblicitarie necessarie per la conoscenza da parte dei terzi dell'effettività delle cose: la *condicio iuris*, infatti, è opponibile ai terzi anche in caso di omessa menzione della stessa nella nota di trascrizione<sup>(173)</sup>, e ciò può creare una falsa apparenza

---

<sup>(172)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 111, nota 61.

<sup>(173)</sup> Si ritiene generalmente che la condizione legale sia opponibile ai terzi indipendentemente dalla sua menzione, *ex art. 2659 ult. comma c.c.*, nella nota di trascrizione: NASTI, *La pubblicità immobiliare degli elementi accidentali del negozio*, cit., p. 225, e p. 229 (« non nella pubblicità, quindi, ma nella conoscenza della legge troveranno protezione i terzi interessati »); TATARANO, *Retroattività*, cit., p. 89; GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, cit., p. 44 ss. (che evidenzia come, essendo le *condiciones iuris* veri e propri limiti all'autonomia privata, « sarebbe incongruo supporre che la salvaguardia dell'interesse da tali limiti presidiato possa dipendere dall'osservanza di un onere ad opera di soggetti che di quell'interesse non hanno il potere di disporre »).

Ovviamente, l'atto sottoposto a *condicio iuris* è immediatamente trascrivibile: NASTI, *op. ult. cit.*, p. 224-225; GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 45, il quale evidenzia che la diversa disposizione dell'art. 2 della legge 3 giugno 1935 n. 1095 (relativo ai beni posti in zone di confine, a norma del quale « I conservatori delle ipoteche non procederanno alla trascrizione degli atti previsti nel precedente art. 1 se non sia esibita la prova dell'intervenuta approvazione prefettizia. ») sia eccezionale, e proprio l'espressa previsione, ivi contenuta, dell'intrascrivibilità dell'atto prima dell'approvazione prefettizia dimostri, *a contrario*, che in tutti gli altri casi l'atto sottoposto a condizione legale è immediatamente trascrivibile.

È discusso, comunque, il ruolo dell'eventuale menzione della *condicio iuris* nella nota di trascrizione: per NASTI, *op. ult. cit.*, p. 225, si tratterebbe di pubblicità non dovuta, ma consentita; secondo GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 46, si tratterebbe di pubblicità dovuta, con effetto di mera notizia.

Anche per quanto concerne la pubblicità dell'avveramento o mancato avveramento della *condicio iuris*, si ritiene che la stessa non sia necessaria ai fini dell'opponibilità, poiché « i terzi interessati, messi sull'avviso dalla conoscenza *ex lege* della pendenza della *condicio iuris*, ben potranno, usando la normale diligenza, evitare ogni pregiudizio rendendosi certi del suo avvenuto o mancato avveramento »: NASTI, *op. ult. cit.*, p. 229.

di titolarità in capo all'acquirente sotto condizione sospensiva od all'alienante sotto condizione risolutiva.

Inoltre, date le dispute dottrinali sulla disciplina applicabile alle *condiciones iuris* ed ai coelementi necessari di efficacia, la spontanea sottoposizione del negozio ad una condizione volontaria comporta l'*applicabilità diretta* — in quanto non contrastino con la *ratio* e la disciplina inderogabile della singola condizione legale — *delle norme di legge sulla condizione volontaria*, eliminando le possibili incertezze sul punto. Non è trascurabile neanche l'esigenza di *regolamentazione pattizia della condizione*, sia per una miglior specificazione dell'evento condizionante, sia per la disciplina della fase di pendenza e degli effetti dell'avveramento o del mancato avveramento <sup>(174)</sup>.

Infine, l'espressa previsione di una condizione sospensiva comporta il vantaggio di usufruire del favorevole regime fiscale (rinvio della tassazione al momento del prodursi dell'efficacia) all'uopo previsto dalla legge; regime fiscale la cui applicazione alla *condicio iuris*, eventualmente non esplicitata nel contratto, potrebbe incontrare difficoltà.

Certamente le peculiarità delle situazioni in esame comporteranno necessari adattamenti della disciplina codicistica: la condizione legale sarà totalmente inscindibile dal resto del negozio, non sarà configurabile alcuna finzione di avveramento <sup>(175)</sup>, dovrà essere valutata volta per volta la possibile retroattività.

Sul punto è intervenuta anche la giurisprudenza, la quale,

---

Sull'applicabilità alla *condicio iuris* dell'art. 1357 c.c., cfr. anche *supra*, nota 291 del capitolo V.

<sup>(174)</sup> CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 263, ritiene, riferendosi peraltro anche ad alcuni coelementi necessari di efficacia, che si possa regolamentare un contratto sottoposto a *condicio iuris* in maniera tale che l'avveramento di quest'ultima si riveli inutile qualora non si realizzi secondo le modalità stabilite dalle parti: « ad es., che l'omologazione della transazione sulla falsità dei documenti venga concessa entro un determinato termine; che il nascituro cui è fatta la donazione sia di sesso maschile; che la cosa compravenduta come futura abbia determinati requisiti ».

<sup>(175)</sup> In tal senso, Trib. Napoli 10 maggio 1985, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 513, secondo il quale la clausola con la quale, nella pratica del commercio internazionale, gli effetti del contratto vengono subordinati al rilascio di licenza di importazione si riduce alla figura della *condicio iuris*, cui rimane inapplicabile la finzione di avveramento.

proprio con riferimento alle condizioni legali in senso proprio, sospensive quindi dell'efficacia del negozio, ha stabilito che, in assenza di specifici limiti legali volta per volta previsti, è possibile che le parti regolamentino pattizamente l'operatività della *condicio iuris* <sup>(176)</sup>: tale regolamentazione pattizia, peraltro, non può che avvenire con estrema cautela, tenuto conto della prevalenza del piano di interessi esterno di cui è espressione la condizione legale rispetto all'autonomia delle parti.

---

<sup>(176)</sup> Cass. 5 agosto 1977 n. 3559, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 434 ss. (si trattava, nella specie, dell'approvazione di un atto di un Comune da parte della Giunta Provinciale Amministrativa: l'autonomia privata era intervenuta prevedendo un termine, trascorso il quale senza che la *condicio iuris* si fosse avverata, il contratto avrebbe dovuto ritenersi inefficace). Si tratta di una sentenza particolarmente significativa, in quanto afferma che le *condiciones iuris* consistenti in un requisito previsto dalla legge per l'efficacia del negozio « sono perfettamente parificabili alle *condiciones facti* e suscettibili, quindi, ex art. 1322 c.c., nonostando limiti legali, di essere pattizamente regolamentate a norma dell'art. 1353 c.c. ». La Suprema Corte differenzia tali condizioni legali dai requisiti essenziali o presupposti logici del negozio, affermando che questi ultimi « non hanno alcuna affinità con la condizione vera e propria », pur utilizzando anche per essi il termine di *condiciones iuris*, mentre invece si tratta di fenomeni completamente estranei alla categoria della condizione legale.

Particolarmente interessante è anche Cass. 21 maggio 1997 n. 4514, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 2293, secondo la quale, « Premesso che per *condicio iuris* il legislatore si riferisce ad un elemento di efficacia del contratto che esula dall'autonomia negoziale, le parti possono tuttavia dedurre in condizione il termine entro il quale l'avveramento della *condicio iuris* può intervenire, ed altresì stabilire che tale termine sia posto nell'interesse esclusivo di una di esse o rinunciare, anche in modo tacito mediante comportamenti concludenti, a farlo valere ».

Cass. 4 marzo 1977 n. 883, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, ed in PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 431 ss., ha affermato (con riferimento peraltro al problema della rinunciabilità della condizione) la non disponibilità della *condicio iuris* da parte dei contraenti: si tratta di un'ovvia conseguenza dell'inscindibilità della condizione legale, che tuttavia in nulla incide sul profilo della sua regolamentazione pattizia (questa sentenza viene invece, spesso, citata dalla dottrina nel senso suindicato).

Cfr. sul punto MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 334, nota 216, e p. 333, ove distingue tra condizioni legali che costituiscono veri e propri limiti all'autonomia privata, che regolano coattivamente l'effetto negoziale e sono indisponibili ad opera delle parti, e condizioni legali che rappresentano una sorta di « proiezione legale » di altrettante condizioni volontarie, come tali pattizamente disponibili. Sorge peraltro il dubbio che la seconda categoria di condizioni legali, cui si riferisce l'Autore, siano in realtà condizioni volontarie « tipizzate » dalla legge, e quindi come tali disponibili.

In altri termini, si tratta di essere chiari su un punto: non rientra nell'autonomia privata far sì che il negozio possa produrre i suoi effetti a prescindere dal realizzarsi del presupposto di efficacia, o dell'evento condizionante legale, e così sarà precluso all'autonomia privata revocare la condizione legale, applicare la finzione di avveramento, prevedere contrattualmente una scindibilità della *condicio iuris* medesima. L'autonomia privata potrà invece regolare pattiziamente gli effetti dell'avveramento della condizione legale (disciplinando, ad esempio, il profilo della retroattività con riferimento ai diversi aspetti effettuali), prevedere che l'avveramento debba avvenire entro un dato termine a pena di inefficacia, o che l'evento debba rivestire ulteriori caratteristiche oltre a quelle previste dalla legge (in una parola, prevedere ulteriori ipotesi di inefficacia). Sarà altresì possibile alle parti del negozio disciplinare pattiziamente la fase di pendenza negoziale, in conformità a quanto disposto dal codice civile per la condizione volontaria. Il tutto a condizione che la regolamentazione negoziale non contrasti con la *ratio* e la configurazione della *condicio iuris*, né pregiudichi gli interessi esterni cui la medesima è volta a dar tutela.

Deve quindi ritenersi pienamente lecito dedurre in condizione volontaria l'acquisto della proprietà del bene alienato da parte del venditore, il rilascio di autorizzazioni richieste per l'efficacia dell'atto, il consenso dei soci alla cessione di una partecipazione in società di persone, ed altre analoghe vicende, generalmente inquadrate nella categoria della *condicio iuris*. Anche in altre situazioni, caratterizzate dall'assenza attuale o da limitazioni al potere di disposizione, è possibile stipulare un negozio sospensivamente condizionato al venir meno del vincolo o della limitazione: così, il fallito spossessato ai sensi dell'art. 44 l. fall. può alienare un bene di sua proprietà sotto la condizione sospensiva della permanenza nel suo patrimonio del bene medesimo dopo la chiusura del fallimento<sup>(177)</sup>. Altrettanto può fare il proprietario di un bene pigno-

---

(177) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 111, nota 61, ritiene perfettamente lecito, ad esempio, un negozio di alienazione, concluso dal fallito prima della chiusura del fallimento, e subordinato, dagli stessi contraenti, alla condizione che il concordato sia omologato: « Tale omologazione, che costituisce una *condicio iuris* per la efficacia del concordato, posta invece in rapporto al negozio stipulato dal fallito rappresenta una condizione volontaria: il negozio infatti, qualora fosse stipulato quale atto destinato a spiegare una efficacia



rato: l'atto di alienazione, normalmente inopponibile al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti all'esecuzione ai sensi degli artt. 2913 e 2914 c.c., ma efficace per i residui aspetti, può essere sottoposto alla condizione sospensiva della mancata espropriazione e quindi della cancellazione del pignoramento.

Un caso diverso è quello del negozio i cui effetti sono subordinati alla ricorrenza di un dato presupposto di validità o di efficacia se compiuto entro un dato momento, e relativamente al quale le parti pattuiscono un differimento dell'efficacia ad un momento successivo al termine stesso: si pensi ad un eventuale

---

immediata, non produrrebbe certamente gli effetti previsti, e, pur non potendosi definire nullo, sarebbe gravato da un vizio che lo pone in uno stato di patologia funzionale..., mentre come negozio condizionale esso si trova in uno stato di inefficacia non patologica ». Per l'ammissibilità della fattispecie, cfr. anche Cass. 16 novembre 1973 n. 3058, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1420.

In realtà, il fallimento non determina né un'incapacità del fallito, né l'espropriazione del potere di disposizione, bensì solamente l'inopponibilità alla massa dei creditori degli atti posti in essere dal fallito stesso (art. 44 l. fall.): in tal senso, PROVINCIALI-RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1988, p. 219 ss., 228 ss.; BONSIGNORI, *Fallimento*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 400 ss.; Cass. 18 gennaio 1982 n. 324, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2263. Per ANDRIOLI, *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 380 ss., la posizione del fallito si differenzia comunque da quella del debitore pignorato, in quanto, all'inopponibilità degli atti ai creditori si aggiunge l'incapacità di stare in giudizio, l'inutilizzabilità dei beni ai fini della garanzia patrimoniale, l'automatica perdita del possesso. In realtà, nessuno di questi ostacoli impedisce di porre in essere un negozio sospensivamente condizionato alla cessazione degli effetti del fallimento; con l'avvertenza che saranno inopponibili alla massa dei creditori anche gli effetti preliminari dell'eventuale contratto condizionato, come in genere qualsiasi tipo di effetto scaturente dagli atti posti in essere dal fallito.

Sulla problematica relativa alla capacità di stare in giudizio, ed ai rapporti tra valenza pubblicistica della procedura fallimentare e attività del fallito rivolta al periodo in cui sarà tornato *in bonis*, Cass. 21 ottobre 1983 n. 6186, in *Fallimento*, 1984, p. 462; Cass. 12 novembre 1993 n. 11191, in *Fallimento*, 1994, p. 372; Cass. 23 luglio 1994 n. 6873, in *Fallimento*, 1995, p. 265; Cass. 21 aprile 1997 n. 3400, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fallimento*, n. 370; Cass. 18 febbraio 1999 n. 1359, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fallimento*, n. 74; LUMIA, *Sulla tutela giurisdizionale del fallito (artt. 100 legge fallimentare e 24 Costituzione)*, in *Fallimento*, 1982, p. 1221 ss. In generale, poiché lo spossessamento del fallito è funzionalizzato alle esigenze della procedura fallimentare ed ha come obiettivo finale il soddisfacimento dei creditori, deve ritenersi che questo risultato non sia in alcun modo pregiudicato da un atto che — facendo salvo l'esito della procedura — regolamenti esclusivamente la fase successiva alla chiusura del fallimento.

acquisto di un bene a favore di un minore, sospensivamente condizionato al raggiungimento della maggiore età. Si pensi, altresì, ai c.d. acquisti pericolosi *ex art. 2343-bis c.c.*, per i quali la norma da ultimo richiamata richiede l'autorizzazione assembleare e la perizia di stima <sup>(178)</sup>. In entrambi i casi l'autorizzazione è richiesta affinché il regolamento di interessi non pregiudichi gli interessi di un dato soggetto (minore, società di capitali, terzi creditori). Il condizionamento ed in genere il differimento dell'efficacia deve ritenersi finalizzato — nei casi citati — ad eludere una normativa di ordine pubblico che prevede un controllo di tipo autorizzatorio, preventivo rispetto al momento in cui si programma l'assetto di interessi, ed a prescindere dal momento in cui detto assetto debba trovare attuazione: in altri termini, le parti condizionano sospensivamente il contratto non già all'intervento dell'autorizzazione, bensì in funzione del decorso di un termine che, nelle loro intenzioni, dovrebbe evitare l'autorizzazione stessa. Deve ritenersi quindi che una condizione siffatta sia illecita, *ex art. 1354 c.c.*

59. *La cessione dei beni ai creditori condizionata all'inadempimento.*

Il contratto di cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 ss. c.c.) ha costituito, in tempi passati e recenti, oggetto di una notevole produzione dottrinale che ha approfondito, tra l'altro, il problema dell'esatta individuazione della causa, o funzione negoziale. L'orientamento prevalente sembra essere attualmente nel senso di attribuire al contratto in esame funzione solutoria <sup>(179)</sup>, e quindi lo scopo di evitare l'esecuzione forzata <sup>(180)</sup>, anche se non mancano diverse prospettazioni, tendenti a valorizzare, volta per volta, la

---

<sup>(178)</sup> Sulla problematica relativa alle conseguenze della mancata osservanza del procedimento disciplinato dall'art. 2343-bis c.c. (invalidità o inefficacia), FRÉ-SBISA, *Della società per azioni*, I, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 197 ss. (ed ivi riferimenti).

<sup>(179)</sup> VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIII, Torino, 1985, p. 400; BIANCA, *Diritto civile*, IV - *L'obbligazione*, Milano, 1998, p. 550; Cass. 13 giugno 1962 n. 1469, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1682 ss.; Cass. 25 giugno 1981 n. 4135, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Cessione dei beni ai creditori*, n. 1.

<sup>(180)</sup> IUDICA, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 279; SALVI, *Della cessione dei beni ai creditori*, in

funzione di autotutela <sup>(181)</sup>, la realizzazione dell'interesse del creditore all'adempimento <sup>(182)</sup>, la funzione cautelare e di garanzia <sup>(183)</sup>.

La dottrina prevalente ritiene che presupposto oggettivo del contratto in esame sia unicamente la preesistenza di uno o più rapporti obbligatori, rimanendo esclusa la necessità dell'insolvenza o illiquidità del debitore, requisiti, questi ultimi, non richiesti dalle norme in esame; rimane peraltro, in dottrina, il dubbio circa la necessità dell'inadempimento quale presupposto della nostra fattispecie <sup>(184)</sup>.

La particolare efficacia del contratto in esame, in particolare il vincolo di indisponibilità a carico del debitore e l'opponibilità ai creditori posteriori alla cessione (art. 1980 c.c.) <sup>(185)</sup>, rafforzati dalla espressa previsione di trascrivibilità del contratto stesso (art. 2649 c.c.), lo rendono in effetti uno strumento particolarmente adatto

*Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 262; GHIDINI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1956, p. 12.

<sup>(181)</sup> BETTI, *Natura giuridica della cessione volontaria dei beni ai creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 304 ss.

<sup>(182)</sup> CASTANA, *La cessione dei beni ai creditori e le diverse fattispecie*, Milano, 1957, p. 181 ss.; ID., *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 2 ss. Per l'inquadramento tra le liquidazioni volontarie, quali « modi di realizzazione del diritto del creditore, cfr. PUGLIATTI, *La « cessio bonorum » e la realizzazione dei diritti di credito*, in *Diritto civile — metodo, teoria, pratica*, cit., p. 594.

<sup>(183)</sup> MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 839; BERTINI, *I negozi fiduciari di preparazione all'adempimento*, Milano, 1940; MAZZONE, *Natura giuridica della cessione dei beni*, in *Dir. e prat. comm.*, 1936, II, p. 3 ss.

Secondo VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 401, che pure individua nella funzione solutoria la causa del negozio di cessione, « nel contratto in esame può altresì ravvisarsi come corollario alla funzione principale, anche una funzione di garanzia ».

<sup>(184)</sup> Ritengono che non sia necessario un inadempimento per poter stipulare la *cessio bonorum*, MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 839; CASTANA, *Cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 6 ss.; IUDICA, *Cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 281. Ritiene, invece, necessario almeno un ritardo nell'adempimento, SALVI, *Della cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 258.

<sup>(185)</sup> Sugli effetti della cessione dei beni ai creditori, ed in particolare sul vincolo di indisponibilità e l'opponibilità ai creditori posteriori, cfr. MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 841 ss.; VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 413 ss.; CASTANA, *Cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 9 ss.; IUDICA, *Cessione dei beni ai creditori*, cit., p. 282 ss.

alla tutela dei creditori, molto più efficiente rispetto ad altri strumenti, come ad esempio il mandato ad alienare, rispetto al quale il tentativo di utilizzazione alla stregua di strumento di garanzia deve scontare grossi problemi sia di ordine teorico che pratico, quali la questione della sua stessa ammissibilità, il problema dei suoi effetti e della sua trascrivibilità, i rapporti con il divieto del patto commissorio <sup>(186)</sup>.

In quest'ottica, appare particolarmente utile l'utilizzo del contratto di cessione dei beni ai creditori, da stipularsi all'atto della nascita del rapporto obbligatorio. Ove si accolga la tesi che ritiene necessaria la sussistenza di un inadempimento, o quanto meno di un debito scaduto per la legittimazione del contratto in oggetto, il problema può superarsi sottoponendo il negozio stesso alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore o del decorso di un certo termine dalla scadenza del debito.

Ove, tuttavia, si accolga la tesi della funzione solutoria, o comunque una tesi diversa da quella che individua nel profilo cautelare la causa del contratto, la condizione assume un ruolo particolarmente pregnante, non regolando semplicemente l'efficacia del contratto, ma rendendone possibile la conclusione in un momento anteriore rispetto a quello in cui questo avrebbe potuto perfezionarsi in assenza della condizione medesima. Non solo. La stipula del contratto prima dell'inadempimento finisce per attribuire al contratto quella funzione di garanzia che l'orientamento prevalente ad esso nega, ponendosi in tal caso la condizione — al

---

<sup>(186)</sup> Sulle problematiche indicate nel testo con riferimento al mandato ad alienare, cfr. di recente LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1058 ss.; CENNI, *Mandato ad alienare a scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, p. 61 ss.; TASSINARI, *Il mandato ad alienare. Prospettive alla luce della legge 3 agosto 1998 n. 302 (norme in tema di espropriazione forzata e di atti affidabili ai notai)*, in *Mutui ipotecari - riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, p. 473 ss.; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983; Cass. 7 dicembre 1994 n. 10522, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2165. Secondo quest'ultima sentenza, « Nel mandato ad alienare (e nella commissione, quando abbia ad oggetto questo tipo di mandato) è ravvisabile un contratto nel quale l'effetto traslativo reale del bene, derivante dal consenso manifestato dalle parti (art. 1376 c.c.), non si verifica immediatamente, ma è *sospensivamente condizionato* al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario o commissionario ». Si tratta, secondo questa impostazione, di un'ulteriore fattispecie — oltre a quelle evidenziate nel testo — in cui la condizione sospensiva entra nel meccanismo causale dell'atto. Cfr. anche *infra*, paragrafo 60.

pari di altri elementi strutturali della fattispecie negoziale — quale elemento essenziale ai fini della qualificazione causale.

La questione circa l'ammissibilità o meno di questo tipo di condizione può essere risolta tenendo conto di due ordini di fattori. In primo luogo, ove venga ritenuto requisito necessario per la conclusione della *cessio bonorum* l'inadempimento, si pone il più generale problema se la conclusione di un negozio condizionato — in assenza di presupposti necessari per la validità e la qualificazione della fattispecie — sia idonea a garantire tale validità o qualificazione, ove il venire ad esistenza del presupposto venga assunto quale evento condizionante. Un addentellato si rinviene nel principio (esposto nei paragrafi 56 e 58), secondo il quale l'iniziale impossibilità di realizzazione dell'interesse programmato con il negozio non incide sulla validità dello stesso, tutte le volte in cui la possibilità sopravvenga prima del momento in cui il negozio stesso è destinato a produrre i propri effetti, per cui il venire ad esistenza del presupposto può essere dedotto in condizione quale evento condizionante.

Applicando queste conclusioni alla fattispecie in esame, è evidente che — ove si ritenga necessario l'inadempimento di una preesistente obbligazione per la validità della cessione dei beni ai creditori — tale inadempimento possa essere dedotto in condizione.

Si prospetta però il problema della applicabilità della disciplina di cui agli artt. 1977 ss. a questa particolare ipotesi, in cui l'apposizione della condizione, almeno secondo l'opinione prevalente, determina un mutamento della causa del contratto, attribuendo sostanzialmente al medesimo una funzione di garanzia. La conclusione sembra dover essere affermativa, sia sotto il profilo della meritevolezza dell'interesse dei creditori, sia alla luce degli interessi dei terzi, che nelle norme di conflitto dettate a proposito della cessione dei beni (art. 2649 c.c.) trovano adeguata tutela, sia infine avuto riguardo agli interessi dei creditori rimasti estranei alla cessione: la *par condicio creditorum*, infatti, è un principio la cui assolutezza è stata autorevolmente contestata<sup>(187)</sup>, rilevandosi che,

---

<sup>(187)</sup> Sul principio della *par condicio creditorum*, cfr., tra i contributi più recenti, ROPPO, « Par condicio creditorum ». *Sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 305 ss.; JAEGER,

comunque, tale principio esiste nell'ambito dei limiti posti dall'ordinamento giuridico. Nel nostro caso, la limitazione posta ai creditori posteriori alla cessione (arg. ex art. 1980, 2° comma, c.c.) non ha alcun carattere eccezionale o particolarmente punitivo rispetto alle norme di carattere generale dettate dal codice, da cui emerge che la tutela dei creditori è sempre subordinata all'inesistenza di titoli aventi data certa o adeguatamente pubblicizzati, anteriori, volta per volta, al sorgere del credito o all'esperimento dell'azione cautelare o esecutiva. Non si rinviene, quindi, alcuna ragione per interpretare restrittivamente la disciplina della *cessio bonorum*, che serve, è vero, da strumento liquidatorio e solutorio, ma può essere adattata, anche mediante congegni di tipo condizionale, a perseguire funzioni compatibili con i limiti di elasticità suoi propri.

#### 60. *Il negozio fiduciario.*

Il negozio fiduciario, secondo una risalente definizione, « si sostanzia in un accordo tra due soggetti, il fiduciante ed il fiduciario, con cui il primo dichiara al secondo, che accetta, di volergli trasferire o di volere costituire in testa allo stesso, una situazione giuridica soggettiva, reale o personale, per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore, e con il quale (accordo), il fiduciario dichiara di voler assumere ed assume l'obbligo di utilizzare nei tempi e modi convenuti la situazione effettuale, prevista in funzione strumentale, e di porre in essere un proprio comportamento coerente e congruo »<sup>(188)</sup>.

La figura del negozio fiduciario è stata analizzata, dalla dottrina, nelle due fondamentali esplicazioni rappresentate dalla fidu-

---

« Par condicio creditorum », in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88 ss.; RESCIGNO M., *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 359 ss.; D'ANGELO, *Appunti sulla par condicio creditorum*, in *Dir. fall.*, 1991, I, p. 726 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale - disposizioni generali*, cit., p. 87 ss.; SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 919 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino, 1997, p. 529 ss.

Rileva IUDICA, *La cessione dei beni ai creditori*, cit., che la concorsualità realizzata dalla cessione dei beni riguarda unicamente i creditori cessionari.

<sup>(188)</sup> TRIMARCHI V.M., *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 34.

cia c.d. romanistica (nella quale il *pactum fiduciae* ha rilevanza esclusivamente obbligatoria, nei rapporti tra fiduciante e fiduciario), e dalla fiducia di tipo germanistico, in cui lo scopo fiduciario permea di sé la situazione giuridica soggettiva attribuita al fiduciario, connotandola con limiti intrinseci, funzionali al perseguimento dello scopo medesimo, e opponibili anche ai terzi. Mentre la prima figura ha trovato senz'altro cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, e favorevole accoglienza da parte della giurisprudenza, sia pure come figura ibrida risultante da un collegamento negoziale tra negozio traslativo tipico e *pactum fiduciae* collaterale con effetti obbligatori<sup>(189)</sup>, la fiducia di tipo germanistico si è incagliata nelle

---

(189) Si è rilevato che i dubbi circa l'idoneità della *causa fiduciae* a giustificare il trasferimento del diritto in capo al fiduciario sono superati da un costante orientamento giurisprudenziale, che ne riconosce l'ammissibilità: BIANCA, *Diritto civile, VI - La proprietà*, Milano, 1999, p. 674; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 609-610.

Si vedano, tra le più significative e recenti pronunce giurisprudenziali sul tema del negozio fiduciario, nel senso della meritevolezza dell'interesse e dell'efficacia obbligatoria del *pactum fiduciae*, Cass. 19 luglio 1982 n. 4239, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2837; Cass. 7 agosto 1982 n. 4438, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 67; Cass. 7 agosto 1982 n. 4438, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 66; Cass. 29 novembre 1985 n. 5958, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 191; Cass. 22 gennaio 1985 n. 242, in *Riv. not.*, 1985, p. 1352; Cass. 30 gennaio 1985 n. 560, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 268; Cass. 23 dicembre 1987 n. 9634, in *Corriere giur.*, 1988, p. 254, con nota di MARICONDA; Cass. 18 ottobre 1988 n. 5663, in *Corriere giur.*, 1988, p. 1268, con nota di CATALANO, ed in *Foro it.*, 1989, I, c. 101; Cass. 18 ottobre 1991 n. 11025, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratto in genere*, nn. 162-163; Cass. 1° dicembre 1992 n. 12830, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 329; Trib. Napoli 16 gennaio 1993, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 197; Cass. 29 maggio 1993 n. 6024, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2495, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 5, con nota di GIULIANI, ed in *Corriere giur.*, 1993, p. 855, con nota di CARBONE; Trib. Piacenza 10 agosto 1993, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 537; Cass. 28 settembre 1994 n. 7899, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1527, con nota di ZUCCO, in *Società*, 1995, p. 342, con nota di RORDORF, in *Notariato*, 1995, p. 118, con nota di STELLA RICHTER; Cass. 30 gennaio 1995 n. 1086, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 305; Cass. 14 ottobre 1995 n. 10768, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Società*, n. 791; App. Milano 28 marzo 1997, in *Corriere giur.*, 1997, p. 1189, con nota di MARICONDA.

Non mancano pronunce relative all'ammissibilità della fiducia di tipo germanistico, in relazione all'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali: Cass. 14 ottobre 1997 n. 10031, in *Notariato*, 1998, p. 307, con nota di GRONDONA, *Intestazione fiduciaria e deposito*, ed in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 299, con nota di DI MAIO, *L'attività propria di società fiduciaria, la qualificazione del rapporto e la separa-*

secche dell'annoso dibattito relativo al rapporto tra proprietà fiduciaria e principio del *numerus clausus* dei diritti reali, nonché al problema — ad esso collegato — della idoneità della *causa fiduciae* a giustificare il trasferimento della proprietà al fiduciario <sup>(190)</sup>.

Ad una attenta analisi, tuttavia, non sfugge che — anche nell'ambito del diritto positivo italiano — è possibile realizzare fattispecie fiduciarie di tipo c.d. germanico mediante le potenzialità offerte dal congegno condizionale. Ed infatti la dottrina, già da tempo, ha segnalato la possibilità di realizzare la *causa fiduciae* mediante l'apposizione al negozio (fiduciario) di una *condizione risolutiva*, che determini il venir meno dell'effetto traslativo a seguito dell'inadempimento del fiduciario al *pactum fiduciae* <sup>(191)</sup>. I problemi cui può dar luogo tale condizionamento sono stati analizzati dalla dottrina, che è giunta a conclusioni non sempre condivisibili.

Non può essere accolta, in particolare, l'affermazione che il condizionamento di tipo risolutivo del negozio fiduciario trovi

---

*zione dei beni amministrati: una interessante puntualizzazione sull'applicazione dell'art. 103 l. fall.*; Cass. 27 marzo 1997 n. 2756, in *Riv. not.*, 1997, p. 1265. Cfr. anche, sul punto, JAEGER, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 181.

<sup>(190)</sup> Per il dibattito sul negozio fiduciario, in particolare sulla proprietà fiduciaria e sulla *causa fiduciae*, cfr., in particolare, GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 354 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 244 ss.; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile - metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 201 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 323 ss.; CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 98 ss.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, cit., p. 559 ss.; TRIMARCHI V.M., *Negozio fiduciario*, cit., p. 32 ss.; CARNEVALI, *Negozio giuridico (negozio fiduciario)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 672 ss.; Id., *Diritto civile, VI - La proprietà*, cit., p. 200 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 421 ss.; AA.VV., *Fiducia, trust, mandato, agency*, Milano, 1991; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 667 ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 609 ss.

<sup>(191)</sup> Sulla condizione risolutiva come congegno attuativo della c.d. fiducia germanistica, cfr. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 9 ss.; Id., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 245, nota 2, e p. 246, nota 5; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario*, cit., p. 354 ss.; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 423 ss.; TRIMARCHI V.M., *Negozio fiduciario*, cit., p. 34, nota 19; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 668; GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, p. 4-5, e p. 10.



ostacoli « insormontabili nel nostro ordinamento positivo », in quanto « presupporrebbe l'ammissibilità di una proprietà risolubile o temporanea », ritenuta invece non configurabile <sup>(192)</sup>. L'autorevolezza dell'Autore testé citato — in una con il dogma dell'estrinsecità della condizione — ha, probabilmente, condizionato il dibattito successivamente svoltosi in relazione alla figura in esame: non può, peraltro, fondatamente contestarsi che l'obiezione riportata impedirebbe l'apposizione della condizione risolutiva a qualunque negozio traslativo di qualsivoglia natura, poiché — a prescindere dagli interessi tutelati dalla condizione medesima — è evidente che la stessa dà luogo ad un fenomeno di proprietà risolubile <sup>(193)</sup>. Non risulta, viceversa, contestabile l'assoluta libertà dei privati di apporre condizioni, sospensive e risolutive, ai negozi traslativi di diritti reali: si è esattamente affermato, proprio a proposito del negozio fiduciario, che « non vi è limite alla possibilità di regolare l'effetto reale mediante il gioco delle condizioni » <sup>(194)</sup>.

L'obiezione — che non risulta peraltro espressamente proposta con riferimento al negozio fiduciario — dell'indeducibilità in condizione risolutiva dell'inadempimento dell'obbligazione del fiduciario, risulta anch'essa inconsistente, alla luce della conclusione — sopra raggiunta — della piena ammissibilità della condizione risolutiva di inadempimento (cfr. *supra*, paragrafo 53).

Si ha quindi, nella fattispecie in esame, una ulteriore dimostrazione dell'utilizzabilità del congegno condizionale a tutela del medesimo interesse fondamentale programmato dalle parti del negozio, identificantesi con la causa del negozio medesimo: se è vero, infatti, che obiettivo fondamentale del fiduciante è quello di far sì che il fiduciario adempia all'incarico ricevuto, senza poter, d'altra parte, abusare del diritto strumentalmente trasferitogli, è chiaro che solo tramite il congegno condizionale — che opera con efficacia

---

<sup>(192)</sup> PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 249.

<sup>(193)</sup> La teorizzazione della proprietà risolubile è merito soprattutto di PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, cit., il quale ha fondato la propria costruzione soprattutto sulla contestazione del c.d. dogma della retroattività della condizione. A prescindere dall'adesione ai risultati raggiunti dall'Autore, non è revocabile in dubbio la configurabilità di una proprietà risolubile retroattivamente, né — nelle ipotesi di inapplicabilità della retroattività per volontà delle parti o per la natura del rapporto, ex art. 1360 c.c. — di una proprietà risolubile con effetto *ex nunc*, che sono oggi comunemente ammesse.

<sup>(194)</sup> GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 613.

reale ed opponibile, *ex art. 1357 c.c.*, ai terzi — è possibile conseguire pienamente il risultato cui il negozio fiduciario medesimo è diretto.

Strettamente connessa con la problematica dei trasferimenti fiduciari è quella relativa al *mandato ad alienare*, nel quale pure la condizione costituisce strumento pressoché insostituibile per la realizzazione dell'intento tipico dei contraenti. Si pone, infatti, il problema di realizzare un trasferimento puramente strumentale dal mandante al mandatario al fine di eseguire l'incarico, che, da un lato, limiti la possibilità di abuso del mandatario stesso, e, dall'altro, consenta al mandante di revocare il mandato. Di recente, in giurisprudenza, il mandato ad alienare è stato configurato come contratto con effetti traslativi a favore del mandatario, sospensivamente condizionati al compimento dell'operazione gestoria, e quindi all'alienazione al terzo <sup>(195)</sup>. È noto che la questione dell'efficacia traslativa del mandato ad alienare è estremamente discussa <sup>(196)</sup>: è stata tuttavia ammessa, a prescindere da tale affermazione, la possibilità di un'efficacia traslativa realizzata a mezzo di una fattispecie complessa, composta dal mandato ad alienare e da un autonomo negozio *solvendi causa*, quest'ultimo sottoposto alla

---

<sup>(195)</sup> Secondo Cass. 7 dicembre 1994 n. 10522, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2165, con nota di BATTAGLIA, *Rilievi critici in tema di mandato e regime di circolazione dei beni giuridici*, « Nel mandato ad alienare (e nella commissione, quando abbia ad oggetto questo tipo di mandato) è ravvisabile un contratto nel quale l'effetto traslativo reale del bene, derivante dal consenso manifestato dalle parti (art. 1376 c.c.), non si verifica immediatamente, ma è sospensivamente condizionato al compimento dell'alienazione gestoria del bene medesimo da parte del mandatario o commissionario ».

<sup>(196)</sup> Per l'efficacia traslativa del mandato ad alienare, CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 69 ss.; SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1985, p. 249 ss. In senso contrario, la dottrina prevalente: cfr., tra gli altri, PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo, teoria pratica - saggi*, Milano, 1951, p. 298 ss.; CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 120 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984, p. 241 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 385 ss.

Per l'inammissibilità del mandato ad alienare beni immobili e mobili registrati, per ragioni pratiche collegate all'istituto della trascrizione, MENGONI, *Gli acquisti « a non domino »*, Milano, 1975, p. 6, nota 14.

*condizione sospensiva* dell'alienazione gestoria (197). Le critiche avanzate contro questa ricostruzione non sono convincenti: non lo è, in particolare, quella che ritiene ingiustificato — e frutto di un mero artificio logico — il rinvio dell'effetto traslativo al momento dell'esecuzione del mandato (198), ove si consideri che è proprio la strumentalità del trasferimento rispetto all'esecuzione del mandato a rendere opportuno, e forse necessario, tale differimento (199). Non convince, neanche, l'affermazione della atecnicità dell'utilizzo del congegno condizionale, « derivando in tali ipotesi la pendenza dell'effetto negoziale dallo schema causale del concreto negozio, non già dall'apposizione di una modalità accidentale al contenuto del regolamento pattizio » (200): si tratta di un tipico procedimento di *Inversionsmethode*, già più volte riscontrato, che, invece di dimostrare il requisito dell'accidentalità della condizione partendo dal dato positivo, pretende di partire da tale dato concettuale per ricavarne conseguenze di disciplina.

In sostanza, l'utilizzo della condizione sospensiva consente di limitare, *pendente condicione*, il potere di disposizione del mandante ai sensi dell'art. 1357 c.c., realizzando, nel contempo, l'interesse del medesimo ad evitare abusi del mandatario, posto che « il trasferimento compiuto in violazione dei patti non rende operante la condizione e non realizza quindi l'acquisto del mandatario » (201). Ove poi sull'esigenza di limitare il potere di disposizione del mandante prevalga l'esigenza di segretezza del manda-

---

(197) Per la tesi riportata nel testo, cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Mandato, rappresentanza indiretta: limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 479; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., p. 89 ss., 120; CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 128 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 247 ss.; SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, cit., p. 248; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 387.

(198) PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 300.

(199) CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., p. 90 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 249, nota 160.

(200) LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 195-196, nota 23, il quale ritiene « più accettabile » l'impiego del concetto di *condicio iuris*, senza tener conto che quest'ultima è prevista direttamente dalla legge per la realizzazione di interessi diversi da quelli dei contraenti, mentre nell'ipotesi in esame la condizione, che rientra nell'autonomia dei contraenti apporre o meno, è posta a tutela dell'interesse del mandante.

(201) CAMPAGNA, *Il problema della interposizione di persona*, cit., p. 130-131.

to <sup>(202)</sup>, sarà possibile non menzionare la clausola condizionale nella nota di trascrizione <sup>(203)</sup>.

È evidente che, nella fattispecie delineata, la condizione sospensiva gioca un ruolo fondamentale, in quanto, senza di essa, sarebbe difficilmente ipotizzabile una strumentalità del trasferimento di proprietà « a servizio » dell'incarico ricevuto con il mandato ad alienare, con probabile violazione, secondo taluno, del divieto del patto commissorio <sup>(204)</sup>. L'ammissibilità di un siffatto tipo di condizione — che incide profondamente sulla causa negoziale e sulla realizzazione della medesima — costituisce una significativa conferma dell'inconsistenza del preteso requisito di estrinsecità assiologica della condizione.

61. *La donazione con condizione si praemoriar in rapporto alla donatio mortis causa ed al divieto dei patti successori. Altri negozi o clausole negoziali subordinati alla morte di una delle parti.*

La donazione sospensivamente condizionata alla premorienza del donante al donatario è generalmente considerata valida dalla dottrina, che ravvisa il fondamentale tratto distintivo della figura in esame rispetto alla donazione *mortis causa* nella sua irrevocabilità e vincolatività attuale, e rispetto al patto successorio istitutivo *ex art. 458 c.c.* nel diverso ruolo che assume la morte nelle due situazioni: nella donazione condizionata la morte costituirebbe un elemento accidentale, semplice momento di decorrenza degli effetti, mentre nel patto successorio assurgerebbe alla caratteristica di causa del negozio. Sotto altro profilo, si è enfatizzata la retroattività della condizione, nonché il prodursi degli effetti preliminari, con il sorgere dell'aspettativa ed i poteri conseguenti in capo al chiamato

---

<sup>(202)</sup> LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 196 ss.

<sup>(203)</sup> CAMPAGNA, *op. ult. cit.*, p. 129; SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, cit., p. 248; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 387.

<sup>(204)</sup> Sulla problematica, cfr. CENNI, *Mandato ad alienare a scopo di garanzia*, in *Notariato*, 1998, p. 68 ss.; TASSINARI, *Il mandato ad alienare. Prospettive alla luce della L. 3 agosto 1998 n. 302*, in AA.VV., *Mutui ipotecari, riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, p. 473 ss.

sin dal momento della donazione, non ultima la trasferibilità dell'aspettativa condizionale <sup>(205)</sup>.

Se la differenza rispetto alla figura romanistica della *donatio mortis causa*, non più configurabile nel nostro ordinamento, è netta <sup>(206)</sup>, non altrettanto tuttavia può dirsi rispetto alla figura del patto successorio istitutivo: tant'è vero che la giurisprudenza ha, sia pure senza particolare approfondimento della relativa motivazione, dichiarato la nullità di donazioni sottoposte alla condizione *si praemoriar* proprio per violazione del divieto dei patti successivi <sup>(207)</sup>, e la dottrina ha sentito il bisogno di ribadire la necessità di un'indagine caso per caso, che dovrebbe individuare se sussista o meno una rilevanza di natura causale della morte del disponente nel contratto di donazione <sup>(208)</sup>.

---

<sup>(205)</sup> Sulle differenze tra donazione con condizione *si praemoriar* e patto successorio istitutivo, nei termini sopra indicati, cfr., tra gli altri, SANTORO-PASSARELLI, *Donazione per caso di morte e a causa di morte*, in *Dir. e giur.*, 1948, p. 243 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 513 ss.; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 315 ss.; CASULLI, *Donazione mortis causa (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 1003 ss.; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 117 ss.; GROSSO-BURDESE, *Le successioni, parte generale*, Torino, 1977, p. 96-97; GARDANI CONTURSI-LISI, *Le successioni, disposizioni generali*, Torino, 1981, p. 86 ss.; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 844 ss.; PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 31 ss.; Id., *Le donazioni*, cit., p. 16 ss.; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 104 ss.; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 110 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 60 ss. (secondo la quale il negozio è invalido solo quando il decesso ha un ruolo causale nell'atto, il che si verificherebbe quando « l'oggetto della disposizione sia determinato in funzione della situazione patrimoniale al momento della morte »).

<sup>(206)</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 311 ss.; DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 113 ss.

<sup>(207)</sup> Cass. 24 aprile 1987 n. 4053, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1651, con nota di AZZARITI, *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento « post mortem » del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*; in *Riv. not.*, 1987, p. 582; e in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 91 ss., con nota di CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*. Cfr., nello stesso senso, la dottrina citata *infra*, alla nota 217 di questo capitolo.

Nel senso, invece, della validità, Cass. 16 giugno 1966 n. 1547, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1351 ss.; Cass. 9 luglio 1976 n. 2619, in *Giur. it.*, Rep. 1976, voce *Successioni legittime e testamentarie*, n. 6. Cfr. sul punto anche IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 104 ss., ove ulteriori citazioni di dottrina e giurisprudenza.

<sup>(208)</sup> CASULLI, *Donazione mortis causa (dir. civ.)*, cit., p. 1004; DE GIORGI, *I*

La concezione tradizionale, che considera valida la donazione *si praemoriar*, trae il proprio fondamento teorico dall'elaborazione del concetto di atto *mortis causa* effettuata, nella nostra dottrina, soprattutto da Giampiccolo <sup>(209)</sup>. Secondo l'illustre Autore, rientrano nella menzionata categoria quegli atti nei quali l'evento morte non è assunto nello schema causale a semplice punto di riferimento degli effetti, bensì quale « punto di origine e di individuazione della stessa situazione regolata »; in altri termini, atto « *mortis causa* » è quello « che ha per funzione sua propria di regolare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via *originaria* con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione ». Con particolar riferimento alle attribuzioni patrimoniali, questi concetti si specificano nell'affermazione che è atto « *mortis causa* » quello nel quale l'attribuzione, nei suoi elementi sia *soggettivi* che *oggettivi*, risulta effettivamente riferita al tempo della morte del disponente: *soggetti beneficiari* ed *oggetto della disposizione* sono quindi individuati *con riferimento al momento della morte*. Pertanto, « l'attribuzione *mortis causa* non può, in quanto tale, aver ad oggetto che un *quod superest*, né può, per restar tale, che essere soggetta alla condizione della sopravvivenza del beneficiario: dove l'una delle due condizioni manchi, non può — di regola — qualificarsi un'attribuzione a causa di morte » <sup>(210)</sup>.

Questo concetto di atto *mortis causa*, che si è rivelato, « nel momento dell'applicazione pratica, impreciso e sfuggente » <sup>(211)</sup>, non può essere, tuttavia, assunto come riferimento incontestabile e di valore universale, ove si consideri che non mancano ordinamenti positivi nei quali si dispone per causa di morte con negozi *inter vivos*, dotati sin dal loro sorgere del carattere dell'irrevocabilità, e che

---

*patti sulle successioni future*, cit., p. 120 ss.; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 107; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 60 ss.

<sup>(209)</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 40 ss.; ID., *Atto « mortis causa »*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss.

<sup>(210)</sup> GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 42. Sulla scia di Giampiccolo, pongono in luce l'essenzialità che sia l'oggetto che l'oggetto — e non solo uno di essi — dell'attribuzione patrimoniale siano individuati con riferimento al momento della morte, per aversi atto *mortis causa*, LICINI, *Clausole sociali che dispongono per l'evento della morte del socio: i principi*, in *Riv. not.*, 1991, p. 423 ss.; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, cit., p. 56.

<sup>(211)</sup> DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 68.

talvolta determinano la nascita immediata di vere e proprie aspettative <sup>(212)</sup>. Né dall'art. 458 c.c. (in cui si parla di « convenzione con cui taluno dispone della propria successione »), né dall'art. 587 c.c. (che identifica il testamento con l'atto con il quale « taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse »), si desumono le limitazioni di cui sopra. Conseguentemente, identificare l'atto *mortis causa* esclusivamente con quello nel quale l'oggetto della disposizione ed il soggetto beneficiario sono determinati con riferimento al momento della morte appare — in assenza di sicuri elementi positivi — un apriorismo sul quale non è possibile fondare conclusioni di portata generale.

La questione della validità della donazione con condizione *si praemoriar* deve essere quindi riconsiderata alla luce delle acquisizioni teoriche maturate nel corso della presente indagine. Sembra innanzitutto inconferente il richiamo al requisito di *accidentalità* della condizione, che abbiamo visto essere non più che un criterio conoscitivo per l'individuazione del tipo contrattuale di appartenenza del concreto negozio, rispetto al quale la condizione riveste — il più delle volte — il ruolo di elemento primario del relativo contenuto. Non sembra neanche decisivo il requisito della *retroattività*, considerando che esso è derogabile dalle parti, e comunque, ove la morte assumesse una particolare rilevanza causale, sarebbe escluso, *ex art.* 1360 c.c., dalla « natura del rapporto ». Quanto all'aspettativa condizionale ed agli *effetti preliminari*, non sembra che il riscontro di questo tipo di efficacia possa costituire una valida motivazione per escludere la ricorrenza di un patto successorio: la *ratio* del divieto *ex art.* 458 c.c. è infatti comunemente ravvisata proprio nella irrevocabilità del patto successorio, e nell'esigenza di garantire la revocabilità delle disposizioni per causa di morte *usque ad supremum vitae exitum*. Se è vero che gli effetti preliminari del negozio condizionato, e la relativa situazione di pendenza, trovano la loro ragion d'essere proprio nell'irrevocabilità del vincolo (che anzi costituirebbe, secondo taluno, il principale effetto preliminare <sup>(213)</sup>), nonché nell'esigenza di salvaguardare l'interesse nego-

---

<sup>(212)</sup> Cfr., per riferimenti soprattutto all'ordinamento tedesco, CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, cit.

<sup>(213)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 242 ss.

ziale la cui realizzazione è rinviata <sup>(214)</sup>, non si vede per quale motivo un ipotetico patto successorio istitutivo dovrebbe essere sfornito proprio dei requisiti che maggiormente ne assicurerebbero l'attuazione: la dottrina ammette che gli effetti preliminari possano avere anche fonte negoziale, cioè possano essere stabiliti dai soggetti convenzionalmente <sup>(215)</sup>, e deve ritenersi che la qualifica in termini di illiceità di un patto successorio istitutivo non potrebbe venir meno solo perché le parti, nel contratto, abbiano previsto una tutela dell'aspettativa del beneficiario nel periodo che precede la morte dell'ereditando, ed eventualmente la trasferibilità di detta aspettativa.

L'eventuale criterio di distinzione della donazione con condizione *si praemoriar*, rispetto al patto successorio istitutivo, non può quindi fondarsi sulla retroattività, né sull'efficacia preliminare del negozio condizionato, bensì esclusivamente sul *profilo causale dell'atto*: ciò in omaggio al criterio metodologico, per cui la rilevanza giuridica del fatto si misura in relazione all'interesse da tale fatto evidenziato; la previsione degli effetti costituisce la risposta dell'ordinamento diretta alla realizzazione dell'interesse, se meritevole di tutela <sup>(216)</sup>. Ora, avuto riguardo all'interesse perseguito dai soggetti nella maggior parte delle ipotesi, ci sembra meramente concettualistico distinguere l'ipotesi in cui gli stessi pattuiscono che una certa

---

<sup>(214)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 321: « La pendenza ha la sua radice in un doppio ordine di opportunità: rinviare la realizzazione dell'interesse ad un momento successivo rispetto a quello della sua costituzione, ed assicurare nello stesso tempo pienezza di soddisfacimento all'interesse del quale sia rinviata la realizzazione... sin dal momento in cui si costituisce la fattispecie parziale, col suo nucleo centrale di elementi di fatto, si pone l'esigenza di tutelare l'interesse, perché non si trovi pregiudicato da eventi sopravvenuti quando i fatti integrativi lo tramutino in interesse totale e si apra il ciclo della sua realizzazione ».

<sup>(215)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 234 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 251.

<sup>(216)</sup> FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., p. 243, parla di « condizionamento assiologico reale », chiarendo che « il fatto è la situazione condizionante del mondo, mentre l'effetto è l'interesse giuridico condizionato... mentre il fatto in quanto astratto tipo di situazione del mondo configura un ben determinato problema generale di vita e prospetta una definita costellazione di interessi individuali o collettivi in vario rapporto reciproco, l'effetto deve rappresentare una soluzione adeguata del problema e un armonico contenimento degli interessi in gioco ». Quindi, « come la soluzione deve rispondere al problema, così l'effetto deve convenire al fatto ».



donazione a Caio produca effetti solo al momento della morte del donante Tizio, dal contratto con il quale Tizio si vincola con un patto successorio a lasciare quel determinato bene a Caio a decorrere dal momento della propria morte. Del resto, si è già visto che l'evento condizionante funge da concausa nella fattispecie complessa condizionata, poiché serve ad accertare la venuta ad esistenza del presupposto, ritenuto dalle parti favorevole per la realizzazione dell'interesse: sembra che la morte, sia che si parli di donazione sospensivamente condizionata, sia che si parli di patto successorio istitutivo, svolga in questi casi la medesima funzione <sup>(217)</sup>, disponendosi a *causa* della morte stessa.

Non è da escludere, comunque, che in taluni casi l'evento morte dedotto in condizione abbia una *più ridotta rilevanza causale*, in quanto esso sia assunto *in concomitanza con alcune specifiche circostanze* (ad esempio, se morirò in guerra, o ad una certa data, o a seguito di incidente, ecc.) <sup>(218)</sup>: in tali casi, la condizione costituisce solo *occasione* dell'attribuzione patrimoniale, e non *causa* della medesima, e può quindi ritenersi valida. Occorre quindi indagare caso per caso, allo scopo di individuare l'eventuale irrilevanza, sotto il profilo causale, della condizione di cui trattasi, fermo restando che, nella maggior parte dei casi, nella condizione *si praemioriar* l'evento morte assume quel rilievo causale che è presupposto dalla norma dell'art. 458 c.c.

Può essere utile, a tal fine, esaminare con più attenzione la fattispecie tipica « patto successorio istitutivo », quale delineata dall'art. 458 c.c.: si tratta di un contratto, irrevocabile secondo le regole generali (art. 1372 c.c.), con il quale una delle parti (l'ere-

---

<sup>(217)</sup> Sulla ricorrenza, nella donazione con condizione *si praemioriar*, del medesimo profilo funzionale proprio del patto successorio istitutivo, con conseguente invalidità, cfr. CICU, *Testamento*, cit., p. 25-26; CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 407; BIANCA, *Diritto civile, II - La famiglia - Le successioni*, Milano, 1981, p. 358; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, cit., p. 111 ss.

Per l'invalidità della donazione con condizione *si praemioriar*, in quanto sottrae i beni donati alla garanzia dei creditori del donante, CHIANALE, *Osservazioni sulla donazione mortis causa*, cit., 1990, II, p. 105.

<sup>(218)</sup> CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 407, il quale aggiunge che « se la morte è considerata come tale, non può che essere *causa* del negozio, che per ciò è negozio *mortis causa*, salvo che risulti una precisa volontà di attribuire sotto *condizione* (della morte) i beni donati ».

ditando) dispone di determinati beni o dell'intero suo patrimonio a favore della controparte (il beneficiario), con l'intesa che l'attribuzione patrimoniale acquisterà efficacia al momento della morte. Per definire esattamente il ruolo rivestito, in questa fattispecie, dalla morte dell'ereditando, occorre stabilire che tipo di effetto il contratto produrrebbe nell'ipotesi di premorienza del beneficiario. In assenza di un'espressa disciplina positiva (sul modello dell'*Erbvertrag* tedesco), è ai principi generali sui contratti che bisogna far riferimento, oltre che a quanto espressamente pattuito dai contraenti: certamente al contratto compete la qualifica di patto successorio, sia che venga prevista l'intrasmissibilità della delazione agli eredi del beneficiario, sia che, all'opposto, tale trasmissione venga consentita. Nel primo caso la morte costituirà un evento futuro ed incerto, e quindi una *condizione*, in quanto è solo in caso di premorienza dell'ereditando al beneficiario che il contratto produrrà i suoi effetti a favore del beneficiario stesso; nel secondo caso sarà più corretto qualificarla come *termine certus an, incertus quando* <sup>(219)</sup>, avverandosi il quale l'effetto verrà imputato al beneficiario, ovvero ai suoi eredi o legatari. In entrambe le ipotesi, è solo con la morte che si individua il destinatario degli effetti dell'atto, analogamente a quanto avviene per le successioni *mortis causa*.

Accertato, quindi, che sia nella donazione con condizione *si praemoriar*, sia nel patto successorio istitutivo nella sua configurazione tipica, la morte svolge il medesimo ruolo di *fonte di imputazione* dell'effetto giuridico attributivo <sup>(220)</sup>, e scartate le ricostruzioni dogmatiche che, in funzione del preteso requisito di accidentalità della condizione, differenziano nettamente la prima situazione dalla seconda, ne discende l'identificazione funzionale

---

<sup>(219)</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 170: « nella quadripartizione scolastica debbono ricondursi alla condizione tutte le ipotesi di incertezza sull'*an*, al termine invece tutte le ipotesi di certezza sull'*an*; né per la prima né per la seconda assume rilievo l'incertezza sul *quando* ». Nello stesso senso NATOLI, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 434; RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 764; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 135-136; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 31.

Sull'eventuale interferenza, nel medesimo negozio, tra condizione e termine, cfr. LUMINOSO, *Clausola testamentaria « si sine liberis decesserit », condizione e termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, p. 32 ss.

<sup>(220)</sup> Sul ruolo dell'evento morte nell'atto di ultima volontà, cfr. anche GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 58 ss.

delle due fattispecie, e la conseguente attrazione nell'ambito proibitivo dell'art. 458 c.c. anche della donazione in esame.

Con riferimento agli *altri negozi la cui efficacia è, in tutto o in parte, subordinata alla morte di uno degli stipulanti*, la valutazione deve avere sempre come riferimento l'eventuale rilevanza causale dell'evento morte rispetto agli effetti negoziali programmati. Il problema si è prospettato, principalmente, per le *clausole di successione relative alle partecipazioni sociali*: si è correttamente distinto, in proposito, tra le ipotesi in cui la morte è solo occasione della produzione degli effetti, e l'ipotesi in cui, invece, essa assume, nella clausola, un ruolo *causale*, e quindi una funzione di tipo attributivo<sup>(221)</sup>. Si pensi al caso in cui la clausola disponga che, alla morte di uno dei soci, la relativa partecipazione venga attribuita, *sic et simpliciter*, all'altro socio, ovvero ad altri soggetti: in tal caso, la clausola è nulla per violazione del divieto dei patti successori.

Diverso è il caso in cui la morte individua esclusivamente l'*oggetto* dell'effetto giuridico, e cioè il bene che cadrà in successione: si pensi all'ipotesi in cui i soci ricolleghino, all'evento morte, la determinazione del bene (quota, o denaro) da attribuire agli eredi del socio, ovvero attribuiscano agli eredi (o ai soci superstiti) diritti od obblighi in relazione alla continuazione della società, il tutto senza individuare le persone degli eredi (o legatari). In tal caso, il decesso assume, nella clausola, la caratteristica non di condizione, ma di *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto giuridico*, in quanto — senza determinare il soggetto che succederà al socio al momento della sua morte — individua semplicemente quale sarà il cespite che, al momento della morte, cadrà in successione<sup>(222)</sup>. In queste ipotesi peraltro, per costante dottrina e giurisprudenza, l'assunzione dell'evento morte come fonte di qualificazione oggettiva non assume un rilievo causale tale da ricon-

---

(221) TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 944 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 62-63.

(222) Si è detto, in proposito, che le clausole da ultimo citate svolgono una « funzione che, in quanto meramente meramente conformativa del patrimonio ereditario, non si pone in concorrenza con lo strumento testamentario, che continuerà, esso solo, a designare il beneficiario dell'attribuzione, a fissare cioè la direzione della vicenda successoria »: TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, cit., p. 944. Nello stesso senso, PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, p. 121.

durre la fattispecie al patto successorio vietato dalla legge, e la clausola viene considerata perfettamente valida, non potendosi identificare con la «convenzione con cui taluno dispone della propria successione», ex art. 458 c.c.

In conclusione, *la validità o meno dei contratti nei quali si subordina una data situazione effettuale alla morte di uno dei contraenti non dipende in alcun modo dalla presunta accidentalità della condizione rispetto al negozio*, bensì dal ruolo che la previsione dell'evento morte svolge in relazione alla causa del programma negoziale.

## 62. *Il patto di prelazione ed il contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato.*

La natura giuridica del patto di prelazione è, a tutt'oggi, discussa. La teoria tradizionale, ancora prevalente in giurisprudenza <sup>(223)</sup>, ma sostenuta anche in dottrina <sup>(224)</sup>, vi ravvisa un

---

<sup>(223)</sup> La concezione tradizionale della prelazione convenzionale come contratto preliminare sospensivamente condizionato è sostenuta dalla prevalente giurisprudenza. Cfr., tra le altre, Cass. 20 giugno 1951 n. 1365, in *Mass. Giur. it.*, 1951, c. 1232; App. Brescia 19 dicembre 1962, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1195, con nota di GIRINO; Trib. Roma 30 aprile 1965, in *Vita not.*, 1965, p. 814; App. Firenze 14 dicembre 1965, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, c. 316; Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1515, ed in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 356; Cass. 6 aprile 1968 n. 1270, in *Giust. civ.*, 1968, p. 1670, ed in *Dir. e giur.*, 1970, p. 156, con nota di BARATTA, *Il patto di prelazione ha natura di contratto preliminare?*; App. Napoli 24 aprile 1972, in *Dir. e giur.*, 1973, p. 890; Cass. 11 novembre 1974 n. 3537, in *Giur. it.*, Rep. 1974, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 112-113; Cass. 13 dicembre 1978 n. 5939, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1293; Cass. 4 marzo 1980 n. 1445, in *Foro it.*, Mass. 1980; Cass. 21 gennaio 1982 n. 402, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1983, con nota di SINISI; Cass. 13 maggio 1982 n. 3009, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 3085; Cass. 20 giugno 1986 n. 4116, in *Vita not.*, 1986, p. 1249, e in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1454, con nota di VERZONI, *Ancora sulla natura del patto di prelazione*; App. Milano 4 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 472, con nota di INGINO, *Sull'esecuzione in forma specifica del patto di preferenza* (ed ivi ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

Per l'assimilazione del patto di prelazione ad un contratto preliminare unilaterale puro, Cass. 5 marzo 1954, in *Giust. civ.*, 1954, p. 469 ss.; Cass. 28 giugno 1952 n. 1921, in *Giust. civ.*, 1952, II, p. 800 ss.; Cass. 30 marzo 1963 n. 794, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1145 ss.

<sup>(224)</sup> In dottrina, per la tesi del contratto preliminare condizionato, cfr. tra gli altri D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 101

*contratto preliminare unilaterale di vendita sospensivamente condizionato*: l'unilateralità <sup>(225)</sup> discende dall'essere obbligato solo il promittente venditore, mentre il promittente acquirente rimane libero di contrarre o meno, e l'evento dedotto in condizione è rappresentato, a seconda delle impostazioni, dalla *denuntiatio* <sup>(226)</sup>, dalla stessa conclusione del contratto definitivo con il terzo <sup>(227)</sup>, dalla decisione di vendere <sup>(228)</sup>, ovvero dalla « messa in vendita » del bene e quindi nell'avvio di trattative con un terzo, o nella doppia circostanza della determinazione di vendere e della adesione del promissario <sup>(229)</sup>. L'obbligazione del promittente, in

---

ss., 144 ss.; BARATTA, *Il patto di prelazione ha natura di contratto preliminare*, in *Dir. e giur.*, 1970, p. 156; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 497 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 63; COTTO, *Dal contratto preliminare alla prelazione*, in *Vita not.*, 1978, I, p. 647; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 141; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 37 ss.; COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 79 ss. In senso possibilista, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 331 ss.

<sup>(225)</sup> Sulla figura del contratto preliminare unilaterale, cfr. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 245 ss.; CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 279-280.

<sup>(226)</sup> In senso critico, VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 79 ss., che rileva come « l'omissione della *denuntiatio* non esclude la attuale esistenza ed efficacia dell'obbligazione di preferire ».

<sup>(227)</sup> GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 35; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 108, 115 ss. In senso critico, PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 186 ss., spec. p. 190-191; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 329 ss., e nota 102; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 42.

<sup>(228)</sup> MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 497 e 499; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 63; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 155; Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1515, ed in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 586; Cass. 6 aprile 1968 n. 1270, in *Giust. civ.*, 1968, p. 1670, ed in *Dir. e giur.*, 1970, p. 156, con nota di BARATTA.

PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 184, rileva esattamente che « non può assumersi come condizione un fatto puramente interno del soggetto », quale può essere la decisione di vendere. Più in generale, per l'esigenza di « controllabilità » della condizione, RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., p. 789-790; BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, Torino, 1986, p. 759; MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 285-286, nota 55.

<sup>(229)</sup> D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 144-145, p. 301 ss., spec. p. 302; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 67. *Contra*, GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 39, nota 10, secondo il quale l'atto di esercizio della prelazione configurerebbe non già l'evento condizionante, bensì l'accettazione della proposta contrattuale in cui consiste la *denuntiatio*. Sulla inidoneità dell'esi-

questa concezione, è quindi quella di contrarre a parità di condizioni.

Contro questa concezione — di recente contestata anche da una parte della giurisprudenza <sup>(230)</sup> — sono state mosse, soprattutto dalla dottrina <sup>(231)</sup>, diverse critiche, alcune delle quali sembrano

stenza di trattative ai fini in esame, cfr. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., p. 90.

<sup>(230)</sup> Per la tesi che differenzia la prelazione convenzionale dal contratto preliminare, cfr., in giurisprudenza, Cass. 23 gennaio 1975 n. 265, in *Foro it.*, 1975, I, c. 386; Cass. 21 gennaio 1982 n. 402, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1983; Trib. Perugia 8 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 308, con nota di ARATO, ed in *Riv. not.*, 1983, p. 204; Cass. 1° aprile 1987 n. 3124, in *Arch. civ.*, 1987, p. 840; Cass. 26 febbraio 1988 n. 2045, in *Nuova giur. civ.*, 1989, I, p. 29, con nota di PASSAGNOLI; Cass. 19 maggio 1988 n. 3466, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Contratto in genere*, n. 265; Cass. 12 aprile 1999 n. 3571, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 41, ed in *Riv. not.*, 1999, p. 1283, di cui si riporta per intero la massima: « A differenza del contratto preliminare unilaterale, che comporta l'immediata e definitiva assunzione dell'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo, il patto di prelazione relativo alla vendita di un bene genera, a carico del promittente, un'immediata obbligazione negativa di non venderlo ad altri prima che il prelezionario dichiari di non voler esercitare il suo diritto di prelazione o lasci decorrere il termine all'uopo concessogli, ed un'obbligazione positiva avente ad oggetto la denunziata al medesimo della sua proposta a venderlo, nel caso si decida in tal senso; questa obbligazione, nel caso di vendita ad un terzo del bene predetto, sorge e si esteriorizza in uno al suo inadempimento, sì che il promissario non può chiederne l'adempimento in forma specifica, per incoercibilità di essa a seguito della vendita al terzo, ma soltanto il risarcimento del danno, mentre, nel caso di promessa di vendita ad un terzo del medesimo bene, è ugualmente incoercibile, ai sensi dell'art. 2932 c.c., non configurando un preliminare ».

<sup>(231)</sup> Contro la configurazione del patto di prelazione come preliminare unilaterale condizionato, cfr. in dottrina PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 179 ss.; GIRINO, *Appunti in tema di prelazione convenzionale*, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1196 ss.; TAMBURRINO, *I vincoli preliminari nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 129 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 157-158; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 317 ss.; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 124 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 149-150; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 211-212; SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 703 ss.; CATRICALÀ, *Patto di preferenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 512 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 272; TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Prelazione e retratto*, a cura di Benedetti e Moscarini, Milano, 1988, p. 573 ss.; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 13 ss.; FRANCHI-BATTISTA, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla prelazione convenzionale*, in *Riv. not.*, 1997, p. 246 ss.

peraltro decisamente superabili. Ciò è da dirsi, innanzitutto, per quella che nega la ricorrenza, nella specie, del carattere di *estrinsecità e accidentalità* della condizione, essendo la detta condizione essenziale alla struttura tipica del negozio, e quindi alla qualificazione del patto come prelazione <sup>(232)</sup>: negando, come si è fatto nel presente lavoro, che l'accidentalità e l'estrinsecità siano elementi caratterizzanti della condizione, si confuta automaticamente l'obiezione *de qua*.

Neanche sembra decisiva la critica che fa leva sulla peculiarità del *profilo funzionale*, e quindi causale, del patto di prelazione, diretto a scoraggiare la conclusione di un dato contratto con soggetti diversi dal prelazionario, più che a vincolare il promittente alla stipula del medesimo contratto <sup>(233)</sup>: è stato dimostrato, nel corso del presente studio, che la presenza della condizione può alterare, anche profondamente, la causa del negozio, o addirittura il tipo negoziale, senza che ciò ne determini automaticamente l'illegittimità, dovendosi solo accertare che la disciplina del tipo non sia incompatibile con la diversa funzione assolta tramite la condizione, il che non sembra, nel caso della prelazione, avvenire. In altri termini, la presenza della condizione può piegare il contratto preliminare al conseguimento di una funzione diversa da quella sua tipica, senza che ciò pregiudichi, in alcun modo, l'applicabilità della disciplina condizionale, e dovendosi solo verificare se vi siano ostacoli all'applicazione, totale o parziale, della disciplina del contratto preliminare.

---

<sup>(232)</sup> Per il rilievo dei requisiti di accidentalità ed estrinsecità della condizione, insussistenti nel patto di prelazione, GIRINO, *Appunti in tema di prelazione convenzionale*, cit., c. 1196-1197; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 129-130; CATRICALÀ, *Patto di preferenza*, cit., p. 514; BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 130-131; TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata*, cit., p. 574; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 14-15; PASSAGNOLI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 33; FRANCHI-BATTISTA, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla prelazione convenzionale*, cit., p. 248. *Contra*, VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., p. 91 ss.

<sup>(233)</sup> SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 157-158; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 325 e 338; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 272-273; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 38 ss., 129 ss.

Esclude che la prelazione abbia una funzione ed un contenuto puramente negativi, PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 207 ss.

La *causa del contratto di prelazione* può atteggiarsi diversamente: talvolta tende a tutelare l'interesse alla non intromissione di estranei nella proprietà di un dato bene, e quindi si atteggia come funzione meramente negativa <sup>(234)</sup>; altre volte, invece, tutela lo stesso interesse del promissario ad acquistare il bene <sup>(235)</sup>. In entrambi i casi, la prelazione si pone a fronte di una non attualità dell'interesse ad alienare del promittente: proprio questa non attualità giustifica la particolare precarietà del vincolo a suo carico, realizzata tecnicamente, secondo la suesposta concezione, tramite il congegno condizionale.

Merita, invece, almeno in parte accoglimento la tesi che individua un carattere di *mera potestatività* nella condizione in oggetto, che sarebbe quindi nulla in quanto sospensiva e rimessa alla volontà del debitore <sup>(236)</sup>. La decisione di vendere dipende, in effetti,

---

<sup>(234)</sup> GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 324 ss.; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 38 ss., 41 (il quale ritiene che, a fronte di una molteplicità di possibili interessi, sta un'unica funzione di tipo negativo, caratteristica del patto di prelazione); VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., p. 97 ss.

<sup>(235)</sup> Per questo tipo di funzione, CATRICALÀ, *Patto di preferenza*, cit., p. 514. Sulla distinzione tra patti di prelazione con funzione negativa e positiva, PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 95.

<sup>(236)</sup> BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II - *Le fonti*, cit., p. 406; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 82; SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 704; CATRICALÀ, *Patto di preferenza*, cit., p. 513; FRANCHI-BATTISTA, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla prelazione convenzionale*, cit., p. 249; Cass. 28 giugno 1952 n. 1921, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 617; Cass. 15 gennaio 1957 n. 79, in *Giur. sic.*, II, p. 65.

Secondo Trib. L'Aquila 15 marzo 1951, in *Giur. it.*, Rep. 1951, voce *Vendita*, n. 6, si avrebbe condizione meramente potestativa solo quando le parti abbiano escluso la possibilità di ricorrere, per determinare il prezzo, ad eventuali offerte di terzi.

Non appare condivisibile l'affermazione di GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 332, secondo il quale non si avrebbe condizione meramente potestativa perché « la decisione di contrarre non è un fatto che si compia o si ometta senza motivi apprezzabili »: si rinvia a quanto sopra specificato (paragrafo 27) in ordine alle caratteristiche della mera potestatività in quanto implicante un arbitrio incontrollato del contraente e l'indistinzione dell'interesse alla condizione rispetto all'interesse al contratto.

Nel senso che non si ha, nella prelazione, condizione meramente potestativa, COSTANZA, *Condizione nel contratto*, cit., p. 79 ss. (secondo la quale l'evento dedotto in condizione si risolve nella stipulazione con terzi del contratto al quale si riferisce la prerogativa; ove, viceversa, si configurasse la prelazione come



dal mero arbitrio del promittente, il quale non è vincolato da criteri obiettivi nella determinazione sul se e quando contrarre. A ciò si aggiunga che la condizione, nel caso specifico, si identifica con lo stesso « interesse al contratto » del promittente <sup>(237)</sup>. Occorre, anche, rammentare che la *ratio* della nullità *ex art. 1355 c.c.* è ravvisabile nell'incompatibilità tra la disciplina condizionale (in particolare, l'opponibilità del vincolo ai terzi), e la precarietà del vincolo medesimo; tale disciplina esige pertanto la ricorrenza di due presupposti: un contratto, anche preparatorio, dal quale scaturiscano obblighi o prestazioni, e la sottoposizione di questi ultimi ad una condizione sospensiva meramente potestativa rimessa all'arbitrio dell'obbligato. Questi presupposti, effettivamente, ricorrono nella maggior parte dei casi in cui vi è un patto di prelazione: ciò avviene sia quando l'evento condizionante è identificato con la decisione di vendere (evento soggettivo come tale non controllabile), sia quando esso consiste nella *denuntiatio*, che è rimessa al mero arbitrio del promittente <sup>(238)</sup>. D'altra parte, non appare possibile identificare la condizione con la conclusione del contratto con un terzo, in quanto una tale condizione, nel momento stesso in cui si

---

obbligo di non intraprendere trattative con terzi, la condizione sarebbe, secondo l'Autrice, meramente potestativa, in quanto rimessa al mero arbitrio del promittente).

Per SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 332, nota 7, e 337, non si ha condizione meramente potestativa, anche perché, se così fosse, sarebbe nulla la promessa stessa di prelazione. L'obiezione non è probante: la nullità *ex art. 1355 c.c.* deriva dall'incompatibilità tra la disciplina del contratto condizionale e la precarietà del vincolo così assunto, e non comporta la nullità dell'accordo preparatorio dal quale non scaturisca un vincolo contrattuale definitivo.

<sup>(237)</sup> È stato incisivamente rilevato (TROI, *La prelazione volontaria come regola privata*, cit., p. 574) che la pretesa condizione « consiste non già in un « fatto » futuro e incerto, ma nella stessa determinazione di contrarre che rappresenta la tipica espressione dell'autonomia privata ».

<sup>(238)</sup> Non ha pregio l'argomentazione di RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 64, secondo il quale la mera potestatività in questione « non determinerebbe la nullità del contratto a sensi dell'art. 1355, perché in realtà la condizione è complessa, in quanto in essa interviene... anche l'altro elemento della parità di prezzo, e di altre clausole in genere, coi terzi offerenti, il che la rende mista »: si è visto (*supra*, paragrafo 27) che è configurabile una mera potestatività con le conseguenze di cui all'art. 1355 anche ove all'arbitrio del contraente si accompagni un elemento casuale, sì da rendere la condizione mista.

avverasse, diverrebbe impossibile, non essendo il patto di prelazione opponibile al terzo contraente <sup>(239)</sup>.

L'unica fattispecie in cui, almeno in qualche caso, potrebbe non ravvisarsi una condizione meramente potestativa, è quella in cui l'evento condizionante viene fatto coincidere con l'accettazione, da parte del promissario, delle condizioni, eventualmente proposte da terzi, e portate a sua conoscenza tramite la *denuntiatio*, o altrimenti da lui conosciute (purché, quindi, l'offerta del promittente non sia indispensabile per il sorgere del diritto di prelazione) <sup>(240)</sup>. In ogni altro caso, ricorre la fattispecie tipica della mera potestatività: non vi è, cioè, un fatto esterno che venga dedotto in condizione, bensì il promittente si riserva una propria determinazione volitiva in relazione al contratto da stipulare.

La critica veramente decisiva alla tesi che identifica il patto di prelazione con un contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato è comunque quella che individua nel patto di prelazione un *contenuto*, e conseguentemente una *vicenda effettuale, radicalmente diversi rispetto a quelli riscontrabili nel contratto preliminare*: nel primo caso si ha un *quid* di prodromico rispetto ad un contratto ancora incerto *an, quando e quomodo*, e conseguentemente, oltre a non esservi una obbligazione di contrarre del promittente, non sono neanche prestabilite le condizioni contrattuali <sup>(241)</sup>; nel secondo caso l'obbligo di conclusione del contratto

---

<sup>(239)</sup> PULEO, *Diritti potestativi*, cit., p. 191, che vi ravvisa addirittura una condizione perplessa e quindi nulla, per la contraddizione esistente tra l'obbligo e l'evento al quale esso sarebbe subordinato. L'Autore ritiene, invece, che il promittente si obbliga non a vendere né a preferire, bensì, in negativo, a non concludere il contratto di vendita con il terzo; tale obbligo sarebbe sottoposto alla condizione risolutiva del mancato esercizio della prelazione da parte del titolare.

<sup>(240)</sup> Sulla non essenzialità della *denuntiatio* ai fini della prelazione, potendo verificarsi il caso che il preferito venga autonomamente a conoscenza delle trattative con un terzo, PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 226; SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 708-709; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 115; GALLO, *Prelazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 175. *Contra*, GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 40.

<sup>(241)</sup> BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 149 (« la decisione sul contrarre rimane libera da parte del concedente escludendo sia la disciplina del vincolo obbligatorio sia quella della condizione »); TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 114 (che pone in evidenza come la prelazione « si distingue dagli altri contratti ed atti preparatori per la sua caratte-

definitivo è voluto *ab initio*, dovendosi quindi sin dal momento della stipula del preliminare determinare i relativi elementi costitutivi (prezzo, condizioni di vendita, ecc.) <sup>(242)</sup>. Conseguentemente, diversi sono gli effetti: nel preliminare si ha un'obbligazione di vendere, nella prelazione un'obbligazione di preferire, cui si accompagna un'obbligazione negativa di non porre in essere con terzi il rapporto giuridico cui la prelazione medesima si riferisce <sup>(243)</sup>. Questa opinione ha trovato favorevole accoglienza soprattutto nella dottrina, che tende quindi oggi, in prevalenza, a differenziare nettamente la prelazione convenzionale dal contratto preliminare <sup>(244)</sup>. Il logico sviluppo di questa tesi porta a definire il patto di

---

ristica di non portare alla fissazione di determinate clausole che entreranno nel futuro contratto o nell'obbligo di stipulare il futuro contratto »); VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., p. 95-96 (il quale evidenzia come, nella prelazione, « il regolamento di interessi che ne è oggetto solitamente non è determinato neppure in minima parte », e che, anche dopo divenuto attuale, con la *denuntiatio*, l'obbligo di preferenza, « non sorge in capo al promittente alcun definitivo e irrettabile obbligo di introdurre nel mondo del diritto un nuovo assetto di interessi, in quanto egli mantiene intatto il proprio *jus poenitendi* e resta quindi libero di decidere se introdurre o meno il nuovo regolamento »); RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 1999, p. 201-202 (che pone l'accento sulla *libertà di contrarre*, che « caratterizza la posizione del prelazionario ma *anche* quella del concedente », in quanto, nella fattispecie, « il vincolo assunto riguarda *la scelta del contraente... solo a parità di condizioni con i terzi* »).

<sup>(242)</sup> BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 130.

<sup>(243)</sup> Per questo duplice effetto della prelazione, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 67; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 42 e 153; FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 96 ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 293-294; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 76; Cass. 23 gennaio 1975 n. 265, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1212; Cass. 1° aprile 1987 n. 3124, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1452; Cass. 12 aprile 1999 n. 3571, in *Riv. not.*, 1999, p. 1283. In senso parzialmente contrario, CATRICALA, *Patto di preferenza*, cit., p. 515-516, il quale ritiene che l'astensione dal contrarre con terzi non possa farsi assurgere ad autonoma obbligazione, ma sia una logica conseguenza della preferenza da accordarsi al prelazionario.

Per la strumentalità dell'obbligo di effettuare la *denuntiatio*, BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 114 ss.; FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 45 ss.; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 72 ss.; Cass. 23 gennaio 1975 n. 265, cit.

<sup>(244)</sup> Cfr. in dottrina, oltre al citato contributo di Bonilini, TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 129 ss.; PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 230 ss.; GIRINO, *Appunti in tema di prelazione*

prelazione come un *accordo di natura preparatoria e procedimentale* <sup>(245)</sup>, in cui non sono ravvisabili obbligazioni condizionate, ma è lo stesso vincolo ad essere inattuale: ciò, del resto, corrisponde alla realtà ricavabile da una ricognizione fenomenologica dell'istituto prelatizio, che dà luogo ad un vincolo di natura preparatoria di minor forza e pregnanza rispetto a quello scaturente dal contratto di opzione, e come lo stesso non può essere assistito da quella rilevanza esterna ed efficacia « reale » che è propria del congegno condizionale. Del resto, è stata acutamente posta in luce l'inapplicabilità, alla prelazione, delle norme proprie della condizione <sup>(246)</sup>: dagli atti conservativi *ex art. 1356* alla finzione di avveramento *ex art. 1359* <sup>(247)</sup>, dalla disciplina degli atti di disposizione (art. 1357) alla retroattività (art. 1360). Proprio la maggiore precarietà del vincolo, e quindi la maggiore libertà del promittente, osta all'applicazione di tutte queste norme; dottrina e giurisprudenza sono, del resto, concordi nell'affermare che, fino a quando il promittente non decida di alienare, egli ha un pieno potere di godimento sul

---

*convenzionale*, cit., c. 1195 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, cit., p. 175; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 212, testo e nota 42; CATRICALÀ, *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 548 ss. SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 704 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 272.

<sup>(245)</sup> TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata*, cit., p. 576 ss.: « l'effetto è non già condizionato bensì immediatamente prodotto; solo che, consistendo esso nella creazione pattizia di una *regula iuris* integrativa delle regole legali, assume il *carattere ipotetico* di queste ultime »; FRANCHI-BATTISTA, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla prelazione convenzionale*, cit., p. 245 ss. (ove si parla di un « vincolo convenzionale che si pone in via strumentale nella formazione di un contratto futuro e che si estrinseca esclusivamente in un obbligo di preferenza accordato a favore di quel dato contraente »).

<sup>(246)</sup> BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 149; TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata*, cit., p. 576 (che ritiene inapplicabili le disposizioni sulla pendenza e sull'aspettativa condizionale, ed in particolare le norme che consentono il compimento di atti conservativi, che disciplinano gli atti di disposizione, che regolano il comportamento delle parti in pendenza di condizione, e che disciplinano l'avveramento); Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2238, con nota di BRECCIA, ed in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 586.

<sup>(247)</sup> Per l'inapplicabilità della finzione *ex art. 1359 c.c.* al patto di prelazione, Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2283, con nota di BRECCIA; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 119-120.

bene, non è tenuto ad obblighi di custodia e di manutenzione, e può mutarne a proprio piacimento la destinazione economica <sup>(248)</sup>.

Quanto detto vale per la prelazione tipica, c.d. prelazione propria. Occorre, d'altro canto, rilevare che il patto di prelazione non ha una espressa disciplina legislativa, e il concreto atteggiarsi degli obblighi e vincoli delle parti dipende, in sostanza, dall'*autonomia privata*, che può anche scostarsi dal modello sopra delineato. In questo senso vanno accolte le autorevoli opinioni secondo le quali, prima di qualificare senz'altro la fattispecie nei termini suesposti, occorre risolvere la *quaestio facti* dell'interpretazione della volontà delle parti, che possono variamente disciplinare il profilo della preferenza in caso di alienazione <sup>(249)</sup>, poiché « non esiste una disciplina unitaria del patto di preferenza, ma questa muta in funzione delle finalità da esso perseguite » <sup>(250)</sup>. In altri termini, se è corretto — e probabilmente corrispondente all'intenzione tipica delle parti — evitare l'inquadramento della maggior parte delle convenzioni di prelazione nello schema del preliminare, è comun-

---

<sup>(248)</sup> BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 272; GALLO, *Prelazione*, cit., p. 175; Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2283, con nota di BRECCIA. In senso dubitativo, SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 340. Per una soluzione articolata, che, pur ammettendo di massima la liceità della trasformazione del bene, tenga conto dell'esigenza di esecuzione del contratto secondo buona fede, BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 173 ss.; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 121 ss.

Da taluno si è anche ritenuto che la trasformazione del bene implichi l'estinzione del diritto di prelazione: MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 496; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 296, nota 261; VETTORI, *op. e loc. ult. cit.*; Cass. 5 maggio 1967 n. 862, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 586; Trib. Torino 28 gennaio 1972, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 210.

<sup>(249)</sup> SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 336 (« come arrogarsi di voler costruire per via di interpretazione della legge la struttura della prelazione pattizia? L'interprete, posto di fronte ai problemi della prelazione pattizia, potrà dire soltanto che le parti possono volere ogni effetto compatibile con l'autonomia negoziale... I veri problemi del campo della prelazione convenzionale avranno dunque come oggetto: l'interpretazione della volontà delle parti; la scelta di questa o di quell'altra presunzione interpretativa, allorché le parti non abbiano indicato la struttura della prelazione voluta; e, soprattutto, i limiti dell'autonomia delle parti »).

<sup>(250)</sup> CAGNASSO, *Diritto di prelazione e patto di preferenza nella somministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, p. 51; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 9 ss.

que possibile che l'autonomia privata scelga quest'ultimo strumento per raggiungere la stessa, o una analoga finalità <sup>(251)</sup>.

Ciò vale, soprattutto, per quelle fattispecie definite dalla dottrina come « prelazioni improprie » <sup>(252)</sup>, in cui le parti predeterminano inizialmente le condizioni del futuro contratto di vendita (compreso il prezzo), ovvero fanno riferimento ad altre fonti determinative (come l'arbitraggio *ex art. 1349 c.c.*), diverse dalla « parità di condizioni » <sup>(253)</sup>. In questi casi, effettivamente, la vicinanza della fattispecie con il contratto preliminare è maggiore, in quanto è maggiore il livello di determinazione del contenuto contrattuale e, conseguentemente, del vincolo assunto dal promittente, il che potrebbe giustificare l'applicazione delle norme a tutela dell'aspettativa condizionale. Occorre, peraltro, verificare — ed è una questione di interpretazione — se le parti abbiano voluto

---

<sup>(251)</sup> SACCO-DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 336, ove si evidenzia che le parti possono concretamente « volere: a) un impegno a contrarre (sottoposto a condizione potestativa), o la concezione di un'opzione (anch'essa condizionata); b) un impegno subordinato alla condizione « se metterò in vendita », o un impegno subordinato alla condizione « se venderò »; c) un impegno personale (obbligatorio), o una soggezione del bene al diritto del preferito ». Possono aggiungersi, a tali tipiche ipotesi di prelazione, l'obbligazione negativa di non contrarre con terzi risolutivamente condizionata al mancato esercizio della prelazione dopo la *denuntiatio*, e l'obbligazione positiva di fare, nel senso di « preferire » il prelazionario.

<sup>(252)</sup> Sulla distinzione tra prelazione propria ed impropria, cfr. MOSCARINI, *Riflessioni conclusive: categorie civilistiche della prelazione*, in *Prelazione e retratto*, cit., p. 702 ss.

<sup>(253)</sup> Per la non essenzialità della « parità di condizioni », e più in generale della proposta di un terzo, ai fini della qualificazione tipologica del patto di prelazione, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 64-65; SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 708 (il quale fa tuttavia l'eccezione per i casi in cui la prelazione trova la sua giustificazione oggettiva in una situazione permanente, rispetto alla quale assume rilievo l'*intuitus personae* e l'esigenza di escludere il terzo, come ad esempio per la prelazione ereditaria o societaria); CATRICALÀ, *Patto di preferenza*, cit., p. 519-520; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 43, nota 119; CARRESI, *Il contratto*, I, cit., p. 292, nota 250; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 80 ss.; SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 331, nota 2.

Secondo GALLO, *Prelazione*, cit., p. 174, sarebbe sicuramente da escludere « la configurabilità di un patto di prelazione in cui oltre al patto di preferenza sia già previsto anche il prezzo; in caso contrario si avrebbe una semplice promessa di vendita sottoposta alla condizione potestativa: se deciderò di vendere ».

assumere un vincolo più intenso rispetto a quello proprio della normale prelazione.

Dall'esame del contenuto della convenzione di prelazione c.d. impropria, potrebbe quindi ricavarsi l'adozione, ad opera delle parti, dello schema del contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato; la validità ed esistenza, in questo caso, dell'obbligo del promittente, è tuttavia subordinata alla previsione pattizia di un evento condizionante che non configuri una condizione sospensiva meramente potestativa *ex parte debitoris*.

Gli effetti di questa convenzione potrebbero identificarsi sia nell'obbligazione negativa di non contrarre con terzi, risolutivamente condizionata al rifiuto del promissario, sia nell'obbligazione positiva di contrarre alle condizioni prestabilite, sottoposta alla condizione sospensiva potestativa (*ex parte creditoris*) dell'accettazione, da parte del promissario, dell'offerta in prelazione (ed eventualmente eseguibile in forma specifica *ex art. 2932 c.c. (254)*). In concreto, tuttavia, sarà difficile che quest'ultima condizione potestativa non postuli la previa decisione (arbitraria) del promittente di effettuare la *denuntiatio*: in tal caso, la fattispecie non potrebbe considerarsi valida, a norma dell'art. 1355 c.c.

Lo strumento del contratto preliminare potrebbe rivelarsi particolarmente utile per risolvere un problema che, negli scorsi anni, ha affannato la dottrina che si è occupata della prelazione conven-

---

(254) Per l'esclusione, nell'ipotesi tipica di prelazione, dell'eseguibilità in forma specifica del patto, SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 158; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 141; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 131, 193 ss.; SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 343; GALLO, *Prelazione*, cit., p. 176; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 209-210. In giurisprudenza, Cass. 23 gennaio 1975 n. 265, in *Foro it.*, 1975, I, c. 836, con nota di PEREGO, *Il patto di prelazione e l'art. 2932 codice civile*; Cass. 21 gennaio 1982 n. 402, in *Vita not.*, 1982, p. 1235; Cass. 25 gennaio 1985 n. 265, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1206; Cass. 20 giugno 1986 n. 4116, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1454, con nota di VERZONI, *Ancora sulla natura del patto di prelazione*; Cass. 1° aprile 1987 n. 3124, in *Giust. civ.*, 1987, p. 4; Cass. 16 dicembre 1992 n. 13282, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 96.

*Contra*, per l'eseguibilità in forma specifica, MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 497 ss.; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 69-70; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 44; PASSAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 36; Cass. 30 marzo 1963 n. 794, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1145; Trib. Varese 27 luglio 1969, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 818; App. Milano 4 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 472, con nota di INGINO; Cass. 26 febbraio 1988 n. 2045, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 29.

zionale: *il problema, cioè, dell'opponibilità a terzi del patto di prelazione, e quindi della sua trascrivibilità* <sup>(255)</sup>. La dottrina minoritaria, che sosteneva — sia pure limitatamente a fattispecie particolari — tale efficacia reale <sup>(256)</sup>, non ha mai incontrato consensi, in assenza di un appiglio normativo che potesse consentire tale risultato; né poteva venire un aiuto dall'inquadramento nella categoria del contratto preliminare, anch'esso pacificamente ritenuto intrascrivibile. Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, la situazione è radicalmente cambiata con l'introduzione, nel codice civile, dell'art. 2645-*bis*, che consente oggi la trascrizione del contratto preliminare <sup>(257)</sup>, disponendo tra l'altro espressamente, al comma 1, che i

---

<sup>(255)</sup> L'opinione assolutamente prevalente è per l'intrascrivibilità del patto di prelazione, anche dopo la novella del 1997: CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 215; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 533-534; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 353 ss. (ed ivi riferimenti).

<sup>(256)</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 704 ss.; COSTANZA, *La prelazione*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 392; VETTORI, *L'efficacia rispetto ai terzi della prelazione convenzionale*, in *Prelazione e retratto*, cit., p. 585 ss.; ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988.

La giurisprudenza ha riconosciuto efficacia « reale » alle clausole di prelazione inserite negli statuti societari (in conformità a quanto previsto dall'art. 2355 c.c.): cfr., tra le altre, Cass. 15 ottobre 1957 n. 3702, in *Casi e materiali di diritto commerciale, società per azioni*, Milano, 1974, I, p. 288 ss.; Cass. 16 ottobre 1959 n. 2881, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1757; Cass. 26 ottobre 1973 n. 2763, in *Foro pad.*, 1973, I, c. 418, ed in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 233; Trib. Perugia 8 marzo 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 308, con nota di ARATO.

Questa efficacia reale della prelazione societaria si giustifica peraltro alla luce del principio dell'opponibilità a terzi dell'atto costitutivo e dello statuto: BIANCA, *Diritto civile, III - Il contratto*, cit., p. 275; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 168-169.

<sup>(257)</sup> Sulla trascrizione del contratto preliminare, e sulla nuova norma dell'art. 2645-*bis* c.c., introdotta dall'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito con modificazioni in legge 28 febbraio 1997 n. 30, cfr., tra gli altri contributi, DI MAJO, *La trascrizione del preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 515 ss.; MARICONDA, *Contratto preliminare e trascrizione*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 129 ss.; CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., 1997, p. 215 ss.; RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 311 ss.; DELFINI, *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella Novella del D.L. n. 669/1996*, in *Contratti*, 1997, p. 178 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 693 ss.; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998; BARBIERA, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi*



preliminari sono trascrivibili « anche se sottoposti a condizione » <sup>(258)</sup>.

La dottrina che si è occupata di tale norma ha ritenuto, in maggioranza, che la stessa sia applicabile anche al preliminare unilaterale <sup>(259)</sup>; ne deriva, evidentemente, la trascrivibilità anche del preliminare unilaterale sospensivamente condizionato, relativamente al quale, osservando le prescrizioni degli artt. 2659, 2655 e 2668 sulla pubblicità degli atti condizionati, è possibile quell'effetto di prenotazione — e quindi di opponibilità a terzi — sul quale a lungo si è affannata la dottrina, sia pure nei limiti temporali previsti dal suddetto art. 2645-*bis* <sup>(260)</sup>.

Appare, tuttavia, particolarmente difficile la fruizione di quest'ultimo meccanismo per realizzare le esigenze proprie dello strumento prelatizio, proprio per l'estrema difficoltà di configurare un evento condizionante che non si identifichi con la decisione arbi-

---

*e contratto definitivo dopo la novella del 1997*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano 1998, p. 44; DE MATTEIS, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, ivi, p. 269 ss.; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 241 ss.

<sup>(258)</sup> La *ratio* della precisazione è stata ravvisata « nel fatto che la trascrizione del preliminare ha efficacia limitata nel tempo, laddove la condizione, di per sé, si proietta in un futuro indeterminato »; si è, altresì, ritenuto che la condizione non vada, in tal caso, menzionata ai sensi dell'art. 2659 c.c., non ricorrendo nella specie la *ratio* che giustifica tale menzione: GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 737-738.

<sup>(259)</sup> Cfr., tra gli altri, CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, cit., p. 215; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 475; ID., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, cit., p. 533; LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, p. 21; CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 113 ss.; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 250-251 (« il preliminare unilaterale in senso proprio... è suscettibile di trascrizione solo laddove impegni il promittente alienante. Nel caso opposto, nessun impegno viene assunto dall'(eventuale) alienante: una trascrizione a suo carico, che limiti la libera sua disponibilità dell'immobile, non avrebbe evidentemente alcuna ragion d'essere »).

In senso parzialmente contrario, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 738 ss., facendo leva sull'assimilabilità funzionale al patto di opzione.

<sup>(260)</sup> Per la trascrivibilità del patto di prelazione, se configurato come preliminare unilaterale condizionato, FORMIGGINI, *Il fallimento e la trascrizione dei contratti preliminari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 358 e 391. In senso dubitativo, GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 741-742.

traria del promittente di effettuare la *denuntiatio*. Delle due l'una: o si rinuncia a questa arbitrarietà in capo al promittente, snaturando, però, l'essenza stessa della prelazione e vincolandolo già a contrarre, sia pure subordinatamente al verificarsi di un evento incerto (ma non totalmente dipendente dalla sua volontà); ovvero si conclude un contratto preliminare unilaterale sospensivamente condizionato alla decisione del promittente di contrarre, che non può tuttavia produrre l'effetto obbligatorio voluto, ai sensi dell'art. 1355 c.c., e può essere, al più, suscettibile di conversione (ex art. 1424 c.c.) in un patto di prelazione in senso stretto, al quale non potrà applicarsi, come si è visto, la disciplina a tutela dell'aspettativa condizionale.

Nessun problema, invece, relativamente all'ammissibilità (ed alla trascrivibilità) del contratto preliminare unilaterale che non sia sottoposto alla suddetta condizione meramente potestativa. Deve rigettarsi, in particolare, la tesi che ravvisa nel contratto preliminare unilaterale una condizione *si volet*, e quindi *ex parte creditoris*, consistente nella libera scelta del promissario di addivenire o meno al futuro contratto <sup>(261)</sup>: ciò perché l'adesione del promissario è fatto necessario alla formazione ed alla struttura del futuro contratto, e difetta quindi dell'estrinsecità strutturale propria della condizione. Più semplicemente, il contratto preliminare unilaterale si attegga come contratto con obbligazioni a carico del solo promittente, per il quale si porrà, al più, un problema di giustificazione causale dell'unilateralità del vincolo <sup>(262)</sup>.

---

<sup>(261)</sup> In senso critico rispetto alla configurazione del preliminare unilaterale come contratto sottoposto alla condizione potestativa « *si volet* », TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 66; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 740-741.

<sup>(262)</sup> Cfr. sul punto TAMBURRINO, *op. ult. cit.*, p. 64-65; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, cit., p. 538; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., p. 271.



## INDICE DEGLI AUTORI

- ALLARA, 117, 224  
ALPA, 11  
ALPA-FUSARO, 389  
ALPA-MARTINI, 11  
AMADIO, 3, 4  
AMBROGIO, 147-148  
AMBROSINI, 132  
ANDRINI, 15  
ANDRIOLI, 201  
ANELLI, 127, 389  
ANGELICI, 115  
ARATO, 523  
ARCHI, 19  
ARENIELLO, 483  
ARNDTS, 168  
ARU, 312  
ASTOLFI, 477  
ATLANTE, 279  
AULETTA, 292  
AURICCHIO, 474  
AVONDOLA, 5  
AZZARITI, 2, 89, 132, 134, 245, 514
- BACIN, 4  
BALBI, 138  
BARALIS, 268  
BARALIS-BOERO, 144  
BARALIS-MARICONDA, 487  
BARASSI, 99, 317, 385, 461  
BARATTA, 521  
BARBERO, 1, 112, 153  
BARBIERA, 129, 143, 400  
BARENGHI, 268  
BATTAGLIA, 11, 511  
BATTISTA-FRANCHI, 523  
BECHINI, 534  
BEDUSCHI, 11  
BELFIORE, 2, 5, 291, 317
- BENEDETTI, 112  
BERTINI, 504  
BESSONE, 8, 11  
BESSONE-D'ANGELO, 11  
BETTI, 3, 298, 304, 504  
BIANCA, 3, 12, 120, 127, 129, 204, 286,  
328, 365  
BIGIAVI, 345  
BIGLIAZZI GERI, 3, 318, 437  
BIN, 26, 278  
BIONDI, 168, 365  
BOBBIO, 340  
BOCCHINI, 120  
BOERO, 112, 469  
BOERO-BARALIS, 144  
BOLEGO, 478  
BONILINI, 15, 94, 524  
BONOFILIO, 5  
BORTOLOTTI, 110  
BOSELLI, 298  
BOTTARO, 144  
BOZZA, 2, 4  
BOZZI, 312  
BOZZOLA, 129  
BRANCA, 101, 365, 366  
BRECCIA, 3, 529  
BRIENZA, 241  
BRONZINI, 349  
BRUSCUGLIA, 2, 202, 388  
BRUSCUGLIA-GIUSTI, 376  
BUCCISANO, 138  
BUCOLO, 242  
BUSCEMA, 110  
BUSNELLI, 3, 316  
BUTERA, 299, 307  
BUTTARO, 300, 301
- CACCIA, 109

- CAGNASSO, 530  
 CAIANI, 340  
 CALDERONI, 12  
 CALÒ, 178  
 CALVO, 4  
 CAMARDI, 332, 433, 441  
 CAMILLERI, 402  
 CAMPAGNA, 13, 491  
 CAMPOGRANDE, 312  
 CANTAGALLI, 2  
 CAPOZZI, 233  
 CARACCILO LA GROTTERIA, 109  
 CARAVAGLIOS, 374  
 CARBONE, 4, 132  
 CARBONI, 109  
 CARINGELLA, 96  
 CARIOTA FERRARA, 3, 31, 41, 509  
 CARNELUTTI, 55-56, 398, 468  
 CARNEVALI, 122, 129, 509  
 CARON, 113  
 CARPINO, 154  
 CARRARO, 139  
 CARRESI, 3, 108, 110, 352, 389  
 CARUSI, 1  
 CASTANA, 504  
 CASTELLANI, 90  
 CASTELLANO-SCARLATELLA, 304  
 CASTIGLIA, 97  
 CASULLI, 122, 133, 514  
 CATALANO, 4  
 CATANESE, 227  
 CATAUDELLA, 11, 12, 264, 318  
 CATRICALÀ, 524, 529  
 CATTANEO, 2, 328  
 CENNI, 385, 403, 505  
 CERASI, 493  
 CESÀRO, 390  
 CHECCHINI, 10, 11, 82, 99  
 CHERUBINI, 315  
 CHIANALE, 398, 402, 465, 514, 522, 533  
 CHIOMENTI, 407  
 CIAN, 402, 533  
 CIANNI, 89  
 CICALA, 127, 230  
 CICU, 2, 308  
 CIRILLO, 2  
 CLARIZIA, 11, 388  
 COLETTA, 80  
 COLETTI, 110, 342  
 COMPORTI, 145  
 COPPI, 12  
 CORRADO, 468  
 COSENTINI, 2  
 COSTA-SEGNI, 16  
 COSTANZA, 1, 3, 4-5, 11, 331, 407, 484  
 COTTINO, 138  
 COTTO, 522  
 COVIELLO L., 398, 401  
 COVIELLO N., 23  
 CRICENTI, 59  
 CRISCUOLI, 112, 178, 179  
 CRISCUOLO, 268  
 CUPIDO, 491  
 DALMARTELLO, 236  
 D'AMICO, 222  
 D'ANGELO, 98, 279, 507  
 D'ANGELO-BESSONE, 11  
 D'ANTONIO, 2  
 DE CRISTOFARO, 4  
 DE CUPIS, 89, 291  
 DE GIORGI, 514  
 DE GIOVANNI, 27  
 DE GREGORIO-FANELLI, 304  
 DEIANA, 11, 232, 312  
 DELFINI, 533  
 DE MATTEIS, 401-402, 534  
 DE TILLA, 80  
 DELL'AQUILA, 443  
 DE MARTINI, 139, 140, 143, 205  
 DE MARTINIS, 130  
 DE NOVA, 11, 410  
 DE PAOLA, 470  
 DE RENZIS, 406  
 DEROUIN, 1  
 DE SEMO, 2  
 DEVOTO-OLI, 266  
 DI FRANCIA, 11  
 DI GIANDOMENICO, 297  
 DI GIOVANNI, 245, 398-399  
 DI GIOVINE, 59  
 DI GRAVIO, 385  
 DI MAJO, 10, 402, 458, 465, 508, 533  
 DI MAJO-INZITARI, 329  
 DI MAJO GIAQUINTO, 13, 407  
 DI MARTINO, 470

- DI MAURO, 2, 89, 129  
 DI PAOLO, 59, 129  
 D'ORAZI FLAVONI, 469, 521  
 DOGLIOTTI, 4  
 DOLMETTA, 115  
 DOLMETTA-PORTALE, 127  
 DOMAT, 52  
 DONATI, 299  
 DONISI, 51, 472  
 D'URSO, 397  
 DUSI, 353
- ENRIETTI, 378  
 ETTORRE-SILVESTRI, 380
- FADDA E BENZA, 25  
 FALZEA, 1, 11, 12, 13, 14, 34, 50, 51, 126, 200  
 FALZONE-ALIBRANDI, 461  
 FANELLI-DE GREGORIO, 304  
 FAVALE, 399  
 FAVARÒ, 4  
 FEDELE, 301  
 FEDELI, 98  
 FERRANDO, 59  
 FERRARI, 134, 308, 465  
 FERRI G., 487  
 FERRI G.B., 10, 11, 102  
 FERRI L., 407, 466, 493, 514  
 FERRIGNO, 10  
 FERRO, 268  
 FICI, 483  
 FORCHIELLI, 205  
 FORMIGGINI, 534  
 FRAGALI, 26, 284, 299  
 FRANCESCHELLI, 168  
 FRANCHI-BATTISTA, 523  
 FRANZONI, 93, 222  
 FRÈ-SBISÀ, 503  
 FUNAIOLI, 284, 299  
 FURGUELE, 109, 264  
 FUSARO-ALPA, 389  
 FUSCO, 4
- GABRIELLI E., 253, 268, 403  
 GABRIELLI G., 2, 12, 80, 82, 98, 115, 213, 244, 400, 522, 533, 534
- GABRIELLI-PADOVINI, 406  
 GALGANO, 3, 13, 113, 115, 442  
 GALLO, 268, 471, 527  
 GAMBARO, 465  
 GAMBINO, 260  
 GANDOLFI, 1, 181  
 GANGI, 2  
 GARDANI CONTURSI-LISI, 2, 514  
 GASPARRI, 80  
 GATTI, 144  
 GAZZARA, 28, 308  
 GAZZONI, 4, 57-58, 230, 335, 402  
 GENOVESE, 492  
 GENTILE, 468  
 GENTILI, 21, 181  
 GERINI, 470  
 GHIDINI, 504  
 GIACOBBE, 127, 328  
 GIAMMARIA, 11  
 GIAMPICCOLO, 26, 115, 453, 515  
 GIAMPIERI, 8  
 GIANFORMAGGIO, 340  
 GIANNATTASIO, 134, 139, 140  
 GIANNINI, 340  
 GIARDINO, 308  
 GIOFFREDI, 2  
 GIONFRIDA DAINO, 147  
 GIORDANO, 143  
 GIORDANO-MONDELLO, 112, 268  
 GIORGIANNI, 10, 64, 278, 402  
 GIRINO, 521  
 GIULIANI, 508  
 GIUSTI, 312-313  
 GIUSTI-BRUSCUGLIA, 376  
 GOMMELLINI, 59  
 GORLA, 53, 97, 259  
 GRASSETTI, 75, 509  
 GRASSO, 372  
 GRAZIADEI, 138, 376  
 GRAZIANI, 97  
 GRECO-COTTINO, 119  
 GRONDONA, 315  
 GROSSO, 4  
 GROSSO-BURDESE, 135  
 GROSSO-DEIANA, 365  
 GUARNERI, 11, 369  
 GUGLIELMO, 4

- IANNACCONE, 4  
 IANNIELLO, 482  
 IBBA-MARASÀ, 190  
 IEVA, 514  
 INGINO, 521  
 INZITARI-DI MAJO, 329  
 IRTI, 11, 12, 13, 437  
 IUDICA, 185, 503  
 IZZO, 129
- JAEGER, 507, 509  
 JANNUZZI, 380  
 JEMOLO, 172  
 JHERING, 22
- HAYMANN, 299  
 HENLE, 61
- LAMBERTI-FERRARA, 4  
 LANDOLFI, 487  
 LA PORTA, 2, 283  
 LEIBNIZ, 21  
 LEMMI, 349, 470  
 LENER, 10, 36, 85, 402  
 LENZI, 4  
 LEO, 483  
 LICINI, 505, 515  
 LIPARI, 12-13, 85, 113, 128, 132, 143, 365, 509  
 LISERRE, 278  
 LOPS, 112  
 LOREFICE, 380  
 LUBRANO, 177  
 LUMIA, 502  
 LUMINOSO, 90, 91, 129, 135, 145, 222, 351, 447, 511  
 LUMINOSO-PALERMO, 534
- MACARIO, 369  
 MACCARONE, 465  
 MAESTRONI, 480  
 MAFFEI, 20  
 MAFFEIS, 492  
 MAGAZZÙ, 141  
 MAGGI, 4  
 MAIORCA, 1, 3, 12, 468  
 MAJELLO, 11
- MANCINI, 218  
 MANDRIOLI, 16, 458  
 MANENTI, 306  
 MANTICA, 20-21  
 MANZINI, 96  
 MARASÀ-IBBA, 190  
 MARELLA, 315  
 MARICONDA-BARALIS, 487  
 MARICONDA V., 465, 508, 533  
 MARINELLI, 11  
 MARINI, 25  
 MARMOCCHI, 4, 268  
 MARTINI-ALPA, 11  
 MASSETTI, 446  
 MASTROPAOLO, 11, 143  
 MASUCCI, 91  
 MAZZA, 60  
 MAZZAMUTO, 143  
 MAZZARA, 97  
 MAZZARESE, 141  
 MAZZONE, 504  
 MENGONI, 144  
 MESSINEO, 2, 3, 15, 100, 119, 127, 184, 329, 365, 385  
 MICCIO, 143, 504  
 MIGLIORI, 483  
 MIGNOLI, 151  
 MINNITI, 128  
 MIRABELLI, 3, 10, 15, 100, 119, 253, 386  
 MOGLIE, 320  
 MOLTENI, 126  
 MONTECCHIARI, 112  
 MONTESANO, 210  
 MORO VISCONTI, 59  
 MOROZZO DELLA ROCCA, 483  
 MOSCARINI, 112  
 MOSCATI, 94  
 MOZZIO, 20  
 MUSY, 4
- NANNI, 131  
 NAPOLEONE, 129  
 NAPOLITANO, 16  
 NASTI, 2  
 NATOLI, 1, 3, 132, 315, 403, 468  
 NICOLÒ, 2, 11, 134, 258, 268, 298, 369  
 NIGRO, 342  
 NIPPERDEY, 24

- NOBILI, 236  
 NUZZO, 57  
  
 OBERTO, 86  
 OERTMANN, 299, 330  
 OPPO, 299, 303, 359  
 OSTI, 385  
  
 PADOVINI, 520  
 PADOVINI-GABRIELLI, 406  
 PALAZZO, 91, 245, 308, 514  
 PALERMO-LUMINOSO, 534  
 PANELLA, 479  
 PANUCCIO, 13, 50, 56, 127, 329  
 PASSAGNOLI, 524  
 PAVONE LA ROSA, 127-128  
 PECCENINI, 3, 5  
 PELLICANO, 10  
 PELOSI, 2  
 PENNASILICO, 383  
 PERCHINUNNO, 78  
 PEREGO, 26, 372, 525, 532  
 PERLINGIERI, 2, 22, 50, 127, 245, 369, 372, 417  
 PERRONE FILARDI NAPPI, 4  
 PERULLI, 284  
 PETRELLI, 77  
 PIAZZA, 13  
 PICONE, 449  
 PIETROBON, 11, 332  
 PINELLINI, 1  
 PINO, 99  
 PORCARI, 89  
 PORTALE, 402  
 PORTALE-DOLMETTA, 127  
 POTHIER, 53  
 PRATIS, 380  
 PROVINCIALI-RAGUSA MAGGIORE, 502  
 PUGLIATTI, 5, 10, 26, 50, 87, 100, 114, 144, 153, 170, 191, 390, 466, 509  
 PUGLIESE, 132  
 PULEO, 263  
  
 RADICE, 2  
 RAGUSA MAGGIORE-PROVINCIALI, 502  
 RATTIN, 142  
 RAVAZZONI, 312  
  
 REALMONTE, 318  
 REDENTI, 10  
 REGINE, 349  
 REGNI, 93  
 RESCIGNO M., 507  
 RESCIGNO P., 1, 126-127, 156, 333, 402  
 RESCIO, 8  
 RICCA, 11, 91  
 RICCI, 458, 533  
 RICCIUTO, 528  
 RISPOLI FARINA, 143  
 RIVOLTA, 372  
 RIZZI, 112  
 ROCCA, 93  
 ROCCHI, 140  
 ROMANO A., 340  
 ROMANO SALV., 220  
 ROPPO, 55, 70, 129, 202, 388, 507  
 RORDORF, 508  
 ROSSANO, 342  
 RUBINO, 1, 29, 112, 315, 328  
 RUGGIERO, 371  
 RUSSO, 13, 22  
  
 SACCO, 10-11, 216, 464, 482  
 SACCO-DE NOVA, 3  
 SALA, 482  
 SALANDRA, 303-304  
 SALOMONI, 376  
 SALVI, 503-504  
 SANDULLI, 110  
 SANGIORGI, 130, 435  
 SANTAGATA, 511  
 SANTARCANGELO, 380, 494, 495  
 SANTARSIERE, 89  
 SANTORO-PASSARELLI, 3, 512, 514, 523  
 SATTA, 402  
 SAVIGNY, 23  
 SBISÀ, 97  
 SBISÀ-FRÉ, 503  
 SCALFI, 56, 99, 298, 304  
 SCALISI, 10, 13, 27, 243  
 SCHERMI, 89  
 SCHLESINGER, 304, 507  
 SCIALOJA, 2  
 SCODITTI, 371  
 SCOGNAMIGLIO C., 8, 11, 115



- SCOGNAMIGLIO R., 1, 2, 3, 12, 17, 232, 257, 308  
 SEGNI-COSTA, 16  
 SEGRETO, 12  
 SENIN, 307  
 SERIO, 11-12  
 SICCHIERO, 11, 96, 98  
 SIMONE, 132  
 SINISI, 521  
 SMIROLDO, 4, 315  
 SOMARÉ, 5  
 SOTGIA, 304  
 SPADA, 97  
 STANZIONE, 5  
 STELLA RICHTER, 467, 508  
 STOLFI, 198, 271, 380, 464  
  
 TALAMANCA, 29, 91, 134  
 TAMBURRINO, 15, 99, 112, 138, 528  
 TAMPONI, 70, 318  
 TARZIA, 151  
 TASSINARI, 190, 505, 520  
 TATARANO, 1, 2, 308  
 TENDI, 29  
 TERZI, 134  
 TODESCAN, 5  
 TOFFOLETTO, 131  
 TOMMASINI, 13, 57, 199, 397, 474  
 TONDO, 190  
 TORRENTE, 78, 110, 342  
 TRABUCCHI, 2, 112, 333  
 TRIMARCHI P., 4  
 TRIMARCHI V.M., 141, 507  
  
 TRINCHILLO, 349  
 TRIOLA, 2, 15, 80, 108, 112  
 TROISI, 523  
 TULUI, 144  
 UBALDI, 470-471  
 VACCHIANO, 346  
 VALENSISE, 90  
 VALENTINO, 372  
 VALLE, 236  
 VALSECCHI, 100  
 VARELLI, 111  
 VARRONE, 1  
 VASSALLI, 503  
 VENOSTA, 245, 522  
 VERDE, 111  
 VERZONI, 521  
 VETTORI, 523  
 VIGNALI, 483  
 VIGORITA, 110  
 VILLANI, 4  
 VILLELLA, 483  
 VITUCCI, 5, 416-417  
  
 WINDSCHEID, 3, 330  
  
 ZACCARIA, 388  
 ZACCHEO, 366  
 ZANOBINI, 16  
 ZENO ZENCOVICH, 11, 268  
 ZERELLA, 5  
 ZINGARELLI, 266  
 ZUDDAS, 268

## INDICE ANALITICO

- Accertamento*  
— di circostanze preliminari e condizione, 323.  
— quale evento condizionante, 462.
- Accessorietà della condizione*  
— e *condicio iuris*, 279.  
— e condizione testamentaria, 278.  
— e dottrina italiana, 25.  
— e Pandettistica, 24.  
— e principio *accessorium sequitur principale*, 277.
- Accettazione contrattuale*, 384.
- Accidentalità della condizione*  
— accezioni del termine accidentalità nella dottrina, 271.  
— accidentalità e clausola condizionale, 273.  
— accidentalità ed evento condizionante, 274.  
— accidentalità rispetto alla fattispecie, 273.  
— accidentalità rispetto all'effetto giuridico, 275.  
— condizione e fattispecie negoziale astratta, 274.  
— condizione e fattispecie negoziale concreta, 275.  
— condizione ed effetto astratto, 275.  
— condizione ed effetto concreto, 277.  
— e *condicio iuris*, 48, 276, 360.  
— e condizionalità parziale, 261.  
— e condizione di adempimento, 438.  
— e contratto preliminare, 404.  
— e diritto intermedio, 20.  
— e diritto romano, 20.  
— e disciplina degli artt. 1353 ss. c.c., 274.  
— e donazione *si praemioriar*, 516.  
— e dottrina italiana, 25.  
— e mandato ad alienare, 512.  
— e metodo concettualistico, 49.  
— e negozio concreto, 46.  
— e Pandettistica, 24.  
— e patto di opzione, 390.  
— e patto di prelazione, 524.  
— e promesse condizionate ad una prestazione, 103.  
— e prova di resistenza, 273.  
— e vendita con riserva di gradimento, 386.  
— ed estrinsecità strutturale, 274.  
— ed inesistenza di riferimenti codicistici, 36.
- Accollo privato*, 126, 281.
- Accrescimento e condizione*, 307.
- Actus legitimi*  
— categorie di atti non condizionabili, 189.  
— conseguenze della nullità della condizione nei casi non regolati, 190.  
— e scindibilità della condizione, 191.  
— individuazione della fattispecie, 188.  
— tassatività degli, 190.
- Alienazioni in garanzia*, 127, 281.
- Apposizione successiva della condizione*  
— ammissibilità, 240.  
— e patto di riservato dominio nella vendita, 242.  
— e trascrizione immobiliare, 241.  
— negozi con effetti obbligatori, 241.  
— negozi con effetti reali e condizione risolutiva, 241.  
— negozi con effetti reali e condizione sospensiva, 242.
- Aspettativa condizionale*  
— come effetto giuridico autonomo, 395.

- e *condicio iuris*, 347.
- e condizione risolutiva, 415.
- e condizioni improprie, 322.
- e diritto condizionato. *Vedi* Diritto condizionato, 327.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 368.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 378.
- e recesso unilaterale, 408.
- ed estrinsecità strutturale della condizione, 394.
- teoria generale, 34.
- Atti amministrativi*
- e condizione, 16.
- Atti conservativi*
- e *condicio iuris*, 345.
- e condizioni improprie, 322.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 368.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 378.
- e obbligo di custodia, 454.
- e patto di prelazione, 529.
- e promesse condizionate ad una prestazione, 106.
- e sostituzione fedecommissaria, 133.
- e vendita con patto di riscatto, 157.
- e vendita con riserva della proprietà, 152.
- individuazione degli, 452.
- Atti di amministrazione*
- e *condicio iuris*, 347, 357.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 383.
- e sostituzione fedecommissaria, 133.
- e sostituzione ordinaria o volgare, 136.
- e vendita con patto di riscatto, 157.
- e vendita con riserva della proprietà, 152.
- Atti di disposizione in pendenza della condizione*
- applicabilità dell'art. 1357 c.c. a prescindere dagli interessi tutelati, 249.
- disciplina dell'atto traslativo dell'aspettativa, 394.
- e *condicio iuris*, 348, 355.
- e condizione testamentaria, 133.
- e donazione obnuziale, 125.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 381.
- e mandato ad alienare, 512.
- e patto di opzione, 392.
- e patto di prelazione, 529.
- e rapporti obbligatori condizionati, 454.
- e recesso unilaterale, 408.
- e sostituzione fedecommissaria, 133.
- e vendita con patto di riscatto, 157.
- e vendita con riserva della proprietà, 152.
- il diritto condizionato come diritto futuro, 327.
- problema dell'eccezionalità dell'art. 1357 c.c., 356.
- qualificazione del trasferimento di aspettativa, 371.
- rapporto con la regola di retroattività, 354.
- Atti prenegoziali*
- e ciclo formativo interno della fattispecie, 384.
- e condizione, 16.
- e definitività della fattispecie centrale, 392.
- Atti processuali*
- e condizione, 16.
- Autolimitazione della volontà*
- e condizione, 23.
- Automatismo della condizione*
- e condizione di adempimento, 445.
- e condizione potestativa, 293.
- e decisione di una parte sugli effetti del negozio, 293.
- e diritto potestativo, 293.
- e pronuncia giudiziale, 295.
- e risoluzione del contratto per inadempimento, 295.
- e vendita con riserva della proprietà, 150.
- effettiva portata del principio, 294.
- interpretazione dottrinale del principio, 292.

- Avveramento della condizione*  
 — effetto automatico. *Vedi* Automatismo della condizione, 292.  
 — per equipollente, 188.  
 — termine per, 409-410.
- Buona fede (dovere di)*  
 — e condizioni improprie, 323.  
 — e *condicio iuris*, 345.  
 — e finzione di avveramento della condizione, 199.  
 — e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 368-369.  
 — e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 381.  
 — e norme casuali, 200.  
 — e risarcimento dei danni, 201.  
 — e risoluzione del contratto per inadempimento, 201.  
 — e sostituzione fedecommissaria, 133.  
 — e *standards* valutativi, 199.  
 — e vendita a prova, 120.  
 — e vendita con patto di riscatto, 157.  
 — e vendita con riserva della proprietà, 152.
- Capacità a succedere e condizione*, 392-393.
- Capacità di agire*, 392-393.
- Capacità giuridica*, 392-393.
- Causa del negozio giuridico*  
 — causa rigida e causa elastica, 191.  
 — decostruzione del concetto di causa, 52.  
 — determinabilità della, 63.  
 — e condizione, 60.  
 — e controllo di meritevolezza, 57.  
 — e fonti di qualificazione causale, 65.  
 — e forma solenne, 53.  
 — e interesse fondamentale programmato, 56, 57.  
 — e operazione negoziale, 62.  
 — e prestazioni isolate, 62.  
 — e rappresentazione programmatica, 63.  
 — e revoca della clausola condizionale, 224.  
 — e struttura del negozio, 57.  
 — *exceptio e condicio indebiti*, 63.  
 — *expressio causae*, 64.  
 — teoria della causa concreta, 55.  
 — teoria della funzione economico-individuale, 55.  
 — teoria della funzione economico-sociale, 54.  
 — teoria oggettiva classica, 52.  
 — teoria soggettiva, 53.  
 — teorie dell'interesse, 55.  
 — vizio funzionale della causa, 253, 442.
- Causalità giuridica*, 42.
- Cessione dei beni ai creditori*  
 — condizionata all'inadempimento, 503.  
 — e *par condicio creditorum*, 506.  
 — funzione della, 503.
- Cessione del contratto e consenso del contraente ceduto*, 388.
- Cessione del credito in garanzia*, 127.
- Clausola penale*, 141.
- Clausola risolutiva espressa*, 315.
- Clausole di successione nei patti sociali*, 520.
- Coelementi necessari di efficacia. Vedi* *Fonti di qualificazione oggettiva e soggettiva dell'effetto*  
 — applicazione analogica delle norme sulla condizione, 363.  
 — e contenuto degli effetti, 361.  
 — e fattispecie centrale, 392.  
 — e interesse interno negoziale, 361.  
 — e possibile certezza del prodursi dell'effetto, 361.  
 — ed estrinsecità strutturale, 361.  
 — esclusione della eccezionalità dei, 362.  
 — nozione, 33.  
 — peculiarità di disciplina rispetto alla *condicio iuris*, 362.
- Comodato, e condizione risolutiva*, 283.
- Compensazione e obbligazioni condizionate*, 417.
- Concausa*, 33, 41, 467, 496.
- Concessione di servitù su fondo comune*, 386.
- Condicio. Vedi* *Diritto romano*
- Condicio iuris*  
 — accettazione di eredità, 113.  
 — alienazione di beni culturali, 109.

- alienazione di immobili in zone di confine, 108, 352.
- approvazione tutoria dei contratti della P.A., 110, 344, 352.
- Atto di riscatto, 112.
- autorizzazione agli acquisti *ex art. 17 c.c.*, 113.
- autorizzazioni e approvazioni, 111.
- cessione del credito, 114.
- come limite all'autonomia privata, 340.
- concetto generale di, 333.
- convenzione matrimoniale ante matrimonio, 353.
- e accessorià rispetto ad un negozio, 279.
- e accidentalità della condizione, 276, 360.
- e art. 1357 c.c., 348, 355.
- e atti di amministrazione, 357.
- e autorizzazioni richieste per la validità dell'atto, 338.
- e ciclo formativo esterno, 335.
- e ciclo formativo irregolare della fattispecie, 338.
- e codice civile del 1942, 339.
- e coelementi necessari di efficacia, 338, 358.
- e *condicio tacita*, 337.
- e condizioni volontarie legalmente tipizzate, 337.
- e definizione unitaria del concetto di condizione, 426.
- e dovere di buona fede, 345.
- e finzione di avveramento, 342.
- e inscindibilità della condizione, 342.
- e interessi esterni incompatibili, 108.
- e interpretazione estensiva, 340.
- e norme applicabili, 342, 345.
- e norme dispositive, 344.
- e norme sulla pendenza condizionale, 345.
- e omologazione, 111, 115.
- e opponibilità ai terzi, 114, 498.
- e *periculum rei*, 346.
- e prelazione agraria, 108, 353.
- e prelazioni od opzioni legali, 338.
- e pubblicità legale, 338.
- e regolamentazione pattizia del termine di avveramento, 500.
- e requisiti di perfezione e validità del negozio, 337.
- e retroattività, 347.
- e risarcimento del danno, 345.
- e risoluzione per inadempimento, 345.
- e sopravvenuta possibilità dell'oggetto *ex art. 1347 c.c.*, 346.
- e sottoposizione del negozio ad un'ulteriore condizione volontaria, 497.
- e trascrizione immobiliare, 498.
- ed applicazione analogica delle norme sulla *condicio facti*, 341.
- ed atti di amministrazione, 347.
- ed effetto astratto, 47.
- ed interessi esterni incompatibili, 341.
- importazione di merci, 111.
- iscrizione di ipoteca, 112.
- iscrizione nel registro delle imprese, 111.
- non revocabilità della, 343-344.
- notificazioni, 111.
- opinioni dottrinali sull'unitarietà della categoria, 334.
- patti in deroga, 109.
- regolamentazione pattizia della, 497.
- riconoscimento di persona giuridica, 110.
- rifiuto eliminativo, 111.
- *transfert* dei titoli di credito nominativi, 115.
- trasferimento di concessione demaniale, 111.
- trasferimento di farmacia, 109, 352.
- Condicio non est in obligatione
  - condizionalità totale o parziale, 287.
  - condizione risolutiva, 287.
  - condizione sospensiva, 287.
  - e autonomia privata, 289.
  - e disciplina della pendenza condizionale, 290.

- e finzione di avveramento della condizione potestativa, 290.
- individuazione del principio, 285.
- rilevanza per le condizioni potestative e miste, 286.
- Condizionalità parziale*
  - articoli 1353 e 1354 c.c., 259.
  - e aleatorietà convenzionale, 96, 301.
  - e art. 1469-bis c.c., 260.
  - e condizionamento di una delle prestazioni principali, 259.
  - e condizione di adempimento, 448.
  - e condizioni legalmente tipizzate, 260.
  - e contratto d'opera professionale, 284.
  - e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 373.
  - e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 383.
  - e incidenza sulla disciplina del tipo, 282.
  - e negozi ad effetti reali differiti, 262.
  - e negozio plurilaterale, 75.
  - e nullità parziale, 75.
  - e patti accessori, 75.
  - e teoria della pendenza condizionale, 259.
  - e vendite obbligatorie, 262.
  - ed estrinsecità strutturale della condizione, 395.
- Condizione*
  - apposizione successiva della clausola. *Vedi* Apposizione successiva della condizione
  - apposta ad un atto invalido, 397.
  - casuale, potestativa e mista, 347, 417.
  - come congegno neutro e polifunzionale, 248, 416, 431.
  - come elemento primario o secondario. *Vedi* Contenuto del contratto 254.
  - *coronation case*, 78.
  - definizione unitaria del concetto di, 425.
  - del mancato esercizio della prelazione, 80.
  - del rilascio di concessione edilizia in sanatoria, 483.
  - del rilascio di un'autorizzazione giudiziale, 492, 493.
  - del sopravvenire di un elemento centrale del negozio, 397.
  - del sopravvenire di un presupposto di efficacia, 496.
  - del sopravvenire di un presupposto di validità, 490.
  - del successivo acquisto da parte del venditore di cosa altrui, 485.
  - della permanenza del bene nel patrimonio del fallito dopo la chiusura del fallimento, 501.
  - della ripetizione in forma solenne del negozio, 398.
  - della sopravvenuta commerciabilità del bene, 87, 483.
  - della sopravvenuta possibilità dell'oggetto, 472.
  - della successiva imputazione del negozio ad un soggetto, 488.
  - della trascrizione nei registri immobiliari, 461.
  - dell'acquisto dei requisiti soggettivi da parte dell'acquirente di farmacia, 477.
  - dell'adozione della forma *ad substantiam*, 397.
  - di abolizione di un divieto legislativo, 81, 477, 478, 479.
  - di accertamento di inesistenza di formalità pregiudizievoli, 461.
  - di allegazione del certificato di destinazione urbanistica, 484.
  - di modifica del piano regolatore, 77, 477.
  - di non alienare il bene trasferito, 93.
  - di prestare assistenza al testatore, 90.
  - di rilascio di concessione edilizia, 77, 197.
  - di sopravvenute modifiche qualitative del bene, 87.
  - di verifica della proprietà del bene venduto, 320.

- disciplina di condizione sospensiva e risolutiva, 416.
- e accertamento della *causa solvendi*, 67.
- e autonomia privata, 23, 42, 340.
- e causa del negozio giuridico, 60.
- e collegamento negoziale, 85.
- e conformazione del diritto reale, 87.
- e contenuto del contratto, 48, 68.
- e controllo di meritevolezza degli interessi, 160.
- e fonti di qualificazione causale, 66, 83.
- e garanzia, 8, 84.
- e incanto o asta privata, 86.
- e interessi tutelati, 72.
- e morte di uno dei contraenti, 520.
- e negozio concreto, 48.
- e negozio *per relationem*, 269.
- e rapporto giuridico, 256.
- ed *expressio causae* condizionale, 161.
- limitativa della libertà personale dell'istituto, 92.
- *si sine liberis decesserit*, 90-91.
- Condizione di adempimento*
- come condizione unilaterale, 444.
- condizione risolutiva di inadempimento, 442.
- condizione risolutiva e azione di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, 444.
- condizione sospensiva e rapporto tra esecuzione ed efficacia, 447.
- e accidentalità della condizione, 438.
- e art. 1229 c.c., 446.
- e condizionalità parziale, 448.
- e condizione meramente potestativa, 441.
- e condizioni legalmente tipizzate, 457.
- e conseguenze del trasferimento dell'aspettativa o della proprietà risolutiva, 459.
- e disciplina della condizione, 459.
- e doppia qualificazione dello stesso fatto, 457.
- e finzione di avveramento, 454.
- e funzione di garanzia, 85.
- e indebito, 456.
- e ipoteca legale, 435.
- e retroattività, 446.
- e tutela di carattere reale, 434.
- ed estrinsecità assiologica, 440.
- orientamenti di dottrina e giurisprudenza, 432.
- pluralità di modalità operative, 435.
- rilevanza della qualificazione dell'evento come adempimento, 455.
- trattamento tributario, 435.
- Condizione esecutiva*
- differenza con la condizione in senso tecnico, 325.
- disciplina della, 330.
- scelta e individuazione nelle obbligazioni generiche e alternative, 328.
- Condizione illecita o impossibile*
- certezza dell'avveramento della condizione, 185.
- condizione di non fare una cosa impossibile, 184.
- condizione risolutiva certa, 186.
- condizione risolutiva impossibile, 175.
- condizione testamentaria captatoria, 173.
- e conversione del negozio nullo, 182.
- e disciplina della nullità parziale, 179.
- e disciplina pattizia della scindibilità, 179.
- e donazione, 168.
- e presunzione di inscindibilità, 181.
- e principio di conservazione, 182.
- e regola sabiniana in diritto romano, 167.
- impossibilità sopravvenuta della condizione, 187.
- momento di valutazione dell'impossibilità della condizione testamentaria, 187.
- negli atti tra vivi, 175.
- nozione di illiceità, 167.

- nozione di impossibilità, 166.
- nozione di impossibilità giuridica, 166.
- regola sabiniana, 165.
- regola sabiniana e contenuto atipico del testamento, 168.
- Condizione legale. Vedi Condicio iuris*
- Condizione meramente potestativa*
  - e comportamento obbligatorio, 210, 442
  - e condizione di adempimento, 441.
  - e condizioni testamentarie, 204.
  - e *factum a voluntate pendens*, 205.
  - e meritevolezza dell'interesse, 208.
  - e mero arbitrio, 206.
  - e mero arbitrio del terzo, 211-212.
  - e non verificabilità dell'interesse alla condizione, 207.
  - e scindibilità della condizione, 219.
  - identificazione della fattispecie, 203.
- Condizione risolutiva*
  - come fattispecie autonoma, 412.
  - differenze e analogie rispetto alla condizione sospensiva, 411.
  - e fattispecie provvisoriamente efficaci, 415.
  - e peculiarità della vicenda effettuale risolutiva, 413.
  - operatività congiunta con la condizione sospensiva, 448.
  - teoria generale, 35.
- Condizione risolutiva meramente potestativa. Vedi Condizione meramente potestativa*
  - applicabilità di norme sulla vendita con patto di riscatto, 158.
  - e contratto estimatorio, 140.
  - e delimitazione temporale dell'arbitrio del contraente, 409.
  - e donazione con riserva di disporre, 123.
  - e mutuo dissenso, 423.
  - e negozio come evento condizionante, 422.
  - e norme materiali sul recesso, 411.
  - e recesso unilaterale, 406.
  - e vendita con patto di riscatto, 153.
  - tassatività o meno delle fattispecie, 213.
  - validità, 211.
- Condizione sospensiva*
  - e contratti reali, 417.
  - e contratto ad effetti reali, 466.
  - e prescrizione del diritto condizionato, 416.
  - e risoluzione del contratto per inadempimento, 201.
  - e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, 196.
  - operatività congiunta con la condizione risolutiva, 448.
- Condizione sospensiva meramente potestativa. Vedi Condizione meramente potestativa*
  - dipendente dalla volontà dell'acquirente o del creditore, 211, 216.
  - e contratti con prestazioni corrispettive, 205.
  - e contratto preliminare, 404.
  - e negozio come evento condizionante, 421.
  - e negozio senza attribuzioni patrimoniali, 212.
  - e opzione, 215, 217.
  - e patto di prelazione, 525.
  - e rafforzamento del vincolo contrattuale, 209-210.
  - e vendita con riserva della proprietà, 148-149.
  - eventuale nullità del negozio per difetto di causa, 216.
  - inefficacia e non nullità dell'attribuzione, 214.
  - *ratio* della nullità, 204, 209.
- Condizione unilaterale*
  - condizione risolutiva, e doppio condizionamento cumulativo, 237.
  - e articoli 1469-*bis*, 1469-*quinquies*, c.c., 238-239.
  - e clausola espressa di unilateralità, 228, 231-232.
  - e condizione di adempimento, 444.
  - e revoca della clausola condizionale, 231.
  - e scindibilità della condizione, 239.



- e trascrizione immobiliare, 237-238.
- e vendita a prova, 120.
- individuazione della fattispecie, 227.
- natura giuridica, 228.
- produzione dell'effetto risolutivo della condizione, 237.
- rinunziabilità alla condizione, 226.
- Condizioni improprie*
- e disciplina della pendenza condizionale, 322.
- e futurità dell'evento condizionante, 321.
- e requisito della futurità dell'evento in diritto comparato, 324.
- e retroattività, 322.
- identificazione della fattispecie, 319-320.
- presupposti e circostanze preliminari, 320.
- Conferma del negozio nullo*, 396.
- Contenuto del contratto*
- causa e motivi, 68.
- e conversione del contratto nullo, 69.
- e nullità parziale, 69, 70.
- elementi primari ed elementi secondari, 68, 223-224, 254.
- Contratti reali*, 385, 417, 451, 465.
- Contratto a favore di terzi*
- e condizione, 488.
- e revoca della stipulazione, 130, 375.
- Contratto aleatorio*
- applicazione della disciplina condizionale, 301.
- condizionalità di alcuni specifici contratti aleatori, 299.
- contratto di assicurazione, 303.
- contratto di scommessa, 306.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 300.
- ed estrinsecità della condizione, 297.
- ed eventi passati, 300.
- negozi aleatori atipici, 301.
- Contratto d'opera professionale e condizionamento parziale*, 284.
- Contratto estimatorio*, 137, 281.
- Contratto preliminare*
- ad esecuzione anticipata, 402, 451.
- come contratto condizionato, 403.
- e condizione sospensiva meramente potestativa, 404.
- e fonte dell'effetto traslativo, 403.
- e grado di incertezza, 400.
- e procedimento, 401.
- ed accidentalità della condizione, 404.
- ed estrinsecità assiologica della condizione, 404.
- effetti, in confronto agli effetti del contratto condizionato, 405.
- funzione del preliminare e della condizione, 399.
- trascrizione, 533.
- Convalida del negozio annullabile*, 396.
- Dichiarazione di riscatto e restituzione del prezzo*, 451.
- Dichiarazioni di scienza*
- e condizione, 15.
- Dichiarazioni non negoziali di volontà*
- e condizione, 15.
- Diritto condizionato*
- come diritto futuro, 326.
- disciplina positiva, 327.
- e diritto eventuale, 327.
- inesigibilità ed inesistenza, 327.
- Diritto intermedio*
- e *accidentalia negotii*, 20.
- e teoria della condizione, 20.
- Diritto romano*
- e condizione risolutiva, 20.
- e regola sabiniana, 167.
- e teoria della condizione, 19.
- e tutela dell'aspettativa, 20.
- Donazione con patto di reversibilità*, 123, 281.
- Donazione con riserva di disporre*, 122, 281.
- Donazione obnuziale*, 124, 281, 423.
- Donazione si praemioriar*
- e accidentalità della condizione, 516.
- e caratteristiche del patto successorio istitutivo, 517.
- e causa dell'atto, 517.
- e condizione sospensiva, 513.
- e nozione di atto *mortis causa*, 515.

- e retroattività della condizione, 513.
- ed effetti preliminari, 513.
- Doppelwirkungen, 419, 422, 457.
- Eccezione di inadempimento*, 318-319.
- Effetti preliminari*
  - e *condicio iuris*, 347.
- e promesse condizionate ad una prestazione, 106.
- e teoria di Rubino, 28.
- ed estrinsecità strutturale della condizione, 394.
- Effetti precari e risolubili, 410, 414, 445.
- identità nella condizione sospensiva e risolutiva, 413-414.
- Effetto (o vincolo) negoziale*, 37, 234, 257, 393.
- Efficacia giuridica*
  - componente di valore e componente di fatto dell'effetto, 437.
  - e negozio giuridico, 15.
  - e teorie degli effetti negoziali come effetti voluti, 22.
  - ed esecuzione, 326, 438.
  - effetto astratto ed effetto concreto, 48.
  - efficacia del fatto ed efficacia della norma, 42, 265.
- Emptio spei (vendita di speranza)*
  - e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 302.
- Estrinsecità assiologica della condizione*
  - applicabilità della disciplina a prescindere dagli interessi tutelati, 249, 408, 409, 434.
  - e accollo privativo condizionato, 126.
  - e clausola penale, 141.
  - e condizionalità parziale, 261.
  - e condizione di adempimento, 440.
  - e condizione meramente potestativa, 254.
  - e condizione risolutiva meramente potestativa, 130.
  - e condizione sospensiva meramente potestativa, 131.
  - e contratto aleatorio, 297.
  - e contratto estimatorio, 138.
  - e contratto preliminare, 404.
  - e controprogramma, 72.
  - e diritto romano, 20.
  - e donazione con riserva di disporre, 123.
  - e donazione obnuziale, 124.
  - e mandato ad alienare, 513.
  - e metodo concettualistico, 49, 50.
  - e mutuo di scopo, 142.
  - e negozi aleatori, 131.
  - e negozi di alienazione in garanzia, 127.
  - e negozio fiduciario, 510.
  - e patto di prelazione, 524.
  - e patto di reversibilità, 124.
  - e recesso unilaterale, 411.
  - e sconto bancario, 131.
  - e sostituzione fedecommissaria, 132.
  - e sostituzione ordinaria o volgare, 134.
  - e vendita a prova, 121.
  - e vendita con patto di riscatto, 154.
  - e vendita con riserva della proprietà, 147.
  - e vendita con riserva di gradimento, 386.
  - ed assunzione in prova del lavoratore, 131.
  - ed inesistenza di riferimenti codicistici, 36.
  - neutralità del congegno condizionale, 248.
  - rigetto della teoria dei due piani di interesse per la *condicio facti*, 251.
  - rilevanza causale della condizione e conseguenze di disciplina, 252.
  - teoria del duplice piano di interessi, 72.
  - teoria di Falzea, 35.
- Estrinsecità strutturale della condizione*
  - e art. 1353 del codice civile, 36, 256, 384.
  - e capacità giuridica e di agire, 392.
  - e cessione del contratto, 388.
  - e ciclo formativo irregolare della fattispecie, 396.
  - e clausola condizionale, 256.

- e coelementi necessari di efficacia, 361.
  - e consegna nei contratti reali, 385.
  - e conseguenze di disciplina, 392.
  - e diritto romano, 20.
  - e disciplina della pendenza, 267.
  - e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 267.
  - e modifiche legislative durante la pendenza, 393.
  - e negozi soggettivamente complessi a formazione successiva, 386.
  - e negozio *per relationem*, 267.
  - e patto di opzione, 390.
  - e patto di prelazione, 529.
  - e promesse condizionate ad una prestazione, 103.
  - e rapporti giuridici preparatori, 389.
  - e rinvio alla determinazione di entrambe le parti, 268.
  - e rinvio alla determinazione di un terzo, 268.
  - e subordinazione al sopravvenire di un elemento costitutivo, 397.
  - e surrogazione per pagamento, 386.
  - e termine prescrizionale dell'azione di invalidità, 393.
  - e trascrizione immobiliare, 396.
  - e vendita con riserva di gradimento, 386.
  - e vendita salvo approvazione della casa, 386.
  - e vincolo (o effetto) negoziale, 256.
  - ed effetti finali del negozio, 257, 261, 270.
  - ed effetti preliminari, 394.
  - ed evento condizionante, 256.
  - ed incidenza sul tipo di efficacia negoziale, 270.
  - esclusione dell'incidenza della condizione sul contenuto degli effetti, 263.
  - proposta ed accettazione contrattuali, 384.
  - requisiti di validità, venir meno durante la pendenza, 393.
  - teoria di Falzea, 32.
- Evento condizionante*
- coincidenza delle parti del negozio condizionante e di quello condizionato, 420.
  - e forma del negozio condizionante, 425.
  - e negozio giuridico, 418.
  - e produzione degli effetti propri del negozio condizionante, 423.
  - e successiva eliminazione *ex tunc* del negozio condizionante, 424.
  - ed atto di autonomia privata, 155.
  - ed atto di riscatto, 155.
  - negozio dipendente o ausiliario, 420.
  - rilevanza di volontà e capacità relativi al negozio condizionante, 424.
- Fallimento del venditore*
- e *condicio iuris*, 346.
  - e condizione sospensiva, 346.
  - e vendita con riserva della proprietà, 145, 151.
- Falzea*
- teoria della condizione, 32, 45, 72.
- Fattispecie*
- a formazione successiva, 28, 32, 389.
  - astratta e tipica, 46.
  - critiche alla teoria della, 39, 324.
  - e ciclo formativo esterno, 32, 384.
  - e ciclo formativo interno, 32, 384.
  - formazione successiva e procedimento, 389
  - provvisoriamente efficace e condizione risolutiva, 415.
  - teoria della, 27.
- Fictio iuris*
- e finzione di avveramento della condizione, 192.
  - e retroattività, 349.
- Fideiussione*, 306, 311.
- Finzione di avveramento della condizione*
- automatismo nell'applicazione dell'art. 1359 c.c., 196.
  - e circostanze sopravvenute, 200.
  - e comportamenti anteriori alla formazione del negozio, 323.
  - e *condicio iuris*, 342.

- e condizione di adempimento, 454.
- e condizione potestativa, 290.
- e condizione testamentaria, 193.
- e condizioni improprie, 323.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 367.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 377.
- e patto di prelazione, 529.
- e promesse condizionate ad una prestazione, 105.
- e scindibilità della condizione, 193.
- e sostituzione fedecommissaria, 133.
- e vendita a prova, 120.
- e vendita con patto di riscatto, 157.
- e vendita con riserva della proprietà, 152.
- ed evoluzione delle situazioni di interesse, 195.
- ed interesse all'avveramento, 194.
- fondamento giuridico, 197.
- individuazione della fattispecie, 192.
- Fonti di imputazione. Vedi Fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto*
- Fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto*
  - applicazione analogica della disciplina sulla condizione, 367.
  - deduzione dello stesso evento in condizione volontaria, 476.
  - e *condicio iuris*, 358.
  - e contratto di scommessa, 307.
  - e dovere di buona fede, 370.
  - e finzione di avveramento, 367.
  - e negozio *per relationem*, 267.
  - e *periculum rei*, 368.
  - e retroattività, 370.
  - e trascrizione immobiliare, 372.
  - e trasferimento dell'aspettativa condizionale, 371.
  - e vendita dell'esito divisionale, 371.
  - ed aspettativa, 368.
  - ed atti conservativi, 368.
  - ed *emptio spei*, 303.
  - ed estrinsecità strutturale della condizione, 267.
  - individuazione delle fattispecie, 363.
  - negozi con oggetto incerto o indeterminato, 365.
  - negozi su beni e diritti altrui, 364.
  - negozi su beni e diritti futuri, 363, 484.
  - negozi su beni incommerciabili, 366.
  - negozi su oggetto generico o alternativo, 484.
  - teoria generale, 33.
- Fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto*
  - applicazione analogica delle norme sulla condizione, 375.
  - contratto per persona da nominare, 374.
  - e art. 1357 c.c., 381.
  - e aspettativa, 378.
  - e concorsi a premio, 338.
  - e *condicio iuris*, 358.
  - e contratto di scommessa, 306.
  - e deduzione dello stesso fatto in condizione sospensiva, 488.
  - e dovere di buona fede, 381.
  - e finzione di avveramento, 377.
  - e irrevocabilità, 375.
  - e *periculum rei*, 383.
  - e ratifica, 375-376.
  - e retroattività, 382.
  - e sopravvenuta possibilità dell'oggetto *ex art.* 1347 c.c., 383.
  - ed atti di amministrazione, 383.
  - individuazione delle fattispecie, 373.
  - negozi con soggetto estraneo, 373.
  - negozi con soggetto futuro, 374, 379.
  - negozi con soggetto indeterminato, 373.
  - possibile certezza del prodursi dell'effetto, 374.
  - teoria generale, 33.
- Forma della clausola condizionale*
  - ammissibilità della condizione tacita, 243.
  - e disciplina della pubblicità, 244.
  - e forma del *modus*, 245.
  - e negozi con forma solenne, 243.
- Imperfezione del negozio condizionale*

- e art. 1157 del codice civile del 1865, 30.
- teoria della, 29.
- Incertezza della condizione*
- carattere oggettivo o soggettivo, 185.
- e condizione di adempimento, 437.
- e contratto preliminare, 404.
- e presupposizione, 333.
- Inefficacia*
- e atti non negoziali, 17.
- rimediabilità, 236.
- Inscindibilità della volontà condizionata*. Vedi *Scindibilità della condizione*
- e dottrina italiana, 25.
- e Pandettistica, 24.
- Interessi tutelati dalla condizione*
- concorso alla realizzazione dell'interesse causale, 84.
- e alterazione della funzione tipica del negozio, 95.
- e *condicio iuris*, 107.
- e condizionamento di patti accessori, 75.
- e condizioni legalmente tipizzate, 116.
- e controllo di meritevolezza, 160.
- e modifica della causa concreta, 83.
- e nullità per difetto di meritevolezza, 163.
- e promesse condizionate ad una prestazione. Vedi *Promesse condizionate ad una prestazione*, 97.
- e regola sabiniana, 171.
- e utilizzazione « atipica » della condizione, 74, 250.
- ed *actus legitimi*, 192.
- eterogeneità degli, 158, 247.
- evoluzione delle situazioni di interesse, 195, 250.
- indicazione nel negozio degli, 161.
- interesse ulteriore compatibile, 88.
- interessi non attuali o precari, 76.
- Inutilità del negozio giuridico*
- e imprescrittibilità della relativa azione, 66.
- e mancato avveramento della condizione, 66.
- e permanenza di profili regolamentari, 257.
- inutilità assoluta e relativa, 235.
- Invalidità successiva*, 474.
- Ipoteca legale*, 435.
- Irrevocabilità*
- come effetto definitivo, 393.
- come effetto preliminare, 28, 37.
- del negozio sottoposto a *condicio iuris*, 347.
- e finzione di avveramento della condizione, 198.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 375.
- ed estrinsecità strutturale della condizione, 392.
- Legittimazione*, 491.
- Leibniz*
- e teoria della condizione, 21.
- Mandato ad alienare*
- e accidentalità della condizione, 512.
- e condizione sospensiva, 512.
- ed efficacia traslativa, 511.
- intento tipico, 511.
- Mediazione*, 101, 417, 459.
- Motivi del negozio giuridico*
- dogma della irrilevanza dei, 68.
- e condizione, 67.
- teoria generale, 67.
- Mutuo di scopo*, 142.
- Mutuo dissenso*, 423.
- Negozi di attuazione*, 450.
- Negozio a consenso anticipato*, 29, 362.
- Negozio fiduciario*
- e condizione risolutiva, 509.
- e fiducia di tipo germanistico, 508.
- funzione, 507.
- Negozio giuridico*
- Atto programmatico, 13, 15.
- Categoria dell'interesse, 13.
- Crisi, 12.
- e autonomia privata, 41, 46.
- e profilo valutativo, 40.
- Efficacia innovativa, 14.

- impossibilità giuridica dell'oggetto, 479.
- Oggetto, 11.
- oggetto del negozio e oggetto del rapporto, 473.
- Teoria, 10.
- Nullità pendente*, 472, 474.
- Numerus clausus dei diritti reali*
  - e negozio fiduciario, 509.
  - e rilevanza « reale » della condizione, 431.
- Opzione*
  - e accidentalità della condizione, 390.
  - e art. 1357 c.c., 392, 396.
  - e condizione sospensiva meramente potestativa, 215, 217, 390.
  - e condizione unilaterale, 228.
  - e disciplina della fase di « pendenza », 394.
  - ed estrinsecità strutturale della condizione, 390.
- Pandettistica*
  - e teoria del negozio giuridico, 21.
- Patto commissorio*, 128, 281.
- Patto di prelazione*
  - come accordo di natura preparatoria, 529.
  - contenuto ed effetti, 527.
  - e accidentalità della condizione, 524.
  - e autonomia privata, 530.
  - e condizione meramente potestativa, 525.
  - e prelazioni improprie, 531.
  - e teoria del preliminare unilaterale condizionato, 521.
  - ed estrinsecità assiologica della condizione, 524.
  - ed estrinsecità strutturale della condizione, 529.
  - funzione del, 524.
  - teoria dell'efficacia reale e trascrivibilità, 533.
- Patto marciano*, 128, 281.
- Pendenza condizionale*. Vedi *Effetti preliminari*
  - e condizione risolutiva, 415.
  - ed opponibilità ai terzi. Vedi *Atti di disposizione in pendenza della condizione*, 410.
  - peculiarità della vicenda effettuale, 410.
- Possesso*
  - trasmissione durante la pendenza della condizione sospensiva, 395.
- Precario oneroso, e condizione risolutiva*, 284.
- Prescrizione del diritto condizionato*, 416.
- Prestazioni non patrimoniali*
  - e condizione, 9.
- Presupposizione, e condizione*, 330.
- Presupposti*, 490.
- Principio consensualistico*, 463.
- Principio di simultaneità*
  - e dottrina italiana, 22.
  - e Pandettistica, 22.
- Procedimento*, 389-390, 401.
- Promessa al pubblico*, 100, 373.
- Promessa del fatto del terzo*, 306, 314.
- Promesse condizionate ad una prestazione*
  - e revoca della clausola condizionale, 234.
  - natura e disciplina della fattispecie, 97.
- Proposta contrattuale*, 384.
- Prova, patto di*, 131.
- Rapporti giuridici preparatori*, 389.
- Rapporto di aspettativa*, 34.
- Rapporto giuridico fondamentale*, 258.
- Recesso del compratore*, 130.
- Recesso unilaterale*
  - ambito di applicazione, 407.
  - e art. 1357 c.c., 408.
  - e condizione risolutiva meramente potestativa, 406.
  - e revoca unilaterale, 407.
- Rendita vitalizia, e condizione*, 300.
- Requisiti di efficacia*, 29, 30, 31.
- Rescissione per lesione del contratto condizionato*, 417.
- Retroattività della condizione*
  - applicazione analogica della, 348.

- contratti della P.A. soggetti ad approvazione, 352.
- derogabilità della, 350.
- derogabilità nella condizione testamentaria, 350.
- e alienazione di farmacia, 352.
- e alienazione di immobili in zone di confine, 352.
- e comunione legale dei beni tra coniugi, 349.
- e *condicio iuris*, 347.
- e condizione della sopravvenuta possibilità dell'oggetto, 482.
- e condizione di adempimento, 446.
- e condizioni improprie, 322.
- e contratto preliminare, 404.
- e convenzioni matrimoniali *ante* matrimonio, 353.
- e donazione obnuziale, 126.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 370.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 382.
- e negozio mancante anche di un coelemento necessario, 486.
- e patto di prelazione, 529.
- e prelazione agraria, 353.
- e riconoscimento dell'ente acquirente, 353.
- e rifiuto eliminativo, 352.
- e sostituzione fedecommissaria, 132.
- e vendita a prova, 120.
- e vendita con riserva della proprietà, 145.
- ed irrilevanza degli interessi tutelati, 249.
- in diritto comparato, 349-350.
- *modus operandi* della, 348-349.
- possibile operatività per alcuni degli effetti, 355.
- *ratio* della, 348.
- retroattività assoluta e relativa, 353.
- retroattività del recesso unilaterale, 407.
- retroattività reale ed obbligatoria, 353.
- Revoca della clausola condizionale*
- ammissibilità, 220.
- come condizione risolutiva potestativa accessoria, 225.
- e causa del negozio, 224.
- e *condicio iuris*, 343.
- e condizione unilaterale, 231.
- e forma dell'atto di revoca, 231-232.
- e mancato avveramento della condizione sospensiva, 235-236.
- e negozio estintivo-costitutivo, 225.
- e promesse condizionate ad una prestazione, 234.
- ed avveramento della condizione risolutiva, 236.
- *modus operandi* della revoca, 222.
- revoca bilaterale, 221, 224.
- revoca unilaterale, 225.
- successivamente all'avveramento della condizione, 234.
- Rilevanza giuridica*, 34, 261, 419.
- Rimedi sinallagmatici e condizione*, 317.
- Rinuncie in rapporto di corrispettività*, 385.
- Riscatto nella locazione finanziaria*, 319.
- Rischio* (*periculum rei*)
- derogabilità dall'autonomia privata, 368.
- e *condicio iuris*, 346.
- e condizioni improprie, 322.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 368.
- e fonti di qualificazione soggettiva dell'effetto, 383.
- e vendita a prova, 120.
- e vendita con riserva della proprietà, 145.
- Rischio contrattuale*
- e condizione, 8,11.
- Risoluzione del contratto per inadempimento*
- e automatismo della condizione, 295.
- e fonti di qualificazione oggettiva dell'effetto, 369-370.
- rapporti tra gli artt. 1458 e 1357 c.c., 296, 445.
- rinuncia preventiva alla, 443.
- Scindibilità della condizione*. Vedi *In-*

- scindibilità della volontà condizionata*
- e art. 1354 c.c., 175.
  - e articoli 1469-*bis*, 1469-*quinquies*, c.c., 220, 238-239.
  - e *condicio iuris*, 342.
  - e condizione meramente potestativa, 219.
  - e condizione unilaterale, 239.
  - e finzione di avveramento, 193.
  - e promesse condizionate ad una prestazione, 105.
  - e regola sabiniana, 168.
  - e revoca della clausola condizionale, 221.
  - ed *actus legitimi*, 190.
  - eterogeneità delle soluzioni, 250.
- Sconto bancario*, 131, 281.
- Sentenze condizionali*, 16, 458.
- Sinallagma condizionale*, 99.
- Sinallagma e condizione*, 317.
- Situazione mezzo, teoria della*, 258.
- Sostituzione fedecommissaria*, 132.
- Sostituzione ordinaria o volgare*, 134.
- Surrogazione per pagamento*, 386.
- Termine per l'avveramento della condizione*, 409.
- Tipo negoziale*
- condizioni incompatibili con il tipo, e regime della nullità, 283.
  - e accidentalità della condizione, 274.
  - e condizionalità parziale, 282.
  - e condizioni legalmente tipizzate, 281.
  - evoluzione della dottrina, 279.
  - incidenza sul tipo delle varie tipologie di condizioni, 280.
- Transazione*, 285.
- Unitarietà del fenomeno condizionale*, 411.
- Vendita a prova*, 118, 281.
- Vendita a scopo di garanzia*, 129.
- Vendita con patto di riscatto*
- applicabilità alla condizione di norme della, 158.
  - e automatismo della condizione, 293.
  - e cessione del diritto di riscatto, 158.
  - e disciplina del tipo negoziale, 281.
  - e disciplina della condizione, 157.
  - e requisiti del negozio di riscatto, 425.
  - e teoria condizionale, 153.
- Vendita con riserva di gradimento e condizione*, 386.
- Vendita con riserva di proprietà*
- e beni immobili, 469.
  - e comunione legale dei beni tra coniugi, 470.
  - e condizionamento all'accertamento del pagamento del prezzo, 469.
  - e condizione di adempimento, 436.
  - e disciplina del tipo negoziale, 281.
  - e disciplina della condizione, 146, 151.
  - e risoluzione per inadempimento, 149.
  - e teoria condizionale, 143.
  - e trascrizione del patto di riservato dominio, 469.
- Vendita salvo approvazione della casa*, 386.
- Versamento dei tre decimi dei conferimenti in denaro*, 451.
- Vincolo negoziale*. Vedi *Effetto (o vincolo) negoziale*
- Volontà condizionata*
- e concezioni della Pandettistica, 23.



**L. 70.000**  
**€ 36,15** I.V.A. inclusa

---

3930-62

© Copyright - Giuffrè Editore

