



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali

Corso di Dottorato di Ricerca in: Diritto internazionale e diritto privato e del lavoro

XXX CICLO

Il contratto modificativo

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottoranda : Emanuela Morotti

Abstract

La figura del contratto modificativo pone come primo obiettivo d'indagine quello di individuare una definizione in grado di spiegare il particolare effetto che questo contratto produce. E' proprio l'effetto modificativo la cifra caratterizzante di questo tipo di contratto, consentendo di segnare la distanza rispetto ad altre fattispecie che presentano dei profili comuni.

Il riferimento è in primo luogo alla novazione, che costituisce in un certo senso il termine di paragone obbligato di ogni riflessione sul contratto modificativo. Un secondo elemento di confronto è rappresentato dalla prestazione in luogo dell'adempimento, di cui si dimostrerà l'estraneità rispetto alla sfera del contratto modificativo attraverso la proposizione di un'interpretazione, che riesca a dare coerenza ed unità al dettato dell'art. 1197 c.c.

La seconda parte del lavoro si concentra sulla modifica degli elementi accidentali del negozio: la modifica del termine offre l'occasione per stabilire un confronto con la dilazione, figura poco studiata ma che ha grande rilievo nella pratica negoziale. Da ultimo, l'indagine sarà dedicata alla particolare ipotesi dell'eliminazione della condizione, e si cercherà di comprendere la sua appartenenza al contratto modificativo attraverso un percorso argomentativo che integra l'aspetto riguardante la vicenda traslativa con i meccanismi tipici della condizionalità.

Abstract

This body of research is devoted to the study of that particular type of contract which modifies a previous one stipulated by the same parties. The main aim of this thesis is to try and give a definition of the so called “modificative contract”. Its distinctive trait is the difference between the modification and both the effects of canceling and creating contractual obligations.

This point is crucial to address, in order to separate the case we are discussing from different situations. First of all, the main term of comparison is that of the novation of a contractual obligation. After that, we move on to discuss “performance in place of fulfillment” to demonstrate that there is no reason to regard it as a type of modificative contract. To argue so, we propose a new interpretation that can finally explain the three clauses of article 1197 of the Italian Civil Code.

The second part of the research is focused on the modification of the inessential elements of a contract. The termination of a contract is useful in understanding the difference between modification and other cases that are more common in everyday life, such as the delay or the postponement of the deadline. Finally, we discuss whether the elimination of a condition is a form of modification or not, comparing the way property is transferred with the conditional contract.

Sommario

Introduzione	- 1 -
---------------------------	--------------

Parte Prima

La modifica dell'oggetto del contratto

Capitolo I

Le modifiche contrattuali tra contratto modificativo e novazione	- 3 -
-------------------------------------------------------------------------------	--------------

1. Introduzione..... - 3 -
2. L'accordo modificativo di un precedente contratto..... - 4 -
3. Il contratto modificativo e l'autonomia procedimentale..... - 16 -
4. Il contenuto della modifica: la salvaguardia dell'oggetto dell'obbligazione..... - 18 -
5. L'analisi di una diversa ipotesi: l'ammissibilità del contratto modificativo dell'oggetto - 31 -
6. Considerazioni finali: uno sguardo d'insieme al problema del contratto modificativo - 35 -

Capitolo II

La modifica dell'oggetto e la prestazione in luogo dell'adempimento	- 39 -
----------------------------------------------------------------------------------	---------------

1. L'inquadramento del problema - 39 -
2. Una differente proposta interpretativa della prestazione in luogo dell'adempimento - 42 -
3. L'art. 1197 c.c. e il rapporto con la novazione - 46 -
4. Il secondo comma dell'art. 1197 c.c..... - 51 -
5. L'interesse del creditore alla prestazione in luogo dell'adempimento - 58 -
6. L'inidoneità della prestazione viziata ad estinguere l'obbligazione..... - 61 -
7. La definizione dell'evento - 62 -
8. La pendenza della condizione..... - 64 -
9. Il mancato avveramento della condizione - 65 -
10. L'avveramento della condizione - 68 -
11. Il risarcimento del danno previsto dal secondo comma dell'art. 1197 c.c..... - 74 -
12. Il caso in cui la seconda prestazione sia obbligatoria e non traslativa e la cessione di un credito - 74 -
-
13. La realtà e il *pactum de in solutum dando*..... - 76 -
14. Il terzo comma dell'art. 1197 c.c. e l'estinzione delle garanzie prestate dai terzi - 82 -
15. La prestazione in luogo dell'adempimento come modo di estinzione dell'obbligazione..... - 88 -
16. La prestazione in luogo dell'adempimento e l'obbligazione con facoltà alternativa - 92 -
17. Vantaggi e criticità della tesi proposta - 96 -

Parte Seconda

La modifica degli elementi accidentali del contratto

Capitolo I

La modifica del termine del contratto.....	- 99 -
1. La modifica del termine come oggetto dell'indagine	- 99 -
2. Il contratto modificativo del termine di adempimento e la dilazione	- 100 -
3. Effetti eliminativi e inadempimento del contratto	- 105 -
4. La dilazione gratuita	- 107 -
5. Il contratto modificativo del termine e la dilazione nei contratti di durata.....	- 116 -
6. L'obbligazione del fideiussore nel caso di dilazione e di modifica del termine.....	- 118 -
7. La dilazione onerosa.....	- 124 -
8. La dilazione concessa dal debitore	- 129 -
9. La modifica del termine di adempimento di un contratto.....	- 131 -
10. La modifica del termine di efficacia.....	- 135 -
11. La modifica del termine di un contratto e il contratto modificativo	- 142 -

Capitolo II

L'eliminazione della condizione nei contratti.....	- 145 -
1. Il campo di indagine	- 145 -
2. L'eliminazione della condizione nei contratti ad effetto traslativo	- 147 -
3. L'eliminazione della condizione risolutiva nei contratti traslativi	- 152 -
5. L'eliminazione della condizione sospensiva	- 167 -
6. Il possibile operare retroattivo del contratto non più condizionato sospensivamente	- 178 -
7. Il rapporto con i terzi e le conseguenze sugli atti compiuti dopo l'eliminazione della condizione. -	179 -
-	
8. L'eliminazione della condizione nei contratti ad effetti obbligatori.....	- 181 -
9. L'eliminazione della condizione di un contratto e il contratto modificativo.....	- 186 -
Conclusion.....	- 189 -

Introduzione

La teoria delle sopravvenienze¹ che colpiscono i contratti di durata costituisce il terreno d'elezione per lo studio delle modifiche contrattuali: è in quest'ambito, infatti, che troviamo la definizione di rinegoziazione² del contratto e l'applicazione del cosiddetto *ius variandi*. La prospettiva delle sopravvenienze vincola la modifica contrattuale ad una molteplicità di fattori esterni, dato che, per rispondere alle nuove e mutate esigenze, le parti si determinano a modificare il contratto originariamente predisposto. In quest'ottica, l'adeguamento del contratto funge da rimedio che consente ai contraenti di conservare il proprio rapporto, sottoponendolo a modifiche che, in assenza dei mutamenti esogeni, esse probabilmente non avrebbero avuto interesse a realizzare.

Al di fuori di questo contesto, è possibile ricostruire un percorso nel quale la modifica del contratto diventa piena espressione dell'autonomia contrattuale che governa le scelte dei contraenti, indipendentemente dalle ragioni che li hanno spinti a ritornare su quanto avevano inizialmente previsto. La modifica del contratto rappresenta un'occasione privilegiata per analizzare i limiti posti all'autonomia privata rispetto alla possibilità di configurare diversamente il regolamento originario, cercando al contempo di conservarne il vincolo iniziale.

La sfida che si pone ad ogni tentativo di modifica del contratto è quella di capire fino a che punto possano spingersi le parti lungo la strada della

¹ Si segnala lo studio, ancora attuale, di (Osti, 1913) p. 471 ss.; per la dottrina più recente si richiamano (Cesàro, 2000); (Al Mureden, 2004); (Mauceri, 2007), p. 1095 ss.

² Per un approfondimento sul tema della rinegoziazione del contratto e dei rapporti con il contratto modificativo si rinvia a (Macario, 1996), p. 360 ss.; (Gambino, 2000); (Marasco, 2006); (Patti F. P., 2013) p. 210 ss. Per la cosiddetta clausola di *hardship* si rimanda a (Alpa & Delfino, 2005), p. 263. Per la dottrina straniera si rinvia a (Furmston & Tolhurst, 2016), in particolare p. 55 ; (Chen-Wishart, 2010) p. 89 ss.

modifica: il rischio è, infatti, quello di abbandonare il regolamento già predisposto e di realizzare un nuovo e diverso accordo. Si cercherà, quindi, un metodo che permetta di fissare questi confini, rifiutando le opinioni che lasciano ampio spazio alla discrezionalità dell'interprete. Stabilire con chiarezza le ipotesi in cui si realizza un contratto modificativo, e non una diversa fattispecie, assume importanza per le conseguenze che la vicenda modificativa porta con sé, in termini di decorso della prescrizione, di mantenimento delle garanzie prestate dai terzi e, più in generale, di sviluppo del rapporto contrattuale.

Il campo di indagine si concentra sulle modifiche che si possono apportare ad un contratto, non necessariamente di durata: l'analisi si sviluppa intorno alla ricerca di una definizione di contratto modificativo, per poi proseguire con la disamina di alcuni elementi che si prestano a modifica, quali l'oggetto del contratto, il termine e la condizione. Vedremo che lo studio sul contratto modificativo sollecita, per ciascuno di questi aspetti, dei differenti profili di interesse, messi in luce proprio dal confronto – e in alcuni casi dalla confusione – che ruota intorno al concetto di modifica del contratto. Senza avere la pretesa di esaurire un ambito di indagine così ampio e articolato, lo studio si propone di fornire alcuni spunti di riflessione su un tema ricco di fascino e quanto mai attuale.

Le modifiche contrattuali tra contratto modificativo e novazione

1. Introduzione

Impostare un'indagine sul contratto modificativo significa avere di mira due obiettivi principali: il primo è quello di tentare di ricostruirne una possibile definizione³; il secondo è quello di tratteggiarne i confini rispetto alla novazione, figura che costituisce il termine di paragone obbligato per chi si voglia addentrare nello studio del contratto modificativo⁴.

Il binomio contratto modificativo/novazione è difficile da decifrare, stante, da un lato, l'assenza di una definizione normativa di contratto modificativo e, dall'altro lato, la presenza nel codice di elementi quanto mai indeterminati come, ad esempio, il carattere di accessorietà della modifica non novativa.

Proprio l'accessorietà, intesa come principale criterio guida nella distinzione tra modifica e novazione, ha dato luogo a molteplici interpretazioni, sulla base delle quali possiamo definire come modificativo quel contratto che non incide sulla natura, oppure sull'identità⁵, sull'entità, sulla rilevanza⁶ del

³ Si può notare la diversità di approccio rispetto agli studiosi di Common Law, per i quali assume prioritaria importanza la prospettiva dei rimedi. Si veda ad es. (Furmston & Tolhurst, 2016) p. 55, che si interroga se “[...] should that attract some legal modification of the rule so as to allow a contract law remedy or is it a risk that the offeree must accept unless some other area of law provides a remedy?”.

⁴ Sulla necessità di teorizzare il contratto modificativo si rinvia a (Granelli, 1988), p. 69 e 74; sul tema si richiama anche (Pugliese, 2010) p. 63, che segnala come “Il problema di distinguere la novazione dal negozio modificativo è proprio del diritto moderno; si è già visto, infatti, che nel diritto romano la novazione rappresentava l'unico modo per apportare modifiche al rapporto obbligatorio.”

⁵ Si rinvia a (Zaccaria, 1987), p. 185 ss., sulla questione relativa alla “soglia di identità” del rapporto obbligatorio, per la quale si tratta “di stabilire se il mutamento del titolo o dell'oggetto <<snaturi>> il rapporto al punto da mutarne la fondamentale identità”. L'Autore, a proposito dell'identità dell'obbligazione afferma che “fondamentalmente, si è, infatti, tutti d'accordo che nelle ipotesi in cui l'entità della modifica sia tale da alterare l'identità dell'obbligazione, per forza di cose la novazione non potrebbe essere evitata.”

⁶ In questi stessi termini si esprimono (Malaurie & Aynès, 2011) con riferimento alla novazione, p. 659 “Elle implique un changement essentiel de l'obligation originaire, faute de quoi il y aurait simple modification de l'obligation; si le changement est trop important, l'obligation nouvelle n'a plus de lien avec l'ancienne: il y aura eu résolution de l'ancienne,

rapporto originario. Si tratta, come è facile intuire, di formule vaghe, in base a cui è difficile individuare il confine tra contratto modificativo e novazione. Da queste impostazioni pare emergere una regola comune, sintetizzabile nella formula per cui le modifiche contrattuali si potranno sempre fare, purché non si vada ad intaccare il “nucleo portante” del contratto: fino ad allora, sarà sempre possibile aggiungere e togliere elementi e, per così dire, aggiustare il contratto. Quando invece si supera questa soglia, la modifica non è più tale, ma conduce ad una novazione, portandoci direttamente di fronte ad un contratto diverso da quello originario⁷.

Un approccio di questo tipo potrebbe portare ad interpretare come indice di un certo grado di elasticità, la capacità del contratto di subire modifiche senza perdere la propria identità originaria. In quest’ottica, si potrebbe persino attribuire al contratto un fascio di differenti gradazioni, che comunque lo facciano rimanere sempre fedele a se stesso.

Anche in base a questa considerazione, il punto da capire rimane sempre il medesimo, ed è quello di comprendere che cosa sia possibile cambiare, senza alterare l’identità del contratto originario e, al contempo, che cosa ci faccia riconoscere un contratto come tale, e non come uno diverso. Si impone a questo punto una riflessione sul contratto modificativo, avendo di mira un duplice obiettivo: sia di definirne la portata, sia di arrivare ad affermare o negare l’individuazione di un paradigma generale di tale tipo di figura.

2. L’accordo modificativo di un precedente contratto

La vicinanza con l’istituto della novazione rischia di far incentrare l’intera analisi del contratto modificativo su una prospettiva di confronto e di ricerca

suivie de la naissance d’une obligation indépendante; la nouvelle n’aura pas été contractée pour éteindre l’ancienne.”

⁷ La necessità di individuare un criterio guida tra contratto modificativo e novazione emerge chiaramente dai tentativi della giurisprudenza di fornire un’elencazione il più possibile esaustiva delle possibili modifiche non novative. In particolare, si ritiene che costituiscano modificazione accessoria, e che quindi non diano luogo a novazione: il mutamento delle modalità o della quantità della prestazione (Cass. 2796/1978); la modifica del prezzo di vendita (Cass. 1407/1971); l’aumento del canone di locazione (Cass. 2126/1967); la proroga del termine di scadenza di un contratto (Cass. 2026/1969); la sostituzione della cosa oggetto del contratto con altra dello stesso genere (App. Milano, 1957); le modifiche delle modalità di esecuzione della prestazione (Cass. 6749/1987); la modifica delle clausole relative al saggio degli interessi (Trib. Firenze, 1951); l’accordo con cui le parti riducono la porzione del fondo dato in affitto (Cass. 4544/1985).

delle differenze tra le due figure, senza però soffermarsi adeguatamente su quale sia il contenuto del contratto modificativo stesso.

Provando a ricostruire il quadro normativo di riferimento, ci si scontra con indici⁸ – anche solo letterali– che potrebbero far desistere dal tentativo di ricomporre un possibile significato di modifica contrattuale: si pensi all’assenza non solo di una definizione, ma anche della stessa denominazione di contratto modificativo, in aggiunta alla mancanza del termine “modificare” nel testo dell’art. 1321 c.c.⁹, ed infine al richiamo, formulato però in negativo, alla sola modificazione accessoria come non produttiva di novazione. In un simile contesto, è naturale continuare a pensare alla novazione come termine di paragone obbligato per il contratto modificativo, con la conseguenza di ritagliare una definizione di quest’ultimo che sia residuale rispetto alla prima.

L’indagine che si propone vuole, invece, cercare di cogliere l’essenza dell’operazione di modifica di un precedente contratto, partendo dall’analisi dell’art. 1321 c.c., e precisamente dalla scomposizione nei due diversi elementi della costituzione e dell’estinzione di un rapporto giuridico, per individuare se e in che misura questi due aspetti coinvolgano la modifica contrattuale.

L’aspetto costitutivo

E’ noto che la novazione concentri in sé sia l’elemento estintivo sia quello costitutivo di un nuovo rapporto¹⁰. La presenza della fase costitutiva si rende necessaria proprio in conseguenza dell’eliminazione del precedente

⁸ E’ possibile trovare alcuni riferimenti a fenomeni modificativi in contesti più specifici, come ad esempio nella disciplina dell’appalto, in cui, però, il termine prevalente è quello di variazioni (si veda l’art.1659 ss.).

⁹ Si veda sul punto (Criscuoli, 1957), p. 848, secondo il quale nella funzione regolamentare di un rapporto preesistente va compresa quella di modificare: “il negozio modificativo appartenendo ai negozi regolamentari è perfettamente legittimo.” Di contrario avviso è invece (Carresi, 1963), p. 388, che individua la categoria del contratto regolamentare come distinta da quella del contratto modificativo: “Tali contratti [quelli regolamentari], come si è detto, non possono considerarsi costitutivi (in senso stretto) perché non creano una relazione fra le parti (infatti: questa relazione esiste già, o, se non esiste, come nel caso del contratto normativo, se pure questo lo si vuole considerare come un contratto regolamentare, non è che sorga per effetto dello stipulato contratto); ma non possono neppure considerarsi modificativi perché di modificazione può parlarsi soltanto quando un elemento del rapporto venga sostituito rimanendo gli altri immutati: ipotesi questa che, nella specie non ricorre.”

¹⁰ Sul carattere costitutivo ed estintivo della novazione si rimanda a (Rescigno, Novazione , 1957), p.431 ss.

rapporto: estinta l'obbligazione originaria, la formazione di un nuovo vincolo è il risultato di un'operazione di tipo costitutivo, grazie alla quale si pone in essere tra le parti una nuova obbligazione. In un certo senso, se l'interesse delle parti è diretto al mantenimento di un vincolo reciproco, è logico che là dove ci sia stata estinzione del precedente rapporto, non possa che seguire la costituzione di un nuovo rapporto.

Diversamente si deve argomentare per quanto riguarda il contratto modificativo.

La tesi che si propone vuole dimostrare che un contratto modificativo non realizzi alcuna operazione di tipo costitutivo di un nuovo rapporto obbligatorio.

L'argomento che permette di sostenere questa affermazione deriva proprio dalla mancanza, nella modificazione, dell'elemento estintivo¹¹ della precedente obbligazione: se è vero che la modifica non estingue la precedente obbligazione, allora si deve concludere che l'eventuale costituzione di una nuova obbligazione comporterebbe una duplicazione del vincolo obbligatorio tra le stesse parti. Il fatto, però, che la modifica non corrisponde alla costituzione di una nuova obbligazione, permette di scongiurare il rischio di un cumulo di obbligazioni.

Il ragionamento così condotto ci permette di raggiungere due ulteriori considerazioni, che verranno meglio analizzate nel proseguo della trattazione.

- 1) La prima riguarda il fatto che negare al contratto modificativo la fase costitutiva significa che la modifica non potrebbe introdurre una nuova obbligazione, ossia un nuovo rapporto che sia in grado di sorreggersi da sé. Questa affermazione non è priva di rilevanza, perché pone delle limitazioni riguardo al contenuto della modifica che si vuole apportare al contratto.
- 2) La seconda considerazione è una conseguenza della prima, e precisamente consiste nel rilevare che, se la modifica non comporta la costituzione di una nuova obbligazione, altro non vuol dire che ricostruire il modificativo come

¹¹ Si permetta, per il momento, di assumere, come dato già verificato, l'assenza dell'elemento estintivo, affermazione che verrà analizzata nel dettaglio nelle pagine che seguono.

un contratto privo di obbligazione¹²: si vedrà meglio oltre in che termini precisare questa affermazione.

Queste due prime riflessioni, per ora solo brevemente accennate, pongono le basi per quella che sarà l'analisi del contenuto della modifica, da un lato, e della natura del contratto modificativo, dall'altro lato. L'indagine non può fermarsi a queste considerazioni, ma necessita di svilupparsi ulteriormente, prendendo in esame anche l'aspetto estintivo del rapporto, e solo dopo sarà possibile avere una visione d'insieme del contratto modificativo.

Prima di passare ad analizzare l'elemento estintivo, è però possibile fissare una prima, parziale, conclusione.

La possibilità di modificare il contratto incontra il limite insito nella stessa funzione modificativa: questa non può porre in essere una nuova obbligazione, perché in tal caso andrebbe oltre la modifica, entrando nel campo della costituzione di una nuova obbligazione. Tutte le modifiche che fuoriescono dalla semplice funzione modificativa, e rientrano invece in quella costitutiva, non possono formare oggetto di un contratto modificativo.

L'aspetto estintivo

Non necessita di dimostrazione l'affermazione, in sé banale, per cui il contratto modificativo non comporti l'estinzione della precedente obbligazione¹³: anzi, questo è proprio l'aspetto che lo distingue dalla diversa figura della novazione.

Il punto che richiede, invece, una riflessione più approfondita è un altro, e precisamente ci si interroga sul fatto che, a fronte della mancata estinzione

¹² Uno spunto in tal senso lo si ricava da (Carresi, 1963), p. 387, che afferma "Mentre i contratti d'obbligazione sono tutti costitutivi, perché rivolti a dare vita ad un rapporto giuridico patrimoniale, i contratti di disposizione possono essere o modificativi o estintivi di un rapporto giuridico: perciò si dicono anche contratti di <<secondo grado>>".

¹³ Si rinvia a (Schlesinger, 1958), p. 353 ss., sulla duplice vicenda estintiva e costitutiva che caratterizza la novazione sul piano dell'efficacia.

Anche nel diritto francese ritroviamo la presenza di entrambi questi aspetti: si veda ad es. (Malinvaud & Fenouillet, 2012), p. 630 "Les effets de la novation sont exprimés dans sa définition; la novation entraîne l'extinction de l'obligation ancienne et la création corrélative de l'obligation nouvelle, l'une étant la cause de l'autre".

Si può altresì osservare che la recente riforma del diritto francese delle obbligazioni, portata a compimento con l'Ordonnance n. 2016-131 del 10.02.2016, propone nel nuovo articolo 1329 Code Civil, in sostituzione dell'art. 1271 previgente, una definizione di novazione che sembra consacrare i due caratteri sopra visti "La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée."

della obbligazione originaria, tuttavia, una volta intervenuta la modifica, l'esecuzione della prestazione originaria – pur non estinta – non sarebbe più soddisfattiva. E' chiaro, infatti, che dopo la modifica del contratto, la sua esecuzione nei termini originariamente posti dalle parti non è più in grado di soddisfare il loro mutato interesse, ma questa considerazione è difficilmente conciliabile con il fatto che la modifica non produca l'estinzione della prestazione originaria, ma il suo mantenimento.

Possiamo affermare che la modifica opera come elemento impeditivo rispetto alla esecuzione della prestazione originaria, riuscendo così a spiegare la perdita del carattere soddisfattivo dell'adempimento della obbligazione originaria e non estinta. Questo ragionamento ci consente di fare un passo ulteriore nello studio del contratto modificativo, dal momento che possiamo riconoscere come effetto modificativo, e non estintivo, quello nel quale l'obbligazione originaria non viene eliminata, ma allo stesso tempo si rende il suo adempimento non più attuale e soddisfacente.

Si pone a questo punto la necessità di capire quale sia l'obbligazione, la cui esecuzione costituisca adempimento soddisfattivo: la risposta non può non tenere conto della riflessione precedentemente condotta in tema di carattere costitutivo della modifica, portando a riallacciare le fila dei due percorsi intrapresi.

L'indagine finora condotta richiede un'analisi dei risultati raggiunti.

Abbiamo visto che il contratto modificativo, da un lato, non produce un effetto di tipo costitutivo di una nuova obbligazione; dall'altro lato, non comporta nemmeno un effetto di tipo estintivo dell'obbligazione precedente. Si pone quindi la necessità di capire come sia possibile che l'obbligazione originaria, che non viene né sostituita da una nuova obbligazione, né estinta a seguito della modifica, tuttavia non sia più in grado di soddisfare l'interesse delle parti, con la conseguenza che la sua esecuzione non realizza un adempimento soddisfattivo. In maniera speculare, nasce l'esigenza di comprendere a quale obbligazione corrisponda l'adempimento soddisfattivo, dal momento che, lo abbiamo visto, la modifica non costituisce una nuova obbligazione che sostituisce o elimina quella originaria.

Cerchiamo di affrontare con ordine le problematiche così delineate.

La modifica produce delle conseguenze dirette sul rapporto originario, nonostante quest'ultimo, come abbiamo visto, non venga né eliminato, né sostituito dalla costituzione di una nuova obbligazione.

Il fatto che il contratto modificativo non produca un effetto di tipo costitutivo dell'obbligazione non impedisce alla modifica di determinare un'alterazione del contenuto obbligatorio originario, ma incide soltanto in termini di delimitare l'entità della modifica. Il contenuto della modifica incontra infatti il limite rappresentato dall'impossibilità di costituire una nuova obbligazione, e questo sarà da considerare come un'espressa indicazione rispetto al contenuto che può concretamente assumere la modifica. Se si escludono, infatti, dal raggio di azione della modifica, tutte le espressioni che rientrano nel concetto di costituzione di una nuova obbligazione, possiamo ricavare, in via residuale, quale possa essere il contenuto del contratto modificativo.

Prima di procedere, si permetta una breve indicazione di metodo: il percorso argomentativo che si sta affrontando è incentrato sul concetto di modifica del contratto, con l'obiettivo di isolare l'operazione di modifica, per cercare di individuare quale sia il suo contenuto. Il metodo si ispira ad un'analisi di laboratorio nel quale si tenta, in un primo momento, di studiare individualmente ogni singolo fattore rilevante, isolandolo dagli altri dati, per poi, in un secondo momento, reinserirlo nel contesto di riferimento per una visione più completa. Allo stesso modo, in questa prima parte, si è deciso di concentrarsi unicamente sulla singola operazione di modifica del contratto, per meglio capirne i meccanismi di funzionamento, affidando ad un successivo momento l'integrazione dei risultati raggiunti con una prospettiva più ampia, che tenga in considerazione l'impatto esercitato dalla modifica sul contratto originario, da un lato, e sul contratto risultante dalla modifica, dall'altro lato.

Riprendendo l'indagine sul contenuto della modifica contrattuale, proviamo a ricavare delle indicazioni rispetto al limite della mancanza di un effetto di tipo costitutivo.

La prima considerazione è quella di escludere che la modifica possa introdurre nel contratto una nuova obbligazione, in grado di sorreggersi da sé. Questo significa che il contratto modificativo non può rappresentare la

fonte di nuovi obblighi imposti alle parti, ma questi – ove presenti – dovranno dipendere da altra fonte. Se si assume come dato di partenza l'impossibilità del contratto modificativo di produrre un effetto di tipo costitutivo, ne segue che il contratto modificativo non possa autonomamente sorreggere nuovi e ulteriori obblighi rispetto a quelli già posti dal contratto originario.

Una seconda considerazione che si può trarre come conseguenza di quanto appena detto, è quella di escludere che il contratto modificativo possa avere un contenuto corrispondente ad un'attività di tipo esecutivo¹⁴. Se il contratto modificativo imponesse alle parti di comportarsi in un certo modo, introdurrebbe inevitabilmente una nuova obbligazione, con il rischio quindi di fuoriuscire dai confini della modificazione e di entrare nel campo degli effetti costitutivi. Ma c'è di più. Il punto centrale è quello di focalizzarsi sull'operazione di modifica del contratto, e chiedersi in che cosa consista l'obbligazione di modificare il contratto.

Un errore da evitare è quello di considerare il contratto modificativo come un contratto avente ad oggetto una “prestazione di modificare” il contratto, intesa come prestazione di un'attività materiale, esecutiva. Se così fosse, il rischio sarebbe quello di considerare l'operazione di modifica equivalente ad una prestazione di “riparazione” dell'obbligazione precedente: proprio come è possibile riparare un bene difettoso, allo stesso modo sarebbe possibile –ma lo si esclude– “aggiustare” il contratto. Al contrario, l'idea che si sostiene è quella di considerare il contratto modificativo come privo

¹⁴ Da questo punto di vista si coglie la vicinanza del contratto modificativo al contratto normativo, rispetto al quale si rinvia a (Guglielmetti, 1969), p. 47 ss. “E se, nell'ambito del diritto privato, si contrappone <<un'attività esecutiva>> ad << un'attività regolatrice e normativa>>, può ulteriormente precisarsi che il contratto normativo non va classificato tra gli atti esecutivi, perché è diretto a porre delle regole. In sintesi, può, pertanto, ritenersi che il contratto normativo costituisce un *fenomeno di autonomia privata* attraverso il quale si pone in essere *un'attività regolatrice e normativa*, nel senso che esso regola l'attività di coloro che l'hanno stipulato.” (corsivo nel testo). Per vero, anche l'Autore riconosce la distanza tra le due fattispecie, laddove afferma a p. 38 “[...] è possibile che i contraenti convengano di sostituire, modificare od integrare le clausole di negozi particolari già esistenti. Ma, in tal caso, il contratto normativo non è in realtà tale, ma si risolve in un contratto modificativo di contratto in corso”. La differenza risiede quindi nel fatto che le regole poste dal contratto normativo debbano applicarsi soltanto a rapporti futuri e non già esistenti, ma la questione è discussa in dottrina: si veda lo stesso (Guglielmetti, 1969) p.37ss. Un'altra distinzione potrebbe essere rinvenuta nel fatto, anch'esso però dibattuto, che i contratti normativi dovrebbero “regolare una tantum una serie di eventuali rapporti, stabilendone, in tutto o in parte, il contenuto” (si veda l'Autore a p. 33), mentre per il contratto modificativo non si richiede che esso sia inserito all'interno di una pluralità di rapporti tra le stesse parti.

di un contenuto di tipo esecutivo, dal momento che non è possibile attribuire un significato materiale alla prestazione di modificare il contratto. In questo aspetto si può notare la distanza dell'effetto modificativo rispetto a quello costitutivo: quest'ultimo non può essere privo di contenuto corrispondente ad un'attività esecutiva od operativa (un dare, un fare o un non fare, e così via), mentre non è così per il contratto modificativo, che si esaurisce in maniera simile alla (pura) prestazione di consenso.

Si potrebbe obiettare, a questo punto, che anche l'operazione di modifica comporta necessariamente un'attività di tipo esecutivo, perché, se così non fosse, non ci sarebbe nessuna differenza tra il contratto originario e quello modificato.

La tesi che si sostiene vuole proprio evitare la confusione tra questi diversi momenti: quello modificativo, da un lato, e quello risultante dalla modifica, dall'altro, passando inevitabilmente per il contratto originario. Vedremo meglio oltre come declinare questi tre aspetti, che necessitano, in ogni caso, di rimanere distinti; cerchiamo ora di evidenziare quali problematiche crea questo tipo di impostazione.

Innanzitutto, è difficile attribuire un contenuto obbligatorio al contratto modificativo, dal momento che si finirebbe per introdurre una nuova obbligazione, e quindi ad attribuire alla modifica il diverso ruolo di produrre un effetto di tipo costitutivo. La necessità di evitare l'introduzione di un nuovo obbligo pone serie difficoltà anche riguardo ad un altro aspetto già affrontato, ossia quello relativo alle conseguenze dell'esecuzione della prestazione originaria a seguito della modifica. Si potrebbe, infatti, tentare di spiegare la perdita del carattere soddisfacente dell'esecuzione dell'obbligazione originaria, affermando l'imposizione di un obbligo di contenuto negativo, come potrebbe essere quello di non eseguire il contratto nei suoi termini originari. Così facendo, però, si andrebbe ad attribuire al contratto modificativo l'effetto costitutivo di un nuovo obbligo, anche se di contenuto negativo. Allo stesso modo, però, questo ragionamento ci porta ad affrontare un'altra questione, e precisamente ci si chiede se la parte, che adempisse in base al contratto originario e non a quello modificato, sarebbe da considerare inadempiente rispetto al contratto modificativo: se così fosse, cioè se fosse possibile affermare l'esistenza di un inadempimento rispetto al

modificativo, dovremmo concludere che anche il contratto modificativo impone un obbligo di comportarsi in un certo modo, e quindi, in definitiva, ammettere che sia produttivo di obbligazione.

Abbiamo, così, scandagliato tutte le possibili problematiche che pone il contratto modificativo, ed è arrivato il momento di tentare di fornire una risposta alle questioni lasciate aperte.

La tesi che si propone è incentrata sulla necessità di leggere il contratto modificativo come inseparabile dal contratto originario, senza il quale non potrebbe produrre alcun tipo di effetto. Se è vero che, come abbiamo visto, il contratto modificativo, di per sé, non è in grado di determinare né un effetto di tipo costitutivo né eliminativo della precedente obbligazione, è altrettanto vero che l'assenza di un effetto costitutivo o eliminativo non impedisce alla modifica di produrre un'alterazione del contratto originario. E' proprio in questa alterazione, priva di carattere costitutivo o eliminativo, che risiede il *proprium* del contratto modificativo, e sulla quale è necessario focalizzare l'attenzione, se si vuole cogliere la modalità di funzionamento del meccanismo modificativo.

La modifica non è produttiva di una nuova obbligazione, e questo potrebbe essere sintetizzato dicendo che il contratto modificativo è privo di obbligazione: con tale formula, però, non si indica altro che l'impossibilità del contratto modificativo di imporre alle parti un nuovo obbligo, con la conseguenza per cui gli obblighi che nascono a seguito della modifica trovano nel contratto originario la loro unica fonte¹⁵.

La situazione che si crea è del tutto peculiare, perché l'obbligazione deriva dal contratto originario, ma la modalità in cui le parti si obbligano è definita dal contratto modificativo. La prova di questa affermazione la ritroviamo nel fatto che l'esecuzione della prestazione originaria non varrebbe più come adempimento, dopo che è intervenuta la modifica: e questo significa che i termini che vincolano le parti sono dettati dal contratto modificativo, non più dal contratto originario. Allo stesso tempo, però, sappiamo che il contratto modificativo non può far sorgere nuove obbligazioni, perché, in tal

¹⁵ Il contratto modificativo non sostituisce la fonte regolatrice del rapporto, che resta quella originaria: questa caratteristica vale a distinguerlo dalla rinnovazione del negozio, che si realizza quando "il secondo negozio rinnova il primo, che è messo nel nulla e come fonte genetica e come fonte regolatrice del rapporto": si veda (Irti, 1970), p. 145 ss.

caso, non si tratterebbe più di modifica, ma di costituzione di una nuova e diversa obbligazione.

Questa impostazione, che individua un effetto modificativo “puro”, o comunque autonomo rispetto all’effetto costitutivo o estintivo, consente di risolvere un’altra questione, e precisamente quella relativa al modo in cui si pone in essere la modifica.

A questo problema si potrebbero dare differenti risposte, anche lontane dall’impostazione che qui si è adottata. Infatti, se si attribuisse al contratto modificativo un contenuto corrispondente ad una prestazione di tipo esecutivo, avremmo come risultato quello di individuare nel contratto modificativo un contratto con un contenuto che sia, in misura minore o maggiore, equivalente a quello originario, e che contenga in più le modifiche che si vogliono apportare. Se così fosse, la modifica opererebbe o come sostituzione del secondo contratto al primo; o come una fusione tra il contratto originario e quello che chiamiamo modificativo. In quest’ordine di idee, dovremmo immaginare che il contratto modificativo di una vendita sia un’altra vendita, avente contenuto più o meno corrispondente a quella originaria. Prendiamo ad esempio il caso di una vendita non ancora eseguita: se, per ipotesi, si volesse modificare quantitativamente il contenuto del contratto originario, allora il cosiddetto contratto modificativo altro non sarebbe che una vendita equivalente alla prima, ma con il contenuto maggiorato. E’ chiaro che, in una simile prospettiva, è difficile capire se, di fatto, si sia operata la sostituzione del secondo contratto con il primo, oppure se i due contratti si siano, per così dire, fusi tra loro, in modo tale da determinare un cambiamento relativo solamente al profilo che si voleva modificare¹⁶.

Non si concorda con l’impostazione così descritta, e si propone una differente lettura del problema.

Abbiamo detto che il contratto modificativo non ha un contenuto di tipo esecutivo e questo impedisce di considerarlo come un contratto dal contenuto corrispondente, in diversa misura, a quello originario, sul quale

¹⁶ Sempre rimanendo nell’esempio proposto, ci dovremmo anche chiedere se sia opportuno parlare di ripetizione del negozio, relativamente alla parte che non è mutata. Per un approfondimento sul tema della ripetizione si richiama lo studio, ancora attuale di (Irti, 1970), p. 135 ss. Sui rapporti tra ripetizione, rinnovazione e riproduzione del negozio si rinvia a (Gorla, La riproduzione del negozio giuridico, 1933), p. 31 ss.

andrà ad incidere. Quello che si vuole evitare è di separare la finalità modificativa dallo strumento suo proprio, che è il (solo) contratto modificativo.

Una volta individuata una finalità di tipo modificativo, si potrebbe attribuire il ruolo di contratto modificativo a qualsiasi tipo di contratto, cioè ad un contratto che abbia un proprio contenuto determinato (un dare, un fare, o un non fare), e che, sostituito al contratto originario, vada a modificare la situazione giuridica preesistente. Così ragionando, è chiaro che, di fatto, si sia posta in essere una modifica, ma è altrettanto vero che questa non corrisponde al ricorso delle parti allo strumento del contratto modificativo.

Il concetto di modifica è più ampio di quello di contratto modificativo¹⁷, perché la modifica si può realizzare in tanti modi diversi, senza richiedere necessariamente l'utilizzo del contratto modificativo. Quando, però, si vuole ricorrere a tale ultimo strumento, è importante averne chiari i meccanismi di funzionamento.

L'unico contenuto che può assumere il contratto modificativo è quello di incidere sul contenuto del contratto originario, integrandone la portata, e in questo esaurisce la sua funzione. Si capisce, quindi, che l'effetto modificativo non si traduce in una prestazione dal contenuto di tipo esecutivo, come se si potesse individuare una "prestazione di modificazione del contratto", ma agisce piuttosto come un'ulteriore prestazione di consenso, che influisce sul consenso originariamente manifestato.

Non è quindi possibile considerare il contratto modificativo come un contratto corrispondente a quello originario e dal contenuto più o meno simile, dal momento che il contenuto del contratto modificativo si esaurisce nell'effetto modificativo, risultando così estraneo a qualsivoglia altra prestazione. In base a questa impostazione, è possibile riconoscere un'autentica funzione modificativa, senza dover confondere il contratto modificativo con quello che è il risultato della modifica.

Siamo, infine, giunti ad affrontare il momento conclusivo della vicenda modificativa, che si articola in tre differenti fasi: quella iniziale, corrispondente al contratto originario; quella intermedia, avente ad oggetto

¹⁷ Se ne dimostra consapevole (Ghozi, 1980), p. 13 "Certes, la technique même de la modification n'est pas spécifiquement juridique puisqu'on la trouve dans un très grand nombre d'activités, comme imposée ou justifiée par l'ordre des choses."

il contratto modificativo; e quella finale, relativa al contratto risultante dalla modifica. Una simile distinzione è possibile solo in linea teorica, ma si rivela utile in particolare per non confondere tra loro il contratto modificativo e il contratto finale. Quest'ultimo contiene in sé le modifiche che sono state apportate, e ciò consente di riconoscere una corrispondenza diretta tra il contratto finale e quello originario: entrambi sono contratti che hanno un contenuto di tipo esecutivo, a differenza del contratto modificativo, che invece ha ad oggetto solo l'imposizione di una modifica, cioè attiene al momento di prestazione del consenso tra le parti, non invece a quello operativo.

Mentre il contratto originario e quello modificato contengono una prescrizione di comportarsi in un certo modo, il contratto modificativo non obbliga le parti ad alcunché, ma si limita ad impostare diversamente il consenso originariamente prestato.

Quello che ci permette di vedere una continuità tra il contratto originario e quello finale, risultante dalla modifica, è il permanere di un vincolo di "impegnatività" tra le medesime parti, che muta o può mutare parzialmente di contenuto, ma non altera il rapporto che si è instaurato tra debitore e creditore.

In un certo senso, ammettere l'esistenza del contratto modificativo e, più in generale, la possibilità di modificare il vincolo obbligatorio tra le parti, costringe a pensare diversamente la natura del rapporto obbligatorio. Quest'ultimo, infatti, permane come vincolo sottostante tra il medesimo debitore e creditore, ma il suo contenuto concreto è suscettibile di mutare nel corso del tempo.

A fronte di questa considerazione si aprono due riflessioni.

La prima, è di carattere formale, e riguarda la modalità di formazione del contratto. Ci si domanda, in particolare, se la modifica vada in qualche modo ad alterare l'ordinario processo di formazione del contratto.

La seconda considerazione, invece, pone l'attenzione sul profilo sostanziale, e si interroga fino a dove possa spingersi la modifica del contratto, chiedendosi quale contenuto possa in concreto assumere.

3. Il contratto modificativo e l'autonomia procedimentale

Lo studio del contratto modificativo pone in discussione l'ordinario processo di formazione del contratto¹⁸, dal momento che realizza il passaggio da un contratto originario a quello finale, attraverso un processo di modificazione, che non fa venir meno l'identità del contratto di partenza. Abbiamo, infatti, visto che la distinzione tra contratto iniziale e quello modificato è solo teorica, perché si tratta sempre del medesimo contratto originario. Quest'ultimo, come sappiamo, non è stato eliminato dal contratto modificativo, e permane come unica fonte degli obblighi nascenti tra le parti, nonostante sia intervenuta una modifica delle modalità in cui le parti sono vincolate.

Sorge a questo punto una domanda, ed è quella di chiedersi se sia possibile prevedere, fin dall'inizio delle trattative, il contratto modificato come obiettivo avuto di mira dalle parti.

A questa impostazione si potrebbe obiettare che, se l'interesse delle parti è rivolto verso un determinato contratto, logica vorrebbe che si determinassero a concludere proprio quel contratto, e non un altro. Senza considerare, inoltre, che la modifica del contratto comporta costi non indifferenti per le parti, in termini di trattative e di tempo.

Se questo è vero, e se è altrettanto vero che la maggior parte delle modifiche derivano dalla necessità di affrontare degli interessi sopravvenuti e non esistenti al momento della conclusione del contratto, nulla però esclude che le parti abbiano già previsto la necessità di modificare il contratto iniziale, e quindi abbiano interesse ad avere un contratto programmato per svilupparsi in un modo determinato, ad esempio al verificarsi di certe circostanze¹⁹. Inoltre, anche nei casi in cui la modifica deriva da esigenze sopravvenute, non si può non riconoscere che attraverso il contratto modificativo si sta, in realtà, ponendo in essere un contratto diverso da quello iniziale, ed è proprio il modo di formazione di quest'ultimo contratto che richiede una riflessione.

¹⁸ Lo spunto nasce dalla lettura di (Benedetti, 2002) e dalle sue osservazioni riguardo al riconoscimento di un certo grado di flessibilità grazie al quale è concesso ai privati di incidere sul modo di formazione o sulla struttura del contratto.

¹⁹ Si può notare la somiglianza con il contratto condizionale, che risulta fin dall'inizio programmato per svilupparsi in un certo modo: il verificarsi o meno di una determinata circostanza potrebbe – a seconda della natura sospensiva o risolutiva della condizione – realizzare un'evoluzione della vicenda contrattuale diversa dalla fisionomia iniziale che ha assunto il contratto.

Proviamo ad immaginare la vicenda modificativa assumendo una panoramica dall'alto, che tenga conto della progressione delle tre diverse fasi che abbiamo individuato. Attraverso una prospettiva diacronica, si nota che l'obbligazione, cui sono tenute le parti, muta nel tempo, e potremmo immaginare che l'interesse dei contraenti risieda proprio in questo passaggio graduale, da un contratto predisposto in un certo modo, alla sua modifica. Se così è, assume rilievo anche il modo in cui si forma il contratto modificato, che passa necessariamente tramite la fissazione del contratto originario e della sua successiva modifica.

In tal modo, il contratto modificativo verrebbe ad acquistare senso all'interno di una più ampia prospettiva, che si traduce in una modalità di formazione del contratto del tutto peculiare. L'aspetto procedimentale che regge la formazione del contratto modificato si articola in fasi distinte, per approdare al contratto risultante dalla modifica²⁰.

Non si pongono simili problemi di natura procedimentale per la novazione, la quale, estinguendo l'obbligazione originaria, comporta la costituzione di una nuova e diversa obbligazione, che non ha più nulla da condividere con quella precedente.

Non è così, invece, per il contratto modificativo, che, come sappiamo, non rappresenta un modo di estinzione dell'obbligazione precedente, che resta in vita, e permane nonostante la sua modifica. E' proprio la mancanza di un effetto estintivo del rapporto precedente, ad impedire la costituzione di una nuova obbligazione secondo un procedimento di formazione ordinario, realizzando un'evoluzione graduale della stessa obbligazione.

²⁰ Visto nell'ottica della modalità di formazione dell'accordo, possiamo osservare che il contratto modificativo viene ad assumere il ruolo di un negozio di configurazione, "mediante il quale le parti esplicano facoltà procedimentali già previste dalla legge, o pongono regole nuove e diverse, mutando gli schemi formativi legali o creandone di nuovi": si veda a proposito (Benedetti, 2002) p. 425 ss. La distanza tra le due figure, però, è segnata dal fatto che mentre l'accordo di configurazione "si connota in ragione di proprie caratteristiche che discendono dalla natura procedimentale della sua funzione: che è quella di regolare lo svolgimento del procedimento formativo di un contratto che deve ancora essere concluso" (la citazione è sempre di (Benedetti, 2002) p. 427); il contratto modificativo, o meglio, la fattispecie modificativa si sviluppa, invece, "in itinere", nel tempo, ben potendo sorgere come un ordinario contratto, che solo successivamente si modifica: solo attraverso una considerazione *ex post* potremmo quindi cogliere una modalità di formazione del contratto del tutto peculiare.

4. Il contenuto della modifica: la salvaguardia dell'oggetto dell'obbligazione

Abbiamo visto quali sono le caratteristiche del contratto modificativo in un'ottica di tipo descrittivo, senza però aver individuato quale contenuto concreto possa assumere la modifica. La premessa da cui dobbiamo partire ha come capisaldi i due aspetti che, in base alla nostra impostazione, definiscono il contratto modificativo.

Il primo, riguarda l'assenza di un effetto di tipo eliminativo dell'obbligazione cui accede: il contratto modificativo non è un modo di estinzione dell'obbligazione originaria, che permane anche a seguito della modifica. Il secondo aspetto attiene, invece, alla mancanza di un effetto di tipo costitutivo: abbiamo infatti già osservato che il contratto modificativo non potrebbe diventare la fonte di una nuova obbligazione rispetto a quella originaria, a pena di perdere la sua funzione modificativa, e di dar vita ad un nuovo rapporto, che si aggiungerebbe a quello originario.

Poste queste premesse, non è facile individuare quale contenuto attribuire al contratto modificativo, così delineato. Possiamo ipotizzare due differenti soluzioni.

La prima è quella di considerare i vincoli sopra posti in modo rigoroso, applicando il criterio della mancanza di un effetto di tipo costitutivo di una nuova obbligazione. Potranno così rientrare a pieno titolo nella modifica del contratto le modifiche che riguardano il termine, il luogo dell'adempimento, le modalità di esecuzione della prestazione, oppure la rimozione o l'aggiunta di clausole accessorie.

Al contrario, non potranno essere qualificate come modifica tutte le alterazioni che incidono sull'oggetto dell'obbligazione, sia che sia inteso come bene materiale, sia come prestazione. In tali ipotesi, la tesi che si propone nega il ricorso al contratto modificativo, a vantaggio, invece, della figura della novazione dell'obbligazione oppure, qualora manchi l'intento estintivo, si realizzerà la costituzione di una nuova e diversa obbligazione, indipendente dalla prima.

A questa tesi si potrebbe contestare di seguire ossequiosamente una lettura troppo rigida dell'art. 1230 c.c., dal momento che arriva a negare cittadinanza alle modifiche oggettive non novative, non solo quando sia in

questione la prestazione, ma anche l'oggetto del contratto: in quest'ultimo caso, in particolare, vorrebbe dire escludere dal campo modificativo anche le cosiddette modifiche quantitative dell'oggetto. Cerchiamo di affrontare più approfonditamente i distinti profili della modifica quantitativa e qualitativa dell'oggetto.

Le modifiche quantitative dell'oggetto

Le modifiche, che attengono alla misura dell'oggetto o al *quantum* della prestazione, possono trovare una radice comune nella possibilità, in generale, di scindere il contratto e, più precisamente, di consentire la divisibilità della prestazione, oppure di porre in essere atti di disposizione sulla quota di un bene²¹. Si tratta, in entrambi i casi, di una medesima prospettiva, che ha riguardo al profilo quantitativo dell'oggetto del contratto, e valida qualunque sia la definizione di oggetto che assumiamo, come bene o come prestazione. Questi esempi, però, non fanno altro che confermare la possibilità di incidere, con diverse modalità, sull'oggetto del contratto, ma non danno alcuna indicazione circa la natura modificativa di tali operazioni.

Un'altra questione, dalla quale è bene fin d'ora prendere le distanze, è quella che riguarda la riduzione del prezzo a seguito dell'esperimento della garanzia per vizi: alcuni autori²² hanno infatti attribuito all'azione estimatoria una funzione modificativa, motivando dalla variazione quantitativa che subisce il prezzo originariamente pattuito²³.

Non si condivide una simile opinione, per due ordini di ragioni: in primo luogo, si può notare che la riduzione del prezzo in conseguenza dei vizi non comporta una modifica del regolamento contrattuale, ma incide unicamente sulla fase esecutiva della prestazione. Ma, qualora la distinzione tra la previsione contrattuale e il momento della sua esecuzione non convincesse,

²¹ Sul punto si veda (Ceolin, 2014) p. 9 ss.

²² (Ghozi, 1980) p. 24 cita l'azione estimatoria come esempio di modificazione dell'oggetto del contratto.

²³ Da osservare che in un ordinamento molto simile al nostro, come quello francese, alcuni Autori hanno visto nell'azione estimatoria un modello di risoluzione parziale: si veda ad es. (Ghestin & Desché, 1990), secondo i quali, a p. 815, "l'action estimatoire, qui conduit à une réduction du prix, a les effets de la réfaction, mode de résolution partielle consacré par la jurisprudence". Di contrario avviso è (Rigalle-Dumetz, 2003), p.171, che tiene distinte le due fattispecie, dal momento che non riscontra nell'azione estimatoria un effetto estintivo, che, invece, dovrebbe caratterizzare la risoluzione parziale.

si porta un'altra argomentazione per negare la natura modificativa della riduzione del prezzo a seguito dell'azione estimatoria.

Le tesi, che considerano l'*actio aestimatoria* come una modifica del contratto²⁴, si focalizzano unicamente sulla riduzione del prezzo, ossia sulla prestazione di carattere pecuniario, che, in sé, non subisce alcun vizio. Resta, invece, in ombra la prestazione che è viziata, che, a logica, costituisce il presupposto per la successiva richiesta di riduzione del prezzo. A questo punto, coerenza vorrebbe che la modifica ricada non solo sulla prestazione che non è viziata, ossia sulla prestazione di pagare il prezzo, ma anche sulla prestazione che risulta viziata. Anche così ragionando, si deve concludere che, se a fronte della prestazione di un bene viziato si procedesse alla modifica del prezzo, quello che solo in apparenza potrebbe sembrare un vantaggio per il compratore, si rivelerebbe in realtà una rinuncia alla disciplina dei vizi, che gli garantisce una tutela non solo in termini di riduzione del prezzo, ma anche in via di risarcimento. Infatti, nessun risarcimento sarebbe più dovuto, se le parti acconsentissero a modificare il contratto, ossia a considerare, come una modifica volontaria, quello che invece è un difetto a livello di esecuzione della prestazione.

La modifica successiva avrebbe infatti l'effetto di "sanare" il vizio²⁵, il quale non sarebbe più tale, ma andrebbe considerato come una esecuzione corretta del contratto, così come successivamente modificato. Al contrario, è proprio il fatto che il contratto non muta, a consentire di qualificare come

²⁴ La questione non è priva di rilevanza, se è vero che ha portato le Sezioni Unite della Cassazione a pronunciarsi e ad affermare che in tema di compravendita, l'impegno del venditore di eliminare i vizi che rendano il bene inidoneo all'uso cui è destinato, o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico, di per sé non dia vita ad una novazione oggettiva dell'originaria obbligazione di garanzia, e hanno attribuito a tale dichiarazione il solo effetto di consentire al compratore di non soggiacere ai termini di decadenza di cui all'art. 1495 c.c. in sede di esercizio dell'azione di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto: si rinvia a Cass. S. U. 13294/2005. Sul punto si richiama (Pugliese, 2010), p. 40 ss., in cui con riferimento all'impegno del venditore di eliminare i vizi afferma che "La questione è se l'assunzione di detto impegno dia luogo ad una novazione oggettiva del rapporto, sostituendo all'originaria obbligazione di garanzia ex art. 1490 c.c. una nuova obbligazione, avente ad oggetto appunto l'eliminazione dei vizi, oppure costituisca una diversa modalità di esecuzione dell'originaria e persistente obbligazione di garanzia." Si rinvia altresì a (Lanotte, 2006), p. 2423 ss.

²⁵ In quest'ordine di idee, assume un ruolo decisivo il fatto che si sia realizzato un inadempimento, ossia un'esecuzione errata della prestazione. Una volta che sia intervenuto l'inadempimento, il contratto non può più essere modificato, e le vicende che riguardano la fase successiva alla erronea esecuzione non potranno più essere "sante" con l'espedito del contratto modificativo. Questo aspetto sarà maggiormente approfondito oltre, in tema di modifica del termine di adempimento del contratto.

viziata la prestazione che non corrisponde a quella prevista e, di conseguenza, a legittimare la parte che l'ha ricevuta a promuovere l'azione estimatoria. Da questi motivi non può che negarsi la possibilità di attribuire una funzione modificativa del contratto alla riduzione del prezzo in conseguenza dei vizi.

Se torniamo a concentrarci sulle modifiche quantitative, noteremo che è possibile portare un argomento in grado di confutare la loro presunta irrilevanza. Si potrebbe infatti osservare che anche la più minima modifica della quantità è suscettibile di essere ripetuta un'infinità di volte, così da incidere grandemente sull'entità della prestazione, fino ad azzerarla, in caso di modifica in diminuzione; oppure fino a stravolgere il contratto originario, in caso di modifica in aumento.

Se così è, per continuare ad ammettere la possibilità di realizzare una modifica quantitativa dell'oggetto tramite il contratto modificativo, dovremmo introdurre dei limiti a tale tipo di modifica nel *quantum*, come potrebbe essere, ad esempio, il raggiungimento, in eccesso o in difetto, della metà della prestazione originaria, o di una qualsiasi altra sua frazione.

Come è facile intuire, non si condivide tale impostazione, dal momento che, con simili tentativi, non si farebbe altro che cercare di quantificare la rilevanza della modifica, utilizzando un criterio che, se in sé è oggettivo, trattandosi di un limite numerico, la sua fissazione, tuttavia, è quanto di più soggettivo possa esserci: non è chiaro infatti come si possa essere certi che la modifica della metà, o di un terzo o di un quinto di una data prestazione sia irrilevante, mentre non lo sia la medesima frazione aumentata di una sola unità, ossia appena superato il limite indicato.

Al di là di questo aspetto, si vuole rilevare che un simile tentativo ha come presupposto un'impostazione completamente opposta rispetto a quella che, invece, si condivide. Il tentativo di trovare un contenuto obiettivo alla soglia di rilevanza della modifica ci riporta a scontrarci con la difficoltà di individuare non solo un criterio univoco per tracciare il confine tra la modifica rilevante e quella irrilevante, ma soprattutto implica la possibilità di poter definire che cosa si intenda per rilevanza della modifica. La scelta sulla quale si è impostata la presente indagine è, invece, quella di individuare la creazione di un effetto di tipo costitutivo o estintivo e, in caso

positivo, negare la possibilità di attribuire un simile contenuto al contratto modificativo, in favore di altre figure. In tal modo, si introduce un indice obiettivo che consente di abbandonare il criterio della rilevanza della modifica, che abbiamo visto fondarsi su basi poco solide e non facilmente individuabili.

Le difficoltà appena osservate si rivelano ineliminabili, se si attribuisce al contratto modificativo la possibilità di incidere quantitativamente sul contenuto del contratto. In una simile ipotesi, infatti, dovremmo riuscire ad individuare quale sia il limite oltre il quale la modifica non è più tale, ma assume così rilevanza da alterare il contenuto del contratto, con il risultato di intrappolare l'indagine in un problema senza soluzione.

Si può invece affermare che la modifica quantitativa comporta un effetto di tipo costitutivo, in caso di aumento; viceversa, in caso di riduzione, produce un effetto di tipo eliminativo²⁶ dell'oggetto del contratto, ragion per cui, in base all'impostazione sopra adottata, dovremmo concludere per l'impossibilità di ricondurre tali operazioni allo strumento del contratto modificativo, rigorosamente inteso. Ad ulteriore sostegno di questa tesi, si potrebbe osservare che l'alterazione del profilo quantitativo del contenuto contrattuale non si riduce ad una mera operazione di calcolo aritmetico, ma incide bensì sulla misura dell'obbligo assunto dal debitore, comportando una diversa valutazione dell'impegno da questo inizialmente previsto.

Le modifiche qualitative dell'oggetto

Diversamente bisogna argomentare per quanto riguarda le modifiche di tipo qualitativo, rispetto alle quali non si tratta di variare il *quantum* della prestazione, ma il *quid*. Anche in tal caso, l'impostazione che adottiamo consente di considerare l'oggetto del contratto indifferentemente come bene oppure come prestazione: non si condivide, infatti, la tesi di chi considera meno rilevante la modifica del bene, come se fosse semplicemente una "sostituzione" priva di spessore giuridico, ma, al contrario, si crede che anche questa ipotesi si presti ad un maggior approfondimento.

²⁶ A sostegno di questa tesi si può portare la riflessione di Gorla, che ricostruisce in termini di remissione la modifica quantitativa per riduzione dell'oggetto: si veda (Gorla, 1952) p. 342; mentre riconduce allo schema della donazione, pur senza lo spirito di liberalità, le ipotesi di modifica quantitativa per aumento: si veda p. 276 (Gorla, 1966).

Si potrebbe osservare che non sono estranee al nostro ordinamento le ipotesi in cui il bene oggetto della prestazione muti rispetto a quello che era stato originariamente previsto: si potrebbe portare l'esempio della sostituzione di bene viziato oppure della surrogazione reale, come modelli per suffragare l'ammissibilità di una modifica oggettiva che – sicuramente in tali casi – non importa novazione²⁷. Una simile impostazione non pare condivisibile, almeno per quanto riguarda la riconducibilità al fenomeno modificativo dei due esempi sopra proposti.

Più precisamente, per quanto riguarda la sostituzione dell'oggetto viziato, si nega la sua qualificazione in termini di modifica, dal momento che la consegna di un bene difettoso attiene al momento dell'esecuzione del contratto e, come tale, non sarebbe in grado di influire sul regolamento contrattuale. Le vicende che riguardano l'esecuzione contrattuale non vanno ad incidere sulla previsione così come è stata inizialmente predisposta dalle parti: tanto è vero che l'esecuzione potrebbe persino non esserci, ma, anche in tal caso, il contratto non subirebbe alcuna modificazione.

Inoltre, in maniera analoga a quanto osservato per l'azione estimatoria²⁸, si deve notare che lo stesso rimedio della sostituzione del bene viziato presuppone l'esistenza immutata del contratto originario, che funge da termine di confronto rispetto al quale valutare l'idoneità o meno del bene effettivamente consegnato.

Una diversa prospettiva, invece, è da assumere con riguardo alla surrogazione reale, rispetto alla quale non si nega la vicinanza alla fattispecie modificativa, ma ci si limita a rilevarne i fattori di divergenza.

Due sono gli elementi da prendere in considerazione.

²⁷ Per un'analisi dettagliata dell'argomento di rinvia a (Gianola, 1999), p. 238 ss., che ricostruisce in termini di problematicità il rapporto tra surrogazione reale e novazione. In particolare, è con riguardo alla cosiddetta surrogazione in senso lato, ossia all'ipotesi che ricorre nel caso in cui il nuovo bene risulti incompatibile con il diritto originario e quindi il nuovo rapporto giuridico appaia diverso da quello precedente, che si riscontrano opinioni divergenti. Parte della dottrina ha ricondotto anche questa ipotesi alla surrogazione: si veda (Moscarini, 1971), p. 696; invece, altri Autori hanno negato una simile possibilità: per tutti, si richiama (Magazzù, 1990), p. 1502, secondo cui "La necessità perché vi sia surrogazione reale del trasferimento del diritto da un bene ad un altro porta all'impossibilità di ricomprendere nella nozione in esame quelle vicende in cui, a causa di una incompatibilità del diritto originario con il nuovo bene, il mutamento oggettivo comporta l'estinzione del diritto e la nascita di un nuovo diritto avente ad oggetto il nuovo bene. La surrogazione reale, in altri termini, opera solo se il bene oggetto del diritto è fungibile o quantomeno convertibile in danaro."

²⁸ Si noti il parallelismo tra le due argomentazioni, tale da escludere in ogni caso la loro riconducibilità alla modificazione del contratto.

Il primo profilo consiste nell'osservare che la surrogazione interviene in quei casi in cui il bene inizialmente previsto viene meno per ragioni indipendenti dalla volontà delle parti. Si pensi, ad esempio, al caso di perdita della detenzione della cosa per fatto non imputabile al depositario (art. 1780 c.c.), oppure all'ipotesi di alienazione della cosa in buona fede da parte dell'erede del depositario (art. 1776 c.c.): in questi casi, potremmo attribuire alla surrogazione reale un ruolo simile a quello di rimedio per le sopravvenienze, dal momento che funge da risposta che l'ordinamento appresta per quelle situazioni nelle quali il bene originario non può essere restituito a causa di eventi non inizialmente previsti dalle parti.

Il secondo elemento da considerare riguarda il fatto che, nel caso di surrogazione reale, il bene non assume importanza per sé stesso, ma per il valore economico che esprime²⁹. Questo profilo, in particolare, ci permette di affrontare un argomento che si rivela decisivo anche per la riflessione sul contratto modificativo.

La possibilità di surrogare un bene con il suo valore economico assume due diversi significati: dal punto di vista dell'oggetto considerato, assume la funzione di una liquidazione; dal punto di vista del rapporto tra le parti, assume un significato più importante, perché si traduce in un giudizio di equivalenza tra il bene e il suo valore, introducendo nel rapporto contrattuale il concetto di fungibilità³⁰ dell'oggetto.

La sostituzione del bene originario è possibile perché le parti considerano equivalente ricevere l'uno invece che l'altro, perdendo importanza il fatto che la sostituzione sia realizzata con denaro³¹ o con un bene diverso. Se il

²⁹ Si legge in (Gianola, 1999), p. 241, che “La dottrina ravvisa il fondamento della surrogazione reale nell'inerenza dell'interesse giuridicamente protetto al valore economico della cosa”. Sul punto si segnala anche (Esu, 1993), p. 2 ss., che conferma che la surrogazione reale trova applicazione in tutti i casi in cui l'ordinamento giuridico considera meritevole di tutela l'interesse del titolare del diritto al conseguimento del valore economico del bene.

³⁰ Si veda (Magazzù, 1990), p. 1504 “occorre che l'oggetto del diritto (il bene in senso giuridico), corrispondente all'interesse astrattamente tipizzato dalla norma, consenta il mutamento del suo elemento materiale (la cosa); occorre cioè che questo elemento materiale sia per così dire fungibile e al limite convertibile in valore pecuniario, appunto quanto accade nella maggior parte delle ipotesi: allora si ha un vero mutamento nell'oggetto del diritto ossia uno svolgimento interno della situazione giuridica non un mutamento del diritto una sua trasformazione, o tantomeno, una sorta di novazione”.

³¹ (Moscarini, 1971), p. 975 “Al dato fenomenico del succedere, nella realtà economica, di una somma di denaro ad una cosa, o viceversa, corrisponde, nella valutazione dell'ordinamento, un'ipotesi di surrogazione reale, in tutti i casi in cui si presenti come meritevole di tutela giuridica l'interesse al conseguimento del valore economico della cosa.

criterio che rende possibile la surrogazione risiede nel giudizio di equivalenza operato dalle parti, nulla impedisce che una simile valutazione possa essere rivolta anche all'intera prestazione oggetto del contratto.

La fungibilità di un elemento con un altro si basa, infatti, su una valutazione di tipo soggettivo, che, in quanto tale, potrebbe abbracciare qualsiasi tipo di variazione, senza incontrare limiti, al di fuori della mera volontà delle parti. Sappiamo, però, che non è così, perché la legge stessa, nel momento in cui ammette la surrogazione, ne disciplina anche il contenuto, fornendo in tal modo un indicatore in grado di segnalare i limiti che si impongono alle parti nel porre in essere tale tipo di operazione. Nelle varie ipotesi di surrogazione reale, la legge consente la sostituzione del bene originario con il corrispettivo ricevuto dal debitore per la sua alienazione (artt. 535 e 1776 c.c.), oppure con la prestazione di quanto il debitore abbia conseguito dal terzo a titolo di risarcimento (artt. 1259 e 1780 c.c.).

Si capisce, quindi, che la surrogazione reale ha sempre come punto di riferimento il valore obiettivo del bene che viene surrogato, non contemplando, invece, alcuna ipotesi di modifica svincolata dai parametri che segnano il valore economico del bene iniziale. Nulla di tutto ciò potrebbe essere più distante rispetto alla libera modificabilità del bene oggetto della prestazione.

Questa riflessione ci riporta ad affrontare il tema del contratto modificativo e del contenuto che può assumere la modifica.

La surrogazione reale e la fungibilità del bene sono argomenti che si prestano ad essere riproposti anche in merito alla possibilità di modificare l'oggetto del contratto, senza alterarne la sua originaria identità³². E questo è

[...] Il fondamento dei due aspetti del fenomeno giuridico, riassumibile nella nozione di surrogazione reale, e cioè del permanere dell'identità del rapporto, allorché di questo la novità dell'oggetto non ne alteri la struttura, o del nesso di derivazione del nuovo rapporto da quello preesistente, va dunque individuato nell'inerenza dell'interesse giuridicamente protetto, in via primaria o anche in via succedanea, al valore economico della res".

³² Si prenda ad esempio la ricostruzione che fa (Ghozi, 1980) del contratto modificativo, in cui assume particolare rilevanza l'elemento della fungibilità: egli propone una teoria della doppia fungibilità, non solo tra gli oggetti, ma anche tra l'oggetto e la causa. Si veda p. 33 "C'est pourquoi le succès de la modification – sans altération du rapport de droit- suppose nécessairement, outre la fongibilité des objets entre eux, le respect du rapport instrumental existant entre l'objet et la cause. Ce n'est qu'à cette double condition que le nouvel objet <<paiera>> le rapport juridique originaire. La conservation du rapport juridique originaire impose donc l'équivalence des objets entre eux tant pour leur valeur satisfaisante aux yeux des parties que pour leur rôle instrumental par rapport à la cause. C'est ce que nous appellerons la double fongibilité." E prosegue, a p. 34 "Ici la fongibilité est parfaite

vero se pensiamo al fatto che l'intera riflessione sul contratto modificativo dell'oggetto ruota attorno ad un'unica grande domanda, che è quella di chiedersi se possano i contraenti operare un giudizio di equivalenza tra due beni distinti, ritenuti, però, fungibili dalle parti.

La fungibilità si rivela come l'elemento chiave nella distinzione tra contratto modificativo e novazione, dal momento che è in grado di annullare la distanza tra due beni che sono oggettivamente distinti e, quindi, di fornire una risposta alla domanda che possiamo ricavare dalla lettura *a contrario* dell'art. 1230 c.c., ossia: quando l'oggetto³³ dell'obbligazione non è diverso da un altro? Quando è fungibile.

In altre parole, si tratta di capire se ci siano limiti alla libera fungibilità del bene oggetto dell'obbligazione, oppure tale facoltà sia affidata alla sola discrezionalità dei contraenti. E' chiaro infatti che, in un caso, si potrebbe ammettere la sostituzione di un bene diverso a quello originario, senza però incidere sull'obbligazione; nell'altro caso, invece, dovremmo negare tale possibilità, ricadendo nella novazione o nella costituzione di una nuova obbligazione.

Resta da osservare che un simile ragionamento si presenta negli stessi termini anche laddove la modifica riguardi la prestazione: il giudizio di fungibilità può rivolgersi anche alla prestazione, qualora le parti la ritengano equivalente ad una diversa³⁴.

Se è vero che, come abbiamo detto, il giudizio sulla fungibilità si rivela un fattore determinante per l'analisi sul contratto modificativo, è altrettanto vero che questo non consente di giungere ad una soluzione univoca del problema. Basti pensare al fatto che, anche ammettendo la libera fungibilità ad opera delle parti, bisognerà sempre prevedere un limite al di là del quale il contratto originario perde la propria identità³⁵. E' proprio

puisqu'on trouve la double équivalence des objets tant au regard de leur valeur satisfaisante pour les parties que du rôle qu'ils jouent dans la convention: permettre la réalisation de son but".

³³ In questa sede si è deciso di non dedicare spazio alla riflessione sulla modifica del titolo del contratto, che si presta a differenti argomentazioni.

³⁴ A tal proposito, si può cogliere la vicinanza con la figura della prestazione in luogo dell'adempimento, di cui ci occuperemo più approfonditamente in un apposito capitolo, mettendone in evidenza la rilevanza che assume il giudizio di equivalenza operato dalle parti tra due distinte prestazioni.

³⁵ Scorge questo problema anche (Ghozi, 1980), il quale, sebbene ammetta la libera fungibilità degli oggetti tra loro, tuttavia sente la necessità di inserire un ulteriore limite,

nell'individuazione di questo limite alla possibilità di operare un giudizio di fungibilità, che risiede il principale ostacolo che impedisce di riconoscere nel concetto di fungibilità l'elemento chiarificatore della ricerca in tema di contratto modificativo.

Il limite alla fungibilità, infatti, non può che risiedere, in via generale, nel mantenimento dell'identità del contratto originario: in tal modo, però, emerge con tutta evidenza il carattere non risolutivo del concetto di fungibilità rispetto al problema teorico che costituisce la base della presente indagine. Se l'intento era quello di riuscire a capire quando si abbia novazione o contratto modificativo, il criterio di fungibilità ci ripropone proprio quella difficoltà che, invece, avrebbe dovuto spiegare, ossia quella di individuare quando l'accordo originario non possa più dirsi tale a seguito di una modifica.

Il rischio che si ripresenta adottando il criterio della fungibilità è quello di affiancarlo alla valutazione di rilevanza, per cui, quando la fungibilità porta ad una modifica non rilevante, allora si dovrebbe rimanere nei confini del contratto modificativo; mentre, quando si supera il giudizio di rilevanza, allora non sarebbe più possibile ricondurre la modifica al contratto originario. Si capisce, però, che una simile soluzione non consente di fare alcun passo in avanti nell'individuazione del contratto modificativo.

E' in quest'ottica che si coglie, invece, l'utilità dell'impostazione che abbiamo adottato, consentendoci di abbandonare il criterio della rilevanza della modifica, che di per sé si è rivelato poco efficace, dal momento che lascia persistere un ventaglio di situazioni che non riesce a decifrare. Si preferisce, a questo punto, affidare l'appartenenza o meno alla sfera del

che consiste nel cambiamento della qualificazione giuridica del rapporto. Si veda p. 35 "que le débiteur délivre une barque ou une motocyclette, il aura toujours accompli une vente de meubles corporels. Ausse, dans ce cas, seule la vérification que l'objet substitué permet d'atteindre le but en vue duquel l'acte a été initialement conçu révélera si la modification a compromis le maintien du lien de droit. En revanche, on pourra penser que le changement de la qualification de l'acte à la suite de sa modification fournit une preuve irréfutable de sa destruction car l'acte modifié est alors manifestement distinct de l'acte original. Le changement de la qualification constituerait ainsi un nouveau critère qui se joindrait à celui tiré de la double fongibilité pour contrôler si la modification n'a pas détruit le lien de droit." Non si concorda, però, con una tale impostazione, dal momento che il fatto di inserire il criterio della qualificazione giuridica significa considerarlo un elemento intrinseco dell'obbligazione, trattandosi invece di una determinazione che resta in certo senso al di fuori del potere delle parti. Più incisivo, invece, è il riferimento allo scopo per il quale l'atto è stato inizialmente convenuto: ma è chiaro che ogni sostituzione di un bene diverso a quello originario muta lo scopo economico cui l'atto è rivolto, anche se, per ipotesi, si restasse all'interno dello stesso tipo contrattuale.

contratto modificativo ad un criterio di tipo oggettivo, che consiste nel chiedersi se la modifica apportata dalle parti abbia efficacia di tipo costitutivo o eliminativo dell'obbligazione e, in caso positivo, si dovrà negare la sua riconduzione al contratto modificativo.

Assunta questa chiave interpretativa, non ci resta che applicarla al caso in esame, e quindi capire se la sostituzione dell'oggetto dell'obbligazione con uno diverso produca come effetto la costituzione di una nuova e diversa obbligazione.

A questa domanda si può dare una risposta affermativa, se si attribuisce all'oggetto dell'obbligazione un ruolo, per così dire, identificativo della obbligazione di appartenenza, in modo che, se cambia l'oggetto, cambia anche l'obbligazione. Si deve, così, concludere che la sostituzione dell'oggetto non possa dare luogo ad un contratto modificativo.

In base a questa impostazione, non assume importanza la volontà delle parti di considerare fungibile un oggetto con un altro, per cui, anche nel caso di sostituzione consensuale, non si realizzerà un contratto modificativo, ma, a seconda dei casi, si avrà una novazione, se viene anche eliminata la prima obbligazione; oppure si avrà la costituzione di una nuova obbligazione accanto alla precedente. L'elemento che prevale è quello della esistenza di un effetto di tipo costitutivo (che può o meno essere affiancato ad un effetto eliminativo) e che, dove presente, non consente di realizzare una semplice modifica del contratto.

A nulla vale la volontà delle parti, perché esse non potranno chiamare "modificativo" un contratto che ha come effetto quello di costituire o di eliminare un'obbligazione, e non semplicemente di modificarla. Il criterio, che ci consente di distinguere il contratto modificativo da altre figure, risiede proprio nell'individuazione dell'effetto che tale contratto produce: effetto che, in una certa misura, è indipendente dalla volontà delle parti. Queste ultime, infatti, vorranno sostituire l'oggetto dell'originaria obbligazione con un altro, e la loro volontà sarà diretta non tanto all'effetto contrattuale, ma al fine, al risultato che hanno di mira, ossia quello di sostituire l'oggetto della precedente obbligazione. Il fatto che la sostituzione dell'oggetto dell'obbligazione comporti anche la costituzione di una nuova obbligazione, e non consenta invece la "trasformazione" di quella

precedente, è un elemento al quale le parti non possono sottrarsi e dal quale dipende, come abbiamo visto, l'impossibilità di configurare un contratto modificativo.

A sostegno della tesi per cui la modifica dell'oggetto del contratto non possa essere realizzata attraverso la fattispecie modificativa, si può osservare che la sostituzione dell'oggetto incide sull'impegno inizialmente assunto dal debitore.

Si sostiene, infatti, che la modifica del bene comporta l'alterazione della iniziale valutazione di impegnatività legata alla prestazione originariamente pattuita, in termini (non solo) di costo, ma anche di maggiore o minore facilità a reperire il bene diverso, e, in ogni caso, di responsabilità del debitore.

Tale alterazione del rapporto tra le parti si riflette immediatamente anche nella relazione con gli eventuali garanti, che avevano assunto l'impegno rispetto ad un preciso bene, cambiando il quale, non dovrebbero più essere tenuti a garantire per un bene diverso. La modifica del bene oggetto dell'obbligazione garantita non è un fatto neutro, ma determina la liberazione dei fideiussori che vedono cambiare l'obbligazione per la quale inizialmente avevano prestato la garanzia.

Diversamente argomentando, cioè sostenendo che i garanti restano vincolati, anche a fronte della modifica dell'oggetto dell'obbligazione garantita, dovremmo ammettere che l'obbligazione di garanzia sia prestata "in bianco", ossia indipendentemente dall'identità dell'obbligazione garantita, lasciando i garanti in balia della volontà dei contraenti principali di modificare a piacimento l'obbligazione iniziale. Ma una simile conclusione non è ammissibile, perché priva i garanti di qualsiasi tutela, addirittura costringendoli a mantenere le garanzie per un rapporto sottostante che è mutato rispetto al suo contenuto essenziale, ossia l'oggetto. In questa ipotesi, infatti, non si tratta della modifica di un elemento accessorio o della modalità di esecuzione del contratto, ma abbiamo di fronte una modifica essenziale dell'obbligazione, tanto è vero che – in base all'impostazione adottata – non si può parlare di contratto modificativo, ma di costituzione di una nuova obbligazione. Se così è, allora, è chiaro che rispetto alla nuova obbligazione non è possibile predicare l'esistenza di

alcun vincolo dei precedenti garanti: questi ultimi avranno, invece, diritto di valutare la nuova situazione debitoria e decidere di prestare o meno garanzia, ma non potranno essere tenuti in base alla garanzia prestata per l'obbligazione originaria.

Siamo, così, arrivati al momento di trarre le conclusioni in base a questa prima, più rigorosa, impostazione. Il punto di partenza risiede nella definizione di contratto modificativo come quel contratto che non possiede un contenuto di tipo costitutivo o eliminativo dell'obbligazione. Attenendoci a questa definizione, il metodo utilizzato è stato quello di studiare i vari tipi di modifiche che le parti possono apportare, al fine di individuare se queste comportano la costituzione di una nuova obbligazione o l'eliminazione di quella originaria: è, infatti, nell'individuazione di un effetto costitutivo o eliminativo che risiede il criterio per capire se la modifica in questione possa essere realizzata attraverso un contratto modificativo oppure no.

In base a questo criterio, è quindi stato possibile attrarre nel campo del contratto modificativo le modifiche del tempo e del luogo dell'esecuzione e delle altre modalità dell'adempimento, trattandosi di modifiche che non importano un effetto costitutivo o eliminativo dell'obbligazione.

Al contrario, si è osservato che le modifiche relative all'oggetto dell'obbligazione, sia esso inteso come bene oppure come prestazione, comportano un effetto di tipo costitutivo di una nuova obbligazione, sia quando incidano sul *quantum* dell'oggetto, sia quando ne modifichino qualitativamente il contenuto. Ne deriva, quindi, che le modifiche apportate all'oggetto dell'obbligazione restano escluse dall'ambito del contratto modificativo.

Questa conclusione segna una presa di posizione piuttosto forte nel dibattito riguardo all'ammissibilità o meno di un contratto modificativo dell'oggetto che non importi novazione. Secondo la posizione qui adottata, infatti, dovremmo escludere la possibilità di configurare la modifica dell'oggetto in termini di contratto modificativo, cedendo il posto, a seconda dei casi, alla novazione, qualora ci sia la volontà di eliminare la precedente obbligazione; oppure alla costituzione di una nuova obbligazione accanto all'antica. Questa impostazione, però, non è l'unica possibile, ragion per cui ci

riserviamo di prendere una posizione nel dibattito, solo dopo l'analisi di una differente configurazione del problema.

5. L'analisi di una diversa ipotesi: l'ammissibilità del contratto modificativo dell'oggetto

Come anticipato, si affronterà ora un'impostazione alternativa rispetto a quella finora descritta, che prenda in considerazione la possibilità di realizzare un contratto modificativo dell'oggetto dell'obbligazione. L'ammissibilità di una simile ipotesi potrebbe essere argomentata, aggirando il principale ostacolo che, in base alla tesi contraria (e qui sostenuta), impedirebbe la configurazione di una modifica dell'oggetto attraverso lo strumento del contratto modificativo.

Abbiamo, infatti, osservato che un contratto modificativo, per dirsi tale, deve avere come contenuto la sola modifica dell'obbligazione e, di seguito, abbiamo ritagliato una definizione di modifica in senso tecnico dalla lettura dell'art. 1321 c.c., per cui la modifica dovrà essere priva di un effetto di tipo costitutivo o estintivo dell'obbligazione. Posta questa premessa, l'osservazione per cui la modifica dell'oggetto dell'obbligazione comporta un effetto non semplicemente modificativo, ma costitutivo ed eventualmente anche eliminativo dell'obbligazione originaria, ha imposto una conclusione necessaria, ossia quella di escludere la modifica dell'oggetto dell'obbligazione dal campo del contratto modificativo.

A ben guardare, è possibile giungere ad una differente conclusione, pur lasciando inalterate le due premesse appena viste: ossia la prima, che nega al contratto modificativo un contenuto di tipo costitutivo o eliminativo; e la seconda premessa, in base alla quale la modifica dell'oggetto comporta un effetto costitutivo e/o eliminativo. Potremmo, infatti, imputare la modifica dell'oggetto non in capo al contratto modificativo, ma al contratto originario, recuperando, così, una prospettiva che tiene astrattamente separate le fasi relative al contratto originario, al contratto modificativo e al contratto risultante dalla modifica.

Se è vero che, da una parte, come abbiamo visto, al contratto modificativo è impedito di realizzare effetti costitutivi o eliminativi dell'obbligazione;

dall'altra parte, è altrettanto vero che nulla impedisce al contratto originario di porre in essere un simile contenuto. In tal modo, la modifica dell'oggetto dell'obbligazione, che comporta, di per sé, un effetto costitutivo e, in alcuni casi, anche eliminativo della precedente obbligazione, viene prodotta dal contratto originario, così come risulta a seguito del contratto modificativo.

Questa impostazione ci consente, così, di distinguere tra contratto originario, al quale vengono imputati tutti i nuovi effetti che le parti vogliono realizzare; e contratto modificativo, che si limita ad assumere un ruolo meramente strumentale, di integrazione del regolamento contrattuale originario, ma privo di una *vis* produttiva di effetti.

Abbiamo così dimostrato, da un punto di vista formale, l'ammissibilità di un contratto modificativo dell'oggetto dell'obbligazione o, più correttamente, visto che l'effetto modificativo non è prodotto direttamente dal contratto modificativo, la possibilità di modificare l'oggetto dell'obbligazione attraverso una fattispecie modificativa.

Una simile soluzione, però, lascia spazio ai dubbi che già ampiamente abbiamo manifestato, in particolare in merito all'esistenza di un medesimo contratto che, da un certo momento in poi, muti il proprio contenuto³⁶.

Se, però, ritenessimo possibile che, all'interno di un medesimo contratto, si modifichi l'oggetto dell'obbligazione, dovremmo fermarci a riflettere su due aspetti in particolare.

- 1- Il primo punto riguarda la riformulazione del concetto di fungibilità, in termini non più soggettivi, ma oggettivi: non basterebbe, infatti, un giudizio di equivalenza realizzato dalle parti, ma sarebbe necessaria una previsione legislativa, che configuri, come astrattamente possibile, il mutamento dell'obbligazione con un'altra, restando invariato il contratto principale.

A sostegno di questa tesi potremmo ulteriormente osservare che la modifica dell'oggetto dell'obbligazione, se – come si crede – determina la modifica dell'obbligazione stessa, non necessariamente, però, ha ripercussioni sul

³⁶ Questa direzione di indagine potrebbe essere suggerita dai casi di trasformazioni societarie, di cui in questa sede non ci occuperemo: basti qui evidenziare il fatto che si tratta di una disciplina speciale che non può essere presa a modello per la ricostruzione di un paradigma generale di contratto modificativo: si veda ad es. l'esplicito riferimento contenuto nell'art. 2498 c.c. alla continuità dei rapporti giuridici tra l'ente che ha effettuato la trasformazione e quello che ne è risultato.

contratto principale. In questa direzione, ossia nel senso del mantenimento dell'identità del contratto principale nonostante la variazione di sue obbligazioni, si collocano tutti quei casi che riconoscono il contratto come entità suscettibile di essere considerata parziariamente³⁷, e non (solo) nella sua totalità. Il riferimento è alle ipotesi di nullità³⁸ o annullabilità³⁹ parziale del contratto: in tutti questi casi il contratto mantiene la propria identità originaria nonostante una sua parte⁴⁰, che potrebbe essere una sua obbligazione, sia dichiarata nulla o annullabile.

Queste ipotesi aprono la strada verso una concezione del contratto in termini non più rigorosamente fissati al momento della sua conclusione; tuttavia, a ben guardare, non tracciano una via percorribile per quanto riguarda la modificabilità del contratto. La nullità e l'annullabilità parziale⁴¹, infatti, agiscono sul contratto in senso eliminativo, riducendone il suo contenuto attraverso la rimozione di una obbligazione. Diverso, invece, è il caso del mantenimento del contratto nonostante la modifica dell'oggetto dell'obbligazione, per il quale si impongono delle ulteriori considerazioni.

Il ragionare in termini di modifica contrattuale impone di collocare il contratto in una dimensione temporale che è necessariamente diversa da quella iniziale del momento di conclusione dell'accordo. Se, da un lato, è proprio il trascorrere del tempo che rende più impellente il ricorso ad una

³⁷ In questa direzione sembra andare anche lo studio sulla <<clausola>> come “frazione elementare del negozio”, e della sua distinzione dalla <<parte>> di un negozio, sviluppata da (Fragali, 1959), cui si rinvia per un maggior approfondimento.

³⁸ Per un'analisi della nullità parziale si rimanda a (Criscuoli, 1959), in particolare, l'Autore afferma, a p. 143 ss., la possibilità di avere nullità parziale di negozio oggettivamente semplice “Non si può quindi ritenere a priori che solo le fattispecie negoziali oggettivamente complesse possano essere colpite da nullità parziale ed escludere conseguentemente che lo possano essere quelle di altra specie. Il problema dell'accertamento se un negozio possa essere nullo solo in parte va risolto in concreto, di volta in volta, sulla base delle circostanze di fatto: ricorre il fenomeno della nullità parziale tutte le volte in cui la parte del contenuto negoziale nulla, qualunque sia, soggettiva od oggettiva, non sia tutto intero un elemento costitutivo od essenziale della figura iuris del negozio, talché questo non potrebbe sorreggersi sugli elementi restanti e cadrebbe nel nulla, ma sia costituita soltanto da una porzione individua dell'intero elemento costitutivo, onde il negozio, utilizzando, unitamente agli altri suoi elementi costitutivi, la sua parte residua, possa reggersi in piedi e conservarsi in vita.” Per un ulteriore approfondimento sul tema si veda (Casella, 1974).

³⁹ Sulla figura si rinvia (Criscuoli, 1964), p. 364 ss.; per la dottrina più recente a (Natucci, 2008), p. 569 ss.

⁴⁰ Sui vari significati che sono stati attribuiti al concetto di “parte” del contenuto del negozio si fa rinvio a (Diana, 2004), p. 46 ss. Sul punto, si richiamano le riflessioni critiche di (D'Adda, 2008) sull'adozione di un approccio di carattere strutturale per il giudizio di separabilità di una parte dal resto del negozio: p. 36 ss.

⁴¹ Si trascuri di considerare l'ipotesi della risoluzione parziale, in quanto relativa alla fase esecutiva del contratto, non invece al suo regolamento.

modifica, dall'altra parte, bisogna capire dove si colloca il confine tra la modifica che conserva il contratto iniziale, e la creazione di un nuovo e differente accordo.

I casi di nullità o annullamento parziale del contratto si collocano a metà strada tra una dimensione eliminativa e una conservativa del contratto, dal momento che ne viene rimossa una parte, ma l'altra parte resta immutata⁴².

Al contrario, l'ipotesi in questione riguarderebbe la possibilità di modificare il contenuto dell'obbligazione, continuando, però, a riconoscere il contratto come quello inizialmente pattuito: si tratta quindi di una situazione non riconducibile ai casi di nullità o annullabilità parziale.

- 2- Il secondo punto da prendere in considerazione, in merito all'ammissibilità di un contratto che modifichi il contenuto delle proprie obbligazioni, riguarda la modalità di formazione di tale fattispecie. Se, infatti, fosse possibile per le parti modificare l'oggetto dell'obbligazione, mantenendo fermo il contratto iniziale, dovremmo chiederci se siamo di fronte ad una ipotesi di formazione progressiva del contratto, che, in un primo momento, possiede un determinato contenuto, e successivamente un altro.

Ammettere una simile ipotesi significherebbe prevedere una fattispecie contrattuale "in bianco", che possa cioè assumere qualsiasi tipo di contenuto, trattandosi di un contratto che muta l'oggetto delle proprie obbligazioni. Come è chiaro, una simile soluzione non è consentita dal nostro ordinamento.

Possiamo così fissare alcune osservazioni riguardo all'impostazione che ammette il contratto modificativo dell'oggetto dell'obbligazione. Una simile soluzione è possibile se, come si è visto, si imputano gli effetti di tipo costitutivo ed eliminativo dell'obbligazione sul contratto originario, e non su quello modificativo, che, come tale, potrebbe produrre solamente un effetto di tipo modificativo, non potendo costituire o rimuovere una obbligazione. Questa impostazione, però, solleva una serie di problemi di difficile soluzione: da un lato, infatti, non trova un modello giuridico di riferimento, non essendo riconducibile, come abbiamo visto, alle ipotesi di

⁴² Si veda (Criscuoli, 1959), p. 207 "Il problema della nullità parziale, si sa, è un problema di relazione tra la parte nulla e il resto del negozio valido".

nullità o annullabilità parziale del contratto; dall'altro lato, richiederebbe una modalità di formazione del tutto peculiare, che, però, non ha riscontro nell'ordinamento.

6. Considerazioni finali: uno sguardo d'insieme al problema del contratto modificativo

Le riflessioni sopra svolte spingono ad abbracciare un'impostazione di tipo rigoroso, che escluda la modifica dell'oggetto dell'obbligazione dall'ambito del contratto modificativo. Come abbiamo visto, ogni operazione, sia di tipo quantitativo sia qualitativo, sull'oggetto dell'obbligazione produce un effetto costitutivo e, in alcuni casi, eliminativo: ossia due effetti che assumono un ruolo chiave nel segnalare l'assenza di un contratto modificativo.

La tesi che si sostiene consente di utilizzare gli effetti come indicatori del tipo contrattuale, in modo tale da individuare nell'effetto modificativo il *proprium* del contratto modificativo. A sua volta, l'effetto modificativo viene isolato rispetto all'effetto costitutivo ed eliminativo, sulla base di una lettura dell'art. 1321 c.c. che contempla una visione tripartita degli effetti che un contratto possa realizzare.

Abbiamo di seguito escluso, in quanto troppo artificiosa, la soluzione che ammetteva il contratto modificativo dell'oggetto dell'obbligazione attraverso l'imputazione degli effetti in capo al contratto originario, e non direttamente a quello modificativo.

Siamo, così, giunti ad affermare un'impostazione che, per la verità, delimita non poco il campo di applicazione del contratto modificativo, di fatto, ammettendolo solo al di fuori di quelle modifiche che vadano ad intaccare l'oggetto originario dell'obbligazione⁴³.

⁴³ Non si può non riconoscere che l'impostazione qui adottata si pone in controtendenza rispetto al filone dottrinale tendente, invece, a ridimensionare la novazione, a vantaggio del contratto modificativo. Si veda ad esempio (Malaurie & Aynès, 2011), p. 664, che si esprime in termini di inutilità della novazione, pur rilevandone il diverso ruolo in caso di cambiamento dell'oggetto " La novation est devenue une source de complications inutiles. Elle pourrait disparaître au profit de nombreuses insitutions: la remise de dette, la transaction, la dation en paiement, la cession de créance, la délégation, la modification ou le mutuus dissensus suivi d'une obligation nouvelle. Son intérêt (le seule?) se trouve dans la novation par changement d'objet qui permet de transformer une relation économique dans la continuité, là ou la séquence mutuus dissensus/nouvelle convention dissocierait radicalement la convention ancienne et la future; par le lien qu'elle conserve entre

La ragione principale dell'esclusione dal campo del contratto modificativo delle modifiche relative all'oggetto dell'obbligazione non è dovuta tanto ad un'esigenza di tutela dei terzi, ma per un altro motivo.

Ragionare in termini di tutela dell'affidamento che è stato riposto dai terzi nello svolgimento del contratto, così come è stato pattuito, non è un argomento risolutivo e potrebbe persino risultare fuorviante, se si pensa che l'unico modo per garantire una tutela delle ragioni dei terzi, sarebbe quello di imporre la conservazione del contratto nella sua versione originaria, senza consentire alcun tipo di modifica.

La tutela dei terzi rappresenta un elemento che si pone in contrasto con qualsiasi spinta modificativa dell'originario assetto contrattuale: sappiamo, però, che è in un certo senso fisiologico che i contratti, che si sviluppano in una dimensione temporale estesa, possano subire delle modifiche rispetto al contenuto iniziale, e non ci sono ragioni per impedire alle parti di trovare dei meccanismi giuridici per rispondere adeguatamente alle nuove esigenze che si sono loro presentate. Allo stesso modo, anche qualora la modifica sorga indipendentemente da fattori esterni, la volontà di modificare il contratto costituisce un bisogno meritevole di tutela, dal momento che non è possibile tenere vincolate le parti ad un impegno che, per ipotesi, entrambe vogliono cambiare. E proprio su questo aspetto fa leva l'impostazione che si sostiene.

L'oggetto dell'obbligazione funge da misura dell'impegno richiesto al debitore e, per questo motivo, non potrà essere cambiato attraverso un contratto modificativo. Là dove a mutare è l'impegno dei contraenti rispetto a quanto assunto in precedenza, non si fa più questione di modifica del contratto, ma di ricorso ad altri strumenti giuridici, che saranno, a seconda delle varie esigenze: il mutuo dissenso, oppure la novazione, oppure ancora la costituzione di una nuova obbligazione accanto all'antica.

Viceversa, il contratto modificativo sarà consentito per tutti gli altri aspetti del contratto che non vadano ad alterare la misura dell'impegno originariamente concordato tra le parti.

l'obligation primitive et la suivante, la novation marque un trait d'union entre le passé et l'avenir." Si veda in tal senso anche (Ghestin, Billiau, & Loiseau, 2005), p. 889.

Un'ultima riflessione ci impone di rispondere alla domanda se si possa affermare l'esistenza di un contratto modificativo come tipo contrattuale.

A sostegno della tesi negativa, ossia dell'impossibilità di riunire, sotto uno stesso schema, un contratto che possa avere il contenuto più vario, è sufficiente focalizzarsi sui diversi tipi di modifica che si possono realizzare. Un contratto modificativo potrebbe, infatti, andare a modificare il termine, o il luogo dell'adempimento, oppure la modalità di esecuzione del contratto: in tutti questi casi, l'unico denominatore comune risiede nell'effetto modificativo, che, però, preso isolatamente, non aiuterebbe a capire quale tipo di modifica si stia apportando al contratto originario. L'utilità del nome "contratto modificativo" sarebbe pari a quella di "contratto costitutivo": si tratterebbe, in entrambi i casi, di formule che avrebbero sempre bisogno di essere accompagnate dalla specificazione di che cosa si voglia modificare o costituire⁴⁴.

Più correttamente, allora, si potrebbe parlare non di "contratto modificativo", ma di accordo ad effetto modificativo, rinunciando, in tal modo, a configurarlo come un tipo predefinito.

L'analisi che segue sarà volta a dimostrare la bontà della tesi sostenuta, attraverso lo studio di alcune situazioni in cui si è riconosciuta, sulla base di differenti impostazioni, l'esistenza di un contratto modificativo.

⁴⁴ Si potrebbe invece osservare, per inciso, che una simile necessità di contestualizzazione non ricorre laddove ci si riferisca al contratto eliminativo di precedente contratto, ossia, al mutuo dissenso.

La modifica dell'oggetto dell'obbligazione e la prestazione in luogo dell'adempimento

1. L'inquadramento del problema

L'indagine sulla possibilità di modificare l'oggetto dell'obbligazione non può non svilupparsi attraverso un confronto con la figura della prestazione in luogo dell'adempimento.

Tra le molteplici interpretazioni che hanno ricostruito, secondo vari criteri, la prestazione in luogo dell'adempimento⁴⁵, una in particolare attira la nostra attenzione, costituendo un punto di riferimento necessario per proseguire l'indagine sul contratto modificativo. La teoria in commento è quella che riconduce la prestazione in luogo dell'adempimento ad un contratto modificativo dell'oggetto del rapporto originario⁴⁶, tentando di riguadagnare la distanza del contratto modificativo dalla novazione. Secondo questa impostazione, l'esecuzione di una diversa prestazione

⁴⁵ Le tesi principali che si individuano sull'argomento sono le seguenti. La più risalente riconduce la prestazione in luogo dell'adempimento ad una vendita, nell'ipotesi in cui la precedente obbligazione pecuniaria sia sostituita dalla dazione di una cosa (con la precisazione che si pone in essere una permuta, se anche la controprestazione è un'obbligazione di trasferire una cosa), ad un contratto innominato, se invece è sostituita da una prestazione di *facere*. Un'altra teoria scorge nella prestazione in luogo dell'adempimento una novazione oggettiva con contemporaneo adempimento della nuova obbligazione. L'impostazione maggiormente seguita prevede invece la configurazione della prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto estintivo oneroso, che prevede l'esecuzione di una diversa prestazione e contestuale rinuncia–remissione del debito originario. Un'altra teoria considera la figura *de qua* un sostituto–surrogato dell'adempimento. All'interno di quest'ultima teoria si può ricondurre il pensiero di Allara, che scompone la figura in una duplice volontà: di compiere un atto equivalente all'adempimento, e di compiere la prestazione equivalente. Per un adeguato approfondimento dell'*excursus* storico sulle teorie che si sono avvicendate in tema di prestazione in luogo dell'adempimento si vedano (Allara, 1927) p. 33 ss.; e (Zaccaria, 1987) p. 72 ss.

⁴⁶ La tesi della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo risale agli inizi del secolo scorso, si veda in proposito la ricostruzione storica fornita da (Allara, 1927) p. 51; Parlano di modificazione del rapporto (Candian) p. 262; (Biscontini, 1984) p. 630-631; (Zaccaria, 1987). Anche la dottrina francese ha elaborato un'interpretazione della dazione in pagamento come “une convention modificative particulière”: si veda in proposito (Ghozi, 1980) p. 106 ss., che la definisce come “la modification de l'objet de l'obligation”.

attribuisce al debitore la facoltà di modificare unilateralmente il contratto, sostituendo l'obbligazione originaria con una nuova obbligazione, che si viene a costituire e ad adempiere nel momento stesso in cui è esercitato il potere di modifica⁴⁷.

Si è quindi deciso di richiamare questa teoria, per evidenziarne gli snodi argomentativi principali, nell'ottica di valutare l'ammissibilità di un accordo che modifichi l'oggetto dell'obbligazione, senza però comportare la novazione della stessa.

Proponiamo ora solo qualche spunto relativo ai punti critici sui quali è opportuno interrogarsi e che forniranno la traccia da seguire per il prosieguo della nostra ricerca, che sarà scandita da un approfondimento di ciascuno di questi argomenti.

1) Il rapporto con la novazione.

La questione più rilevante riguarda la possibilità di fissare con precisione il confine tra novazione e contratto modificativo dell'oggetto. La tesi che considera l'art. 1197 c.c. come un contratto modificativo individua un *discrimen* che è mobile, e che varia a seconda dell'entità della modifica, per poi arrivare ad affidare la scelta tra modificativo e novazione alla volontà delle parti, con l'eccezione per cui, una modifica troppo significativa importa in ogni caso novazione, nonostante la contraria volontà dei contraenti. Emerge la difficoltà di distinguere la modifica novativa da quella non novativa, e soprattutto la necessità di trovare dei criteri più affidabili ed oggettivi su cui fondare questa distinzione⁴⁸.

Di qui nasce un secondo aspetto problematico. Quando la prestazione fornita in luogo dell'adempimento sia totalmente diversa da quella originaria, la configurazione dell'art. 1197 c.c. come un contratto modificativo comporta che la modifica, giudicata significativa, venga irrimediabilmente attratta nell'area della novazione, nonostante la contraria volontà dei contraenti. Ne segue che, per mantenersi nel campo della prestazione in luogo dell'adempimento, le parti dovrebbero limitarsi a modifiche non accessorie, ma non si rinviene nell'art. 1197 c.c. alcun riferimento a questo limite.

⁴⁷ (Zaccaria, 1987), p. 26 ss.

⁴⁸ Sui rapporti tra novazione e *datio in solutum* si rimanda a (Buccisano, 1968) p. 54 ss; (Doria, 2012) p. 59 ss.; per la dottrina più risalente si veda (Martorana, 1924) p. 18 ss.

Un ultimo aspetto critico della teoria della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo consiste nella possibilità di mantenere intatta l'identità del rapporto obbligatorio originario, nonostante questo subisca una modifica del proprio oggetto.

2) Le tutele previste dal secondo comma dell'art. 1197 c.c.

La teoria, che interpreta la prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto modificativo, non riesce ad inserire il primo e il secondo comma dell'art. 1197 c.c. all'interno di una visione unitaria della norma. Al contrario, essa considera la disciplina prevista nel secondo comma come il recepimento di due differenti e opposte ricostruzioni della *datio in solutum* nel diritto romano e, precisamente, l'interpretazione come *solutio* o come vendita⁴⁹. Tale contraddizione sarebbe rimasta fino ad oggi, e da qui trarrebbe origine la difficoltà di spiegare l'alternatività dei rimedi esperibili dal creditore che abbia ricevuto, in luogo dell'adempimento, una prestazione viziata o suscettibile di evizione. La tesi dell'intima contraddittorietà dell'art. 1197 c.c. non convince, ma rivela piuttosto la complessità di armonizzare, mediante una medesima chiave di lettura, la disciplina dei diversi commi dell'articolo in esame.

3) La realtà della prestazione in luogo dell'adempimento.

Uno dei punti più controversi riguardo alla prestazione in luogo dell'adempimento è se sia o meno un contratto reale, intendendosi per tale un accordo, che si perfeziona solo nel momento in cui la diversa prestazione viene eseguita. La tradizionale configurazione come contratto reale⁵⁰ è stata

⁴⁹ (Zaccaria, 1987) p. 23. Come segnalato da (Ghestin, Billiau, & Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, 2005), p. 990, l'interpretazione della *datio in solutum* come vendita è stata sviluppata da Domat, secondo il quale, "si un créancier d'une somme consentoit de recevoir en payement un fonds ou autre chose, ce seroit une vente dont la somme due seroit le prix". Tale interpretazione è ancora presente nel diritto francese attuale, si veda in proposito (Malinvaud & Fenouillet, 2012) p. 651; in senso contrario invece si pone la posizione di (Ghozi, 1980) p. 93 ss.; e (Ghestin, Billiau, & Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, 2005), p. 995.

Attualmente, a seguito della recente riforma del diritto francese delle obbligazioni, portata a compimento con l'Ordonnance n. 2016-131 del 10.02.2016, è stata consacrata la dazione in pagamento dandole il supporto testuale che le mancava, precisando, all'art. 1342-4, che il creditore "Il peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû". Si rimanda, per un commento, a (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2014) p. 198 con riferimento *all'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations*; a (Terré, 2016), p. 85; e a (Dissaux & Jamin, 2016) p. 208.

⁵⁰ Si richiama, ad es., l'opinione di (Marchio) che sostiene la posizione della prevalente dottrina, giustificando la realtà, per il fatto che l'estinzione dell'obbligazione è contestuale all'effettiva prestazione dell'*aliud* "Il carattere della realtà appare, in tale prospettiva, compiutamente idoneo a dare ragione ed a giustificare l'immediatezza dell'effetto estintivo

messa in crisi⁵¹ di recente, da chi sostiene la natura modificativa della prestazione in luogo dell'adempimento. Quest'ultima tesi afferma che la realtà sarebbe incompatibile con la possibilità di concludere un *pactum de in solutum dando*, ossia un accordo diretto a consentire al debitore di liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella convenuta, non accompagnato dall'esecuzione della prestazione medesima⁵². Cercheremo di affrontare questo tema, partendo dall'analisi degli effetti realizzati attraverso la prestazione in luogo dell'adempimento, per capire se la definizione di contratto reale sia idonea a rappresentare una figura come quella dell'art. 1197 c.c.

2. Una differente proposta interpretativa della prestazione in luogo dell'adempimento

La configurazione della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo lascia aperte le questioni che abbiamo brevemente richiamato, non fornendo una spiegazione in grado di riunire sotto uno stesso schema il primo e il secondo comma dell'art. 1197 c.c. Per questi motivi, si tenterà di proporre una diversa ipotesi di lettura, che si allontani dall'impostazione del contratto modificativo, e che invece riconosca la prestazione in luogo dell'adempimento come una fattispecie autonoma.

La difficoltà principale che si incontra studiando la figura di cui all'art. 1197 c.c. è quella di “reperire una struttura idonea a <<mediare>> fra la diversa prestazione e l'obbligazione originaria e, così, a fondare ugualmente l'estinzione di quest'ultima nonostante la diversità oggettiva fra la prestazione dovuta e quella eseguita”⁵³. Se si prova, per il momento, ad astrarre dalla questione teorica relativa all'adempimento, e ci si concentra,

tipico della figura, così come delineato nella previsione del codice, ché altrimenti si creerebbe un obbligo nuovo, mantenendo in vita quello originario” (p.3).

⁵¹ Sostiene la natura consensuale del contratto di prestazione in luogo dell'adempimento (Buccisano, 1968) p. 166.

⁵² (Zaccaria, 1987) individua, a p. 103, due schemi di prestazione in luogo dell'adempimento: uno tipico, nel quale “le parti procedono direttamente alla modifica dell'oggetto dell'obbligazione, accompagnato dall'adempimento della medesima”; e “un accordo con cui venga attribuito al debitore un potere di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione, potere utilizzabile, però, solo tramite il compimento della diversa prestazione”: a quest'ultimo modello è dato il nome di *pactum de in solutum dando*.

⁵³ (Zaccaria, 1987) p. 98.

invece, sugli effetti realizzati dall'art. 1197 c.c., quello che si presenta alla nostra attenzione è un'obbligazione che viene estinta dall'esecuzione di una prestazione diversa da quelle originaria, o - il che è lo stesso - l'esecuzione di una prestazione che estingue un'obbligazione diversa da quella da cui deriva. Possiamo a questo punto osservare una duplicità di effetti:

- 1) Il primo effetto è quello che sorge dall'esecuzione della seconda prestazione, la quale produrrà l'effetto di trasferire un diritto o di realizzare un *facere*, a seconda del contenuto proprio della prestazione stessa;
- 2) Il secondo effetto riguarda invece l'estinzione dell'obbligazione, quindi un effetto di tipo estintivo che nulla ha a che fare con il contenuto della seconda prestazione eseguita.

Ci si domanda quale sia quel meccanismo giuridico che consenta la produzione di un effetto di tipo estintivo al realizzarsi di una prestazione, che abbia un contenuto diverso rispetto a quello di estinguere l'obbligazione.

La prestazione che viene pattuita per seconda, infatti, non prevede direttamente, come proprio contenuto, quello di estinguere l'obbligazione originaria, ma l'effetto estintivo è ottenuto come un risultato mediato, indiretto, dell'esecuzione della prestazione⁵⁴. La sola volontà del creditore o di entrambe le parti non basta a consentire questo risultato, o meglio, questa volontà andrebbe convogliata verso la scelta di uno strumento giuridico in grado di creare un nesso che leghi la prima prestazione alla seconda.

La tesi che si propone individua nel meccanismo condizionale quella struttura idonea a mediare tra l'obbligazione originaria e la seconda prestazione.

La scelta dello strumento condizionale deriva dalla presa di consapevolezza che la duplicità di effetti, sopra segnalata, non riesce ad essere inserita all'interno di uno schema, che veda l'effetto estintivo dell'obbligazione come conseguenza dell'esecuzione di una diversa prestazione: tra questi due

⁵⁴ Si può osservare che l'estinzione della obbligazione originaria come effetto mediato e indiretto della seconda prestazione dipende proprio dal fatto che non venga eseguita la prestazione originaria, che è quella dovuta, e la cui esecuzione costituisce adempimento. Questa osservazione la si ritrova già in (Allara, 1927), p. 58 "la estinzione del debito non può considerarsi come effetto diretto del negozio solutorio, un effetto cioè che si riporti direttamente all'atto volitivo del *solvens*, ma va piuttosto considerato come una conseguenza ulteriore, come un effetto dell'effetto del negozio giuridico di adempimento, come effetto cioè della prestazione adempiuta" (corsivo nel testo).

effetti non si instaura un nesso di tipo causalistico, e nemmeno è possibile sopperire alla mancanza di un rapporto causa-effetto, tramite il ricorso ad un giudizio di equivalenza tra le due prestazioni⁵⁵. La prestazione eseguita in luogo dell'adempimento potrebbe essere totalmente differente rispetto a quella originaria, e persino rispondere ad interessi che nulla hanno a che fare con quello che era l'assetto contrattuale di partenza. Tuttavia questa seconda prestazione permette ugualmente di arrivare al risultato di estinguere l'obbligazione, non attraverso la corretta attuazione del rapporto⁵⁶, ma per altra via.

Da qui nasce l'idea di abbandonare il tentativo di ristabilire un legame diretto tra la diversa prestazione e l'effetto estintivo dell'obbligazione, come invece mirano a fare quelle tesi che cercano di riportare la diversa prestazione all'interno del contratto. E' questo infatti il risultato cui conduce la tesi che vede nella prestazione in luogo dell'adempimento un contratto modificativo. In base a questa impostazione, l'esecuzione della diversa prestazione modifica l'oggetto dell'obbligazione originaria, sostituendolo: la diversa prestazione diventa essa stessa obbligazione, e così è possibile spiegare come possa la sua esecuzione costituire adempimento.

Se, invece, si rimane coerenti con il presupposto per cui manca un nesso tra l'esecuzione della seconda prestazione e l'effetto di estinguere l'obbligazione, e si rinuncia a ricostruire un legame attraverso l'inserimento, a vario titolo, della diversa prestazione nel contratto, è possibile arrivare a considerare la diversa prestazione come un evento, ossia come un fatto estraneo all'obbligazione originaria⁵⁷ e da essa indipendente.

⁵⁵ Il passaggio sarà adeguatamente approfondito nel corso dell'analisi.

⁵⁶ Si fanno proprie le parole di (Biscontini, 1984) p. 620: "Il rapporto obbligatorio non è stato attuato perché la prestazione adempiuta ha fatto conseguire al creditore un bene diverso da quello originariamente pattuito; conseguentemente l'obbligazione non si dovrebbe essere estinta. Tuttavia è possibile, come accade nell'ipotesi considerata, che il debitore venga liberato ugualmente e che l'obbligazione si estingua per l'intero". E aggiunge a p. 624 "[...] si deve verificare come il debitore si possa liberare dalla propria obbligazione prestando un *aliud* rispetto a quello pattuito, e realizzando interessi creditorî (che potrebbero essere) totalmente differenti da quelli originari. In altri termini, il debitore, operando un'attribuzione patrimoniale diversa da quella cui era tenuto, non attua né la situazione giuridica soggettiva attiva né quella passiva e ciò nonostante consegue la liberazione."

⁵⁷ Nel proseguo, si continuerà ad usare l'aggettivo di "originaria" accanto ad "obbligazione" per questioni di maggior chiarezza, anche se, secondo l'impostazione qui proposta, la diversa prestazione non deriva da una nuova obbligazione, per cui per noi l'obbligazione "originaria" è anche l'unica obbligazione convenuta.

L'unico strumento giuridico in grado di creare una correlazione tra la diversa prestazione e l'estinzione dell'obbligazione è il congegno condizionale. Configurando⁵⁸ l'esecuzione della diversa prestazione come un evento, dal quale dipende l'estinzione dell'originaria obbligazione, è possibile giustificare la realizzazione di quella duplicità di effetti che abbiamo sopra visto, consentendo altresì di spiegare il nesso che fa dipendere l'estinzione di un'obbligazione da una prestazione diversa da quella originaria.

Si evita così di dover inserire surrettiziamente la diversa prestazione nel contratto, per poter spiegare l'estinzione dell'obbligazione. Essendo dedotta in condizione, la seconda prestazione non entra nel contratto originario, ma ne resta in un certo senso fuori: rimane un evento e non costituisce una nuova obbligazione cui il debitore si trova vincolato.

Si osserva che, così ricostruita, la figura di cui all'art. 1197 c.c. risulta autenticamente conforme al nome che gli è stato attribuito: l'esecuzione della diversa prestazione, infatti, avviene "in luogo dell'adempimento", e quindi non costituisce adempimento. Quest'ultimo termine può essere riferito solo all'esecuzione della prestazione dovuta, e questa è solo una, ossia quella corrispondente all'obbligazione originaria⁵⁹.

Prima di proseguire, si consenta una precisazione: la lettura che si propone vuole essere un'ipotesi di spiegazione del meccanismo di funzionamento dell'art. 1197 c.c., basata sull'osservazione che esso contiene una disciplina analoga a quella che si avrebbe nel caso in cui la seconda prestazione fosse dedotta in condizione. Con questo, non si intende promuovere l'inserimento nel contratto di una condizione dal contenuto analogo all'art. 1197 c.c.⁶⁰

⁵⁸ Riguardo alla possibilità di configurare diversamente la prestazione in luogo dell'adempimento, si richiamano le parole di (Candian) p. 265, il quale, con riferimento al fatto che la disciplina codicistica abbia configurato la tradizionale *datio in solutum* in termini generali di prestazione in luogo del (primitivo) adempimento, afferma: "In un contesto così ampio era inevitabile che i confini tra la figura tradizionale ed il generico negozio modificativo del rapporto, si slabbrassero alquanto. E poiché il negozio modificativo del rapporto può essere messo in atto dalle parti in dieci modi diversi, era altrettanto inevitabile che la *datio in solutum* si presti, di per sé, ad essere dommaticamente ricostruita in riferimento ad un numero di figure combinatorie molto elevato."

⁵⁹ Se, invece, l'esecuzione della diversa prestazione entra nel contratto come una nuova obbligazione, o meglio come modifica della nuova obbligazione, la sua esecuzione a rigore dovrebbe configurare "adempimento" in senso tecnico, e non invece una prestazione "in luogo dell'adempimento".

⁶⁰ Questo aspetto verrà approfondito oltre, par. 15.

L'analisi che segue tenterà di approfondire l'impostazione proposta, vagliandone la bontà sulla base della capacità esplicativa rispetto a questi punti problematici: il rapporto della prestazione in luogo dell'adempimento con la novazione (par. 3); la ricostruzione del secondo comma dell'art. 1197 c.c. (par. 4); il carattere reale dell'art. 1197 c.c. (par. 13).

3. L'art. 1197 c.c. e il rapporto con la novazione

Il tentativo di definire i confini⁶¹ tra il contratto modificativo e la novazione è risolto, da chi considera la prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto modificativo, individuando due possibili criteri distintivi *nell'animus novandi* e nel carattere non accessorio della modifica⁶². In particolare, si afferma che “l'*animus novandi* costituisce, di regola, un elemento essenziale della novazione, e, perciò, ben risulta configurabile anche un negozio modificativo dell'oggetto, non novativo”, salvo poi sostenere che “al di là di questo principio di fondo, possano comunque darsi modificazioni di rilievo tale da comportare necessariamente novazione”⁶³, e aggiungere che “nelle ipotesi in cui l'entità della modifica sia tale da alterare l'identità dell'obbligazione, per forza di cose la novazione non potrebbe essere evitata”⁶⁴.

L'individuazione dei criteri proposti si rivela insufficiente, poiché si ammette apertamente che la modifica dell'oggetto o del titolo del rapporto obbligatorio possa non costituire novazione se manca l'*animus novandi*⁶⁵, ma, in ogni caso, una modifica non accessoria produce sempre novazione. Si ricade quindi nella trappola logica di dover spiegare che cosa si intenda

⁶¹ Il problema dell'individuazione dei confini con la novazione è rilevato da (Candian) p. 263. Si richiamano anche (Rodotà) p. 736; (Marchio) p. 7.

⁶² Identici problemi nell'individuazione dei confini della novazione si riscontrano nel diritto francese, per il quale si rimanda a (Ghestin, Billiau, & Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, 2005), p. 907, “La question qui se pose alors est celle de savoir si une simple modification est possible quelle que soit l'ampleur de l'altération ou si, au-delà, d'un certain degré, l'accord des parties ne dégénère pas *ipso iure* en une novation ou une résiliation amiable suivie de la conclusion d'un nouvel engagement.”

⁶³ Entrambe le citazioni sono di (Zaccaria, 1987) p. 195.

⁶⁴ (Zaccaria, 1987) p. 185.

⁶⁵ Si concorda con l'impostazione seguita da (Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, 1996), p. 362, in merito alla “sostanziale inutilità dell'indagine sugli elementi di carattere psicologico del negozio modificativo”, e, più in generale, all'opportunità di “sgombrare il campo da questioni relative alla differenziazione degli stati psicologici” a proposito della differenza tra *animus modificandi* rispetto all'*animus novandi* o *renovandi*.

per modifica non accessoria⁶⁶, visto che la modifica dell'oggetto o del titolo, in alcuni casi, è considerata idonea a produrre novazione, mentre, in altri casi, non lo è.

Così ragionando, l'unico rimedio per consentire alla prestazione in luogo dell'adempimento di non essere assorbita dalla novazione, sarebbe quello di imporre all'art. 1197 c.c. dei limiti che esso, però, non prevede: tali limitazioni consisterebbero nell'evitare modifiche che siano troppo significative, come potrebbero essere, ad esempio, una prestazione di *facere* che sostituisca quella di dare, o viceversa. Solo sostituendo alla prestazione originaria una prestazione affine nel contenuto, non si dovrebbe correre il rischio di porre in essere (persino contro la propria volontà) una novazione, al posto di una prestazione in luogo dell'adempimento.

A questa impostazione si obietta che l'art. 1197 c.c. consente al creditore di accettare, in luogo dell'adempimento, una prestazione diversa da quella originaria, senza imporre alcun limite alla scelta di questa seconda prestazione⁶⁷. Ne deriva che, al posto dell'originaria prestazione di dare x, possa essere fornita la prestazione di dare un bene diverso, così come possa essere eseguita una prestazione di fare.

Al contrario, la teoria della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo è costretta a limitare la libertà dei contraenti di attribuire alla seconda prestazione qualsiasi tipo di contenuto. Seguendo questa tesi, dovremmo ammettere che le parti, che volessero realizzare una prestazione in luogo dell'adempimento, dovrebbero far sì che la seconda

⁶⁶ La difficoltà di definire la non accessorialità della modifica è avvertita anche dalla dottrina francese, per la quale si segnala (Aubert & Goldie-Genicon, 2016) p. 7 ss. "En d'autres termes, toute modification, même mineure, de l'obligation est-elle susceptible de servir de support à une novation, dès lors que l'intention de nover des parties est clairement établie, ou doit-on exiger que la modification apportée à l'obligation soit d'une importance suffisante pour pouvoir emporter novation, quand bien même l'intention de nover des parties aurait été clairement établie?"

⁶⁷ Si veda (Barassi, 1963), p. 146, secondo il quale non c'è dubbio che possa essere eseguita in luogo dell'adempimento qualsiasi tipo di prestazione, avente ad oggetto sia un dare, sia un fare. Sul punto anche (Candian) p. 261 "attualmente non sussistono dubbi sulla possibilità che sia la *res debita* sia la *res data* possano consistere in qualsiasi genere di prestazione". L'Autore osserva anche l'innovazione lessicale portata dalla codificazione del 1942, che, distaccandosi dalla tradizione, ha abbandonato l'espressione <<dazione in pagamento>>, preferendovi l'espressione <<prestazione in luogo dell'adempimento>>. Questa innovazione è stata però anticipata anche dalla dottrina che si era formata sotto l'impero del codice precedente, la quale aveva creato un vasto consenso sulla ammissibilità di un *facere* che venga eseguito a titolo di *datio in solutum*. In tal senso si vedano anche (Ambrosetti) p. 123 e (Sicchiero, 3/2002) p. 1384.

prestazione ponga in essere una modifica dal carattere solo accessorio, per evitare di compiere una novazione. Ci sarebbe, così, una limitazione alla autonomia privata di prevedere qualsiasi tipo di prestazione, dal momento che una modifica non accessoria darebbe come risultato un effetto novativo, e non semplicemente modificativo. In tal modo, però, si finisce per trasferire sull'art. 1197 c.c. i limiti che sono ricavabili dagli artt. 1230 e 1231 c.c. in materia di novazione e di contratto modificativo.

Prendendo le distanze da questa tesi, si può invece osservare che la configurazione come contratto condizionato pone la prestazione in luogo dell'adempimento al riparo dal rischio di attrazione nell'area della novazione. Abbiamo infatti visto che il meccanismo condizionale permette di considerare la nuova prestazione come un fatto, al cui verificarsi è subordinato l'effetto di estinguere l'obbligazione originaria. Ne deriva che, proprio in quanto costituisce un evento esterno all'obbligazione, la nuova prestazione possa assumere qualsiasi contenuto, anche distanziandosi in modo significativo dalla prestazione originaria, senza per questo dover essere qualificata come novazione.

Negata la realizzazione di un contratto modificativo dell'oggetto, questa impostazione permette di risolvere agevolmente un'altra questione teorica di grande rilievo. Ci si domanda infatti come possa il rapporto obbligatorio mantenere la propria identità, se ne viene modificato l'oggetto o il titolo originario⁶⁸.

⁶⁸ La questione prospettata è definita da (Zaccaria, 1987) come il problema della soglia di identità del rapporto obbligatorio. Rispetto a questo tema, l'Autore assume una posizione che non convince, perché sostiene che la prestazione in luogo dell'adempimento costituisca modifica dell'oggetto del contratto, ma tuttavia, tale modifica dell'oggetto non vada a mutare l'identità originaria del rapporto. A sostegno di questa tesi afferma, per quanto riguarda il mutamento del titolo, che "il mutamento del tipo contrattuale non determina necessariamente novazione" (p. 187); aggiungendo che "Si può cioè inferire che il cambiamento del titolo non provochi necessariamente novazione neppure qualora sia determinato dal mutamento di una delle prestazioni: perché il rapporto mantenga la propria identità sembra pertanto sufficiente che rimanga inalterata anche una soltanto delle prestazioni reciprocamente dovutesi dalle parti" (p. 189). Per quanto riguarda, invece, la modifica dell'oggetto, sostiene che "oggi, infatti, i canoni di giudizio che sono sinteticamente riassumibili come <<generale considerazione del traffico giuridico>> e <<rilevanza economica della modifica>> sono ritenuti esprimere la regola per cui l'identità del rapporto obbligatorio sussisterebbe, nonostante ne sia modificato l'oggetto, oltre che nell'ipotesi in cui la nuova prestazione dovuta sia dello stesso tipo di quella originaria, anche nel caso in cui, di qualunque specie sia la prestazione sostitutiva, rimanga comunque il medesimo lo scopo economico perseguito da entrambe le parti." (p. 191).

Di fatto, la teoria che vede nell'art. 1197 c.c. un contratto modificativo dell'oggetto si trova stretta, da un lato, dalla difficoltà di ritagliarsi spazio dalla novazione, e, dall'altro lato, dalla (im)possibilità di mantenere l'identità del rapporto originario.

Queste difficoltà vengono meno, se la prestazione in luogo dell'adempimento non costituisce una modifica dell'oggetto dell'obbligazione.

La differenza principale con la tesi qui contestata, consiste nel fatto che essa considera l'esecuzione della seconda prestazione come esecuzione dell'obbligazione originaria "così come modificata"⁶⁹.

Se, invece, propendiamo per la tesi della condizione, vedremo che la seconda prestazione né modifica l'obbligazione originaria né costituisce esecuzione dell'obbligazione originaria modificata: la seconda prestazione non è esecuzione di alcuna obbligazione, ma è vista piuttosto come un fatto, un evento, che estingue l'obbligazione originaria proprio grazie al congegno condizionale, che ha subordinato l'estinzione dell'obbligazione al suo verificarsi.

Nel caso di contratto modificativo, quindi, si ha una modifica effettiva dell'oggetto dell'obbligazione, per cui il debitore si obbliga ad eseguire la nuova prestazione.

Nel caso della condizione, invece, il debitore non si obbliga e non nasce un nuovo vincolo obbligatorio: la seconda prestazione, qualora venisse effettivamente eseguita, non va a modificare l'oggetto dell'obbligazione originaria, ma la estingue semplicemente. In questo modo, non essendoci la pattuizione di una nuova obbligazione, la seconda prestazione funge appunto da evento, che va ad incidere sull'originario rapporto obbligatorio solo per quanto riguarda la modalità di estinzione e di liberazione del debitore⁷⁰.

⁶⁹ (Zaccaria, 1987) p. 18.

⁷⁰ Immaginiamo un contratto di vendita di un bene, nel quale il venditore abbia già trasferito la proprietà, ma il debitore non ne abbia ancora pagato il prezzo e, a seguito della difficoltà del debitore ad adempiere, il creditore acconsentisse a ricevere il trasferimento della proprietà di un bene. In questa ipotesi, se il debitore non riuscisse a pagare il prezzo, ma consegnasse al creditore un diverso bene, il contratto resterebbe una vendita e non si tramuterebbe in una permuta. Questo risultato è possibile perché l'obbligazione prevista in origine è rimasta inalterata, senza aver subito modifiche: in altre parole, nel contratto non è stata modificato il prezzo come elemento del contratto, ma si è solo acconsentito a ricevere un altro bene al posto del pagamento. Sul fatto che la previsione del prezzo costituisca

La nuova prestazione non va, così, ad alterare né l'oggetto, né la causa del contratto, ma influisce soltanto sulle vicende esecutive, consentendo al contratto di vendita originario di mantenere la propria identità, nonostante l'applicazione dell'art. 1197 c.c.

Per finire, si può osservare che lo stesso tentativo di ricondurre la prestazione in luogo dell'adempimento nell'alveo della novazione è fonte di dubbi. Non si capisce, infatti, il motivo per cui le parti, che volessero realizzare una prestazione in luogo dell'adempimento, dovrebbero invece ritrovarsi a ricorrere alla novazione. Il creditore non avrebbe alcun interesse ad estinguere l'obbligazione non adempiuta, per poi concluderne una uguale con il contenuto modificato. Al contrario, l'interesse del creditore è quello di mantenere l'obbligazione originaria e di trovare una modalità alternativa all'adempimento per estinguerla.

Inoltre, interpretare la prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto modificativo dell'oggetto porta a ridurre il campo di applicazione dell'art. 1197 c.c. in favore della novazione, la cui area risulta conseguentemente ampliata, riuscendo ad inglobare tutte quelle fattispecie, che nascono in origine come prestazione in luogo dell'adempimento, ma, a causa di una modifica troppo rilevante, finiscono per essere qualificate come novazione.

La classificazione di una fattispecie come prestazione in luogo dell'adempimento o come novazione non è priva di rilevanza pratica, se si pensa che, solo nel primo caso, ci sarà la possibilità di avvalersi della disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 1197 c.c.

In conclusione, la tesi che si propone attribuisce autonomia alla prestazione in luogo dell'adempimento, evitando di appiattirla sulla figura della novazione, e presentando i seguenti punti di forza: 1) consentire alle parti di

elemento essenziale del contratto, e non invece il pagamento, e quindi sulla estraneità delle vicende esecutive rispetto alla definizione del tipo, si rinvia ad (Amadio, 1996), p. 125 “Nel merito, deve escludersi che, nelle fattispecie cui lo strumento si applica, l'esecuzione o l'inesecuzione della prestazione *ex contractu* possano considerarsi come tratti individuanti il tipo. [...]Che lo schema tipico della vendita possa considerarsi realizzato nel momento in cui alla previsione del trasferimento faccia riscontro la *previsione* del vincolo obbligatorio, è rilievo talmente ovvio da non richiedere il conforto di specifici riferimenti, e dal quale risulta confermata l'estraneità allo schema stesso della fase attuativa del programma obbligatorio.”(corsivo nel testo). E in nota a p. 125 “Diversamente ragionando (ritenendo cioè il *pagamento* del prezzo come elemento tipizzante), potrebbe anche negarsi (paradossalmente) l'inquadramento nel tipo, a tutte le ipotesi di compravendita in cui fosse prevista una dilazione di pagamento.”

assegnare qualsiasi contenuto esse vogliano alla seconda prestazione; 2) restare aderenti alla lettura dell'art. 1197 c.c., senza introdurre limiti che non vi sono previsti e che appartengono ad altre figure giuridiche; 3) consentire all'obbligazione di conservare la sua identità originaria, anche dopo l'esecuzione della diversa prestazione; 4) non restringere l'ambito di applicazione dell'art. 1197 in favore della novazione.

4. Il secondo comma dell'art. 1197 c.c.

La configurazione della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo si scontra con la difficoltà di spiegare le due diverse forme di tutela previste dal secondo comma dell'art. 1197 c.c.

Se, infatti, consideriamo l'esecuzione della seconda prestazione come esercizio di un potere di modificare unilateralmente l'oggetto dell'obbligazione, modifica attuabile solo attraverso l'esecuzione dell'obbligazione medesima, così come modificata, ci troviamo di fronte ad una serie di problemi che riguardano la stessa possibilità, per il creditore, di chiedere, a sua scelta, la garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa, oppure la prestazione originaria e il risarcimento del danno.

Non basta dire che l'art. 1197 prevede una tutela particolare proprio in ragione della sua natura di contratto modificativo⁷¹, dal momento che allora ci si dovrebbe domandare perché tale tutela non sia apprestata per tutti gli altri casi, in cui il contratto originario subisce delle modificazioni. Più in generale, non si capisce perché ci sia bisogno di una tutela speciale per chi ricorra alla prestazione in luogo dell'adempimento.

- 1) Il primo punto da affrontare riguarda proprio la possibilità di richiedere la prestazione originaria. La situazione di fatto, cui fa riferimento il secondo comma, è quella che vede la seconda prestazione che è stata eseguita, ma

⁷¹ Secondo (Zaccaria, 1987), pp. 22 e 23, il secondo comma racchiude un'intima contraddizione, derivando da due concezioni antitetiche della *datio in solutum* nel diritto romano, che sono rimaste fino ad oggi e, precisamente, dalla interpretazione come *solutio* o come vendita. Più avanti, a p. 261, definisce il secondo comma come "una tutela supplementare, connessa alla circostanza che l'obbligazione ha mutato la propria fisionomia in conseguenza di un accordo di << prestazione in luogo dell'adempimento >>".

successivamente sorgano dei vizi oppure compaia un terzo che rivendichi il bene come proprio.

In base alla tesi contestata, l'esecuzione della seconda prestazione costituisce esercizio del potere modificativo e, conseguentemente, estinzione dell'obbligazione originaria, così come è stata modificata. A fronte dell'estinzione della prima originaria obbligazione, dobbiamo però tener conto che il secondo comma dell'art. 1197 c.c. concede, in alternativa alla richiesta delle garanzie per vizi ed evizione, anche la possibilità che il creditore chieda l'adempimento della prestazione originaria.

A questo punto, sorge spontaneo chiedersi come sia possibile per il creditore domandare l'adempimento di una prestazione che è stata precedentemente estinta.

La risposta che viene data a questa domanda è quella della reviviscenza⁷² della prima prestazione, ma non si chiarisce come sia possibile da parte del creditore far rivivere una prestazione ormai estinta. Se questo fosse possibile, vorrebbe dire che la volontà unilaterale del creditore abbia ripristinato un obbligo già estinto, ma sorgono dubbi sul fatto che una sola parte possa ricostituire, in capo alla controparte, un obbligo precedentemente adempiuto.

Inoltre, rimanendo nell'ambito della teoria del modificativo, la situazione si complica ulteriormente, perché si tratterebbe non solo di recuperare l'obbligazione che è stata estinta, ma soprattutto di ripristinare l'obbligazione originaria, così come era prima della modifica: se questo fosse possibile, si tratterebbe di un'operazione di contro-modifica, realizzata in via unilaterale dal creditore. Si può osservare, infatti, che l'obbligazione che è stata estinta era l'obbligazione modificata dal potere unilaterale del debitore; mentre il secondo comma fa riferimento all'obbligazione originaria, ossia non modificata.

- 2) Un altro punto da affrontare, riguarda l'interpretazione del secondo comma dell'art. 1197 c.c. come attribuzione al creditore, a fronte dell'insorgere di vizi o dell'ipotesi di evizione, di due rimedi per l'inadempimento. Si permetta una breve precisazione: l'inadempimento di cui si discute è quello

⁷² Tale concetto è richiamato da (Zaccaria, 1987) a pp. 277, 278, 280.

relativo alla seconda prestazione, come si evince dalla lettura del secondo comma dell'articolo in esame. La previsione dell'azione per vizi ed evizione è infatti riferibile solo alla prestazione che è stata eseguita in luogo di quella originaria, mentre perderebbe di significato se fosse relativa alla prima.

L'obiezione che si solleva muove proprio dalla configurazione della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo, o, più esattamente, come un negozio che attribuisce al debitore il potere di modificare unilateralmente l'oggetto della prestazione. Se l'esecuzione della seconda prestazione costituisce esercizio di un potere, ci si domanda come sia possibile qualificare come inadempimento il mancato o l'errato esercizio del potere. L'inadempimento è un concetto estraneo al potere, perché la parte cui è attribuito il potere potrà decidere di esercitarlo o di non esercitarlo, ma, in tal caso, il mancato esercizio di un potere non potrà essere qualificato come inadempimento. Dove c'è potere, non c'è obbligo e, senza obbligo, non può esserci inadempimento.

A maggior ragione, non si capisce come l'insorgere successivo di vizi (o dell'evizione) possa essere considerato inadempimento, da chi comunque ritiene che l'esecuzione della prestazione, seppur viziata, sia stata in grado –abbiamo visto sopra al punto 1) – di estinguere l'obbligazione originaria.

La configurazione del secondo comma dell'art. 1197 c.c. come rimedio per l'inadempimento non può essere risolta semplicemente notando l'incongruenza tra la presenza di un potere e la presunta esistenza di un inadempimento, ma merita un approfondimento maggiore, cui saranno dedicate le pagine successive. Saranno infatti analizzati la possibilità di richiedere la prestazione originaria o, in alternativa, la richiesta di garanzia per evizione e per i vizi come rimedi per l'inadempimento.

a) La richiesta di adempimento della prestazione originaria

La tesi secondo cui le azioni previste dall'art. 1197 c.c. rappresentino una tutela supplementare⁷³ per i casi di inadempimento verrà vagliata sulla base

⁷³ (Zaccaria, 1987) p. 261; inoltre, a p. 253, l'Autore riconosce l'incongruenza rispetto alle normali forme di tutela per l'inadempimento, ma lo giustifica come conseguenza di “quella particolare specie di modifica che consegue a una <<prestazione in luogo dell'adempimento>>: una modifica, cioè, cui il creditore ha consentito unicamente in vista della soddisfazione delle proprie ragioni, e che, per questo motivo, è attuabile solo attraverso l'adempimento.”

delle forme di tutela⁷⁴ apprestate dal nostro ordinamento. Come è noto, per i casi di inadempimento, le norme di riferimento sono l'art. 1218 c.c., per le obbligazioni singole, e l'art. 1453 c.c. per quelle obbligazioni che sono in una relazione di corrispettività con un'altra obbligazione: i rimedi previsti sono, rispettivamente, il risarcimento del danno per le prime; per le seconde l'adempimento coattivo o, in via alternativa, la risoluzione, cui si aggiunge, in via cumulativa, il risarcimento⁷⁵. Abbiamo, quindi, oltre alla comune tutela di tipo risarcitorio, la scelta tra una tutela di tipo satisfattivo attraverso la coazione all'adempimento, e una di tipo ripristinatorio - restitutorio. Iniziamo prendendo in considerazione la possibilità, prevista dal secondo comma dell'art. 1197 c.c., che il creditore chieda la prestazione originaria, a fronte dell'insorgenza di vizi o dell'eventualità dell'evizione della seconda prestazione eseguita, e ci si domanda a quale forma di tutela appartenga questa azione.

a) Ipotesi di tutela satisfattiva.

Se proviamo a immaginare la richiesta di adempimento della prima originaria prestazione come rimedio a carattere satisfattivo per l'inadempimento, noteremo subito la mancata corrispondenza tra la prestazione non eseguita e quella di cui invece si chiede l'adempimento. La prestazione rimasta inadempita è infatti la seconda, ossia quella introdotta dall'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento; mentre il secondo comma dell'art. 1197 c.c. consente al creditore di domandare l'adempimento della prima prestazione.

Verrebbe quindi a mancare il nesso di specificità che lega la richiesta di adempimento coattivo alla prestazione ineseguita: l'azione di adempimento serve appunto per richiedere coattivamente l'adempimento di quella specifica prestazione che è rimasta inadempita⁷⁶, e ha lo scopo di ottenere

⁷⁴ Per un approfondimento sulla tutela civile dei diritti si rinvia a (Di Majo, 1993) e (Di Majo, 2009).

⁷⁵ Sul tema si richiama (Amadio, 2014) p. 1 ss. e 69 ss.

⁷⁶ Sul fatto che la tutela satisfattiva, e in particolare, la coazione all'adempimento sia rivolta a chiedere l'adempimento della prestazione rimasta ineseguita, si veda (Di Majo, 1993), p. 249: “[l’avente diritto] ove invece egli abbia interesse ad ottenere quella specifica, esatta prestazione oggetto della propria aspettativa, opterà per l’adempimento *in via coattiva*. (corsivo nel testo)”. Più avanti, l’Autore così risponde a chi gli domanda cosa significa agire per ottenere l’adempimento in via coattiva: “La risposta è che l’adempimento in via coattiva implica la predisposizione, ad opera dell’ordinamento, di rimedi, la cui struttura

per altra via la soddisfazione di quel medesimo interesse che non è stato soddisfatto spontaneamente dal debitore.

Se fosse possibile per il creditore chiedere l'adempimento della prestazione originaria come rimedio per l'inadempimento della seconda prestazione, allora, in tal caso, l'adempimento coattivo perderebbe la sua finalità di tutela dei diritti.

Una volta scardinato il legame tra l'interesse creditorio a ricevere la prestazione ineseguita e l'adempimento coattivo, quest'ultimo non sarebbe più uno strumento che l'ordinamento predispone a protezione del creditore insoddisfatto, consentendogli di rivolgere al debitore una richiesta rafforzata di adempimento, ma perderebbe *in toto* la sua giustificazione.

b) Ipotesi di tutela ripristinatoria –restitutoria.

La richiesta di esecuzione della prima prestazione è stata interpretata come una forma di risoluzione⁷⁷ dell'accordo di modifica, che ha sostituito la seconda prestazione alla prima: risolvendo il modificativo, verrebbe così ripristinata la prestazione originaria e, di conseguenza, sarebbe nuovamente possibile chiederne l'adempimento.

Se così fosse, ci si chiede se verrebbe effettivamente realizzata una tutela di tipo ripristinatorio - restitutorio, intesa nel senso in cui “restituire significa ristabilire le condizioni di fatto e di diritto che caratterizzavano la situazione del soggetto prima che un certo mutamento fosse intervenuto”⁷⁸.

La risoluzione del solo effetto modificativo, se anche fosse possibile⁷⁹, porterebbe, sì, le parti alla condizione iniziale precedente alla modifica, ma si dubita che una tale situazione sia in grado di fornire tutela al creditore. A fronte dell'inadempimento della seconda prestazione, il creditore,

può essere varia, ma la cui funzione e/o risultato sia tale comunque da garantire all'avente diritto il conseguimento di quel bene e/o utilità oggetto dell'aspettativa contrattuale e/o della obbligazione” (p. 250). Si rinvia ulteriormente a (Di Majo, 2009), p. 123 ss.

⁷⁷ Il richiamo è a (Zaccaria, 1987) p. 259 “l'esigere la prestazione originaria presuppone chiaramente la risoluzione dell'accordo di <<prestazione in luogo dell'adempimento>>”.

⁷⁸ (Di Majo, 1993) p. 293 e, dello stesso autore, (Di Majo, 2009) p. 197 ss.

⁷⁹ Si veda (Amadio, 2014) p. 24 in tema di risoluzione di un contratto ad effetti modificativi: “Nella misura in cui esso si limiti ad introdurre modificazioni nel rapporto giuridico costituito dal contratto modificato, senza sostituirlo, è evidente che non potrà rappresentare autonoma fonte del rapporto stesso. Ne discende che la mancata esecuzione delle prestazioni modificate non può costituire inadempimento del (solo) contratto modificativo, ma integra una violazione del rapporto contrattuale originario, sia pure modificato, la cui eventuale risoluzione comporterà il venir meno degli effetti complessivamente discendenti dai due atti.”

risolvendo il contratto modificativo, si troverebbe nuovamente nella posizione di creditore, con l'unica differenza che la prestazione cui ha diritto è diversa, essendo non più quella modificata, ma quella originaria. La risoluzione del contratto modificativo non offrirebbe nessun tipo di tutela al creditore insoddisfatto, ma si limiterebbe ad operare come una contro-modifica, senza riuscire a sciogliere il creditore dal vincolo con il debitore inadempiente: per ottenere questo risultato si dovrebbe, in ipotesi, ricorrere ad una seconda risoluzione.

Una tutela di tipo ripristinatorio, invece, è “diretta a ri-costituire la condizione originaria (e cioè a confermare una condizione preesistente)”⁸⁰ nel senso di riportare le parti nella posizione giuridica precedente alla nascita dell'obbligazione, mentre, se seguissimo l'impostazione promossa dalla tesi contestata, la risoluzione lascerebbe permanere il vincolo obbligatorio esistente tra le parti, mutandone soltanto l'oggetto (non più la prestazione modificata, ma quella originaria).

Dalle considerazioni sopra svolte, pare emergere che la richiesta di adempimento della prestazione originaria, prevista dal secondo comma dell'art. 1197 c.c., non sia riconducibile a nessuna delle forme di tutela previste dal nostro ordinamento per le ipotesi di inadempimento. Si esclude altresì che essa possa rappresentare una forma di tutela speciale, o come è stato detto supplementare, e ulteriore rispetto alle forme tipiche previste. Se così fosse, non si capisce infatti il motivo di porre una tutela per l'inadempimento all'interno di un comma che richiama solo le obbligazioni traslative e, per di più, senza specificare se il suo ambito di applicazione sia quello dei contratti a prestazioni corrispettive oppure singole, e, ancora, se abbia una valenza generale, oppure sia limitato alla sola prestazione in luogo dell'adempimento.

b) La garanzia per l'evizione e per i vizi

La possibilità di domandare al debitore la garanzia per l'evizione e per i vizi costituisce l'elemento che più si allontana dai rimedi per l'inadempimento della prestazione.

⁸⁰ (Di Majo, 1993) p. 45.

Per affrontare questo tema ci si richiama brevemente alle tesi che hanno teorizzato “il distacco della garanzia dal concetto di obbligazione”⁸¹ proprio in riferimento all’impegno del venditore in ordine a vizi e qualità del bene. Il punto centrale, che emerge anche da differenti impostazioni⁸², riguarda l’impossibilità di considerare la garanzia come uno strumento di reazione all’inadempimento.

Nonostante queste osservazioni, se anche volessimo assecondare la ricostruzione della garanzia come rimedio, ci si dovrebbe interrogare rispetto a quale obbligazione si possa predicare l’inadempimento. Abbiamo infatti visto che, secondo la teoria che riconduce la prestazione in luogo dell’adempimento ad un contratto modificativo, la seconda prestazione costituisce esercizio del potere modificativo da parte del debitore, e non invece adempimento di una obbligazione. Né tantomeno è convincente la soluzione di considerare l’obbligazione come sorta nel momento stesso in cui è adempiuta, momento corrispondente all’esercizio del potere modificativo⁸³.

Si può concludere osservando che l’analisi dei due presunti rimedi previsti dal secondo comma dell’art. 1197 c.c. ha mostrato la loro estraneità alla tutela per l’inadempimento.

La richiesta di adempimento della prestazione originaria non è infatti riconducibile né ad una tutela di tipo satisfattivo né di tipo ripristinatorio, mancando, nella prima ipotesi, una corrispondenza tra la prestazione non eseguita e quella di cui invece si chiede l’adempimento; nella seconda ipotesi, la risoluzione del contratto modificativo si è rilevata non idonea a garantire l’interesse del creditore insoddisfatto.

⁸¹ (Mengoni, 1953) p. 4, e p. 16, secondo il quale “il sorgere di una specifica obbligazione di garanzia è logicamente impossibile: in luogo dell’obbligazione subentra la garanzia”. Per un approfondimento delle posizioni in merito al binomio garanzia-responsabilità si rinvia a (Amadio, 2001) p. 883; (Amadio, 2004) p. 131 ss.

⁸² Si veda ad esempio la posizione di (Rubino, 1962), secondo cui le obbligazioni di garanzia non costituiscono <<sanzione>> per l’inadempimento di un’obbligazione preesistente, ma sono esse stesse obbligazione primaria. Si rimanda anche a (Di Majo, 2009) p. 17 ss.

⁸³ Questa tesi era già critica da (Allara, 1927) che afferma, a p. 48: “La concezione di un obbligo che sorge e nel tempo stesso si adempie e si estingue è quanto mai artificiosa e contraria alla realtà stessa delle cose ed all’intento attuale delle parti”.

La garanzia per i vizi e per l'evizione, invece, muove da presupposti diversi dall'inadempimento dell'obbligazione, e, come tale, non potrebbe essere ricondotta agli strumenti di tutela per l'inadempimento.

Sembra emergere con chiarezza che i due strumenti, previsti in via alternativa tra loro, non rappresentano dei rimedi contro l'inadempimento dell'obbligazione. Abbiamo così raggiunto un risultato importante, quello di sottrarre il secondo comma dell'art. 1197 c.c. dal campo delle tutele per l'inadempimento.

5. L'interesse del creditore alla prestazione in luogo dell'adempimento

Negata l'appartenenza del secondo comma ai rimedi contro l'inadempimento, si intravede nella condizione il mezzo tecnico⁸⁴ in grado di armonizzare la possibilità di domandare la prestazione originaria e la richiesta di garanzia per i vizi o per l'evizione. Questo risultato è raggiungibile se si deduce in condizione non semplicemente l'esecuzione della seconda prestazione, ma la sua esecuzione integrata dalle garanzie.

L'interrogativo principale, che dobbiamo porci nell'affrontare lo studio della prestazione in luogo dell'adempimento, non è tanto quello di capire come sia possibile che un'obbligazione venga estinta attraverso l'esecuzione di una diversa prestazione: per rispondere a questo quesito ci viene in soccorso il primo comma dell'art. 1197 c.c., che illustra il principio generale per cui il debitore non possa liberarsi, se non attraverso l'adempimento, salvo il caso in cui il creditore presti il proprio consenso a ricevere una diversa prestazione.

Quello che l'articolo invece non spiega, è come possa ugualmente estinguersi l'obbligazione originaria, attraverso l'esecuzione di una prestazione viziata o che sia suscettibile di evizione⁸⁵.

⁸⁴ Si veda (Rubino, 1961) p. 31-32 "D'altra parte, sempre in base ai principi generali non si vede in base a quale mezzo tecnico si potrebbe ritornare alla prestazione originariamente dovuta, una volta che il debitore le abbia sostituito la prestazione facoltativa."

⁸⁵ Secondo (Zaccaria, 1987) anche la prestazione viziata è in grado di modificare il contratto ed estinguere l'obbligazione, la quale, infatti, per poter essere nuovamente richiesta dal creditore, deve "rivivere".

Le difficoltà maggiori si presentano infatti quando la seconda prestazione non vada a buon fine, perché il bene sia alterato o perché un terzo ne rivendichi la proprietà. Se, invece, la seconda prestazione risulti perfetta e immune da vizi, e il creditore abbia acconsentito a riceverla, chiunque potrebbe osservare che il creditore, per così dire, non resta a mani vuote, ma viene soddisfatto, anche se con una prestazione diversa da quella originaria. Se invece il creditore non è così fortunato, e ottiene un bene difettoso o un terzo dichiara di esserne il proprietario, allora è facile capire che il creditore non raggiunge nessuna soddisfazione dalla prestazione viziata: da qui nasce il problema di spiegare come possa una tale prestazione essere in grado di estinguere l'obbligazione originaria.

Un suggerimento ci viene dato proprio dal secondo comma dell'art. 1197 c.c., che consente al creditore la scelta tra la prestazione originaria e le garanzie per la seconda prestazione.

L'alternativa, che l'articolo ci offre, è indicativa del fatto che è realizzato un giudizio di equivalenza tra questi due elementi: il creditore deve scegliere quale preferire, sapendo che l'uno esclude l'altro. Se questi elementi non fossero posti sullo stesso piano, l'alternativa tra uno dei due sarebbe a priori iniqua, dal momento che il creditore è costretto a sceglierne uno solo, rinunciando all'altro. La scelta potrà essere vantaggiosa o meno, ma questa è una valutazione soggettiva del creditore, e sarà anzi il criterio che lo guiderà nella decisione. Astrattamente, però, le due opzioni sono poste in alternativa, perché considerate equivalenti, ossia entrambe ugualmente idonee a soddisfare gli interessi creditori.

A questa conclusione si potrebbe obiettare che la garanzia, in quanto tale, non è in grado di soddisfare l'interesse del creditore alla prestazione, ma costituisce uno strumento diverso, che non può trasformarsi in un modo di estinzione dell'obbligazione. Questo è sicuramente vero, dal momento che l'interesse a ricevere la prestazione originaria non potrà mai essere soddisfatto dall'ottenimento di una garanzia, a maggior ragione se consideriamo anche il fatto che si tratta della garanzia relativa alla diversa prestazione, e non a quella originaria. Posto quindi che l'ottenimento della garanzia non possa soddisfare l'interesse alla prestazione originaria, possiamo aggiungere un'altra osservazione.

Si può notare, infatti, che l'interesse al raggiungimento della prestazione originaria x, non sarà mai soddisfatto nemmeno dall'esecuzione della diversa prestazione y: anzi, dopo la ricezione di y, l'interesse per x sarà definitivamente insoddisfatto, perché il creditore non potrebbe chiederne l'esecuzione, cumulandola alla prestazione y⁸⁶. Eppure la prestazione x si estingue ugualmente, e la ragione è da collegare non alla capacità della nuova prestazione di soddisfare l'interesse originario, ma a quel giudizio di equivalenza⁸⁷ che porta il creditore a pattuire una prestazione in luogo dell'adempimento.

Quando introduciamo un giudizio di equivalenza tra la prestazione originaria e una diversa, salta la corrispondenza tra l'interesse all'ottenimento dell'originaria prestazione e quella che invece sarà effettivamente eseguita. Venuta meno questa corrispondenza, non ha più senso obiettare che la garanzia non potrebbe soddisfare l'interesse originario, poiché nemmeno l'esecuzione di una differente prestazione potrebbe farlo. In entrambi i casi, però, si ottiene l'estinzione dell'obbligazione originaria, ma non come surrogato dell'adempimento di una prestazione che, lo abbiamo detto, resterà definitivamente insoddisfatta, ma come decisione di accettare un *quid* diverso.

L'ottenimento della garanzia si presta quindi a soddisfare l'interesse creditorio così inteso, mentre un simile risultato non potrebbe essere conseguito semplicemente con l'esecuzione della prestazione viziata o suscettibile di evizione. Con la prestazione in luogo dell'adempimento, il creditore non si accontenta di ricevere la diversa prestazione *tout court*⁸⁸,

⁸⁶ Si richiama (Biscontini, 1984) p. 620: "Ogni prestazione diversa da quella originaria risulterà inadeguata, di per sé, a realizzare compiutamente gli interessi dedotti nell'obbligazione. Tuttavia poiché l'«utilità» risponde ad una valutazione soggettiva, estranea al rapporto, è possibile che il creditore consideri ugualmente «utile», cioè conveniente, anche il conseguimento di un bene differente da quello dovuto."

⁸⁷ Si veda sul tema (Allara, 1927) p. 71 ss., che instaura il giudizio di equivalenza non direttamente tra le due prestazioni, ma tra l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta e l'adempimento.

⁸⁸ Questo aspetto assumerà rilevanza proprio per stabilire la differenza con il contratto modificativo dell'oggetto, dove l'interesse delle parti si esaurisce nella composizione di un nuovo regolamento contrattuale. Nella prestazione in luogo dell'adempimento, invece, l'obiettivo del creditore è di estinguere il vincolo, non di modificarlo.

ma, a fronte della presenza di vizi o dell'ipotesi di evizione, ne richiede la garanzia, e solo con il suo ottenimento⁸⁹ potrà dirsi soddisfatto.

Risulta così spiegato il motivo per cui la garanzia sia in grado di estinguere la prestazione originaria, che di conseguenza non potrà più essere pretesa dal creditore, come emerge anche dalla scelta alternativa, e non cumulativa, prevista nel secondo comma dell'art. 1197 c.c. tra la garanzia e la richiesta della prestazione originaria.

6. L'inidoneità della prestazione viziata ad estinguere l'obbligazione

L'incapacità di soddisfare l'interesse del creditore impedisce alla prestazione viziata o suscettibile di evizione di estinguere l'obbligazione⁹⁰. Si osserva che la sopravvivenza dell'obbligazione originaria, per tutto il periodo successivo alla esecuzione della prestazione viziata, consente di dare una spiegazione alla possibilità di richiedere l'esecuzione dell'originaria prestazione, come previsto dal secondo comma dell'art. 1197 c.c. Se così non fosse, saremmo costretti ad interpretare la richiesta del secondo comma come un'ipotesi di reviviscenza della prestazione ormai estinta.

Immaginiamo che l'esecuzione della seconda prestazione estingua subito l'obbligazione originaria: se successivamente dovessero sorgere dei vizi, la richiesta della prestazione originaria, prevista in base al secondo comma dell'art. 1197 c.c., sarebbe da considerare come reviviscenza della prima prestazione. La prestazione originaria, infatti, sarebbe estinta dall'esecuzione della seconda prestazione e, di conseguenza, verrebbe meno la possibilità di chiedere l'adempimento di un'obbligazione non più esistente: questa possibilità si avrebbe solo – come tra l'altro è stato fatto – ipotizzando la reviviscenza della prima prestazione, ma si nega che il

⁸⁹ Vedremo più avanti perché si è preferito che solo con l'ottenimento della garanzia si estinguesse l'obbligazione principale, non bastandovi la semplice richiesta di garanzia. Forse si potrebbe persino vederne una traccia lessicale nel fatto che, nel secondo comma dell'art. 1197 c.c., non è scritto che il creditore deve chiedere la garanzia, ma che il debitore vi è tenuto.

⁹⁰ Diversa opinione ha chi ritiene che la prestazione in luogo dell'adempimento sia un contratto modificativo che nasce e, nello stesso tempo, si estingue attraverso l'esecuzione della prestazione.

creditore, unilateralmente, possa ripristinare, a carico della controparte, un vincolo obbligatorio ormai estinto⁹¹.

Un secondo rilievo a sostegno della permanenza della prestazione originaria si ricava, ponendo l'attenzione sull'interesse del creditore. Se, nonostante la comparsa di vizi o dell'eventualità dell'evizione, l'esecuzione della seconda prestazione avesse estinto la prestazione originaria, verrebbe meno l'alternativa indicata dal secondo comma dell'art. 1197 c.c., restando solo la garanzia come scelta obbligata del creditore, a meno che non si sostenga la capacità del creditore di far rivivere l'obbligazione originaria. Diversamente, tale rischio non si presenta se la prestazione originaria si conserva, finché il creditore stesso non decida di optare per la garanzia.

Da ultimo, si evidenzia il vantaggio che il debitore otterrebbe se l'obbligazione originaria venisse estinta anche da un'esecuzione inesatta della seconda prestazione. Se quest'ultima fosse in grado di estinguere la prima prestazione, avremmo come risultato che il debitore non solo non avrebbe eseguito correttamente la seconda prestazione, ma otterrebbe pure la propria liberazione dall'obbligazione originaria (salva la possibilità, quanto mai dubbia, che il creditore possa farla rivivere).

7. La definizione dell'evento

A questo punto della trattazione abbiamo ricomposto tutti gli elementi necessari per ricostruire l'impostazione che qui si sostiene.

Da un lato, sappiamo che l'ottenimento della garanzia assume per il creditore un'efficacia estintiva pari a quella dell'esecuzione della diversa prestazione. Questo è dovuto al fatto che, a differenza dell'esecuzione della prestazione viziata, la garanzia è in grado di soddisfare l'interesse del creditore.

Dall'altro lato, la prima prestazione permane in vita⁹², appunto finché il creditore non risulta soddisfatto, anche con modalità diverse dall'adempimento.

⁹¹ Si richiama quanto già osservato sopra al paragrafo 4 di questo capitolo.

⁹² Sul punto si veda (Sicchiero, 3/2002) p. 1413 "Nel silenzio delle parti ed in mancanza di altri elementi sembra comunque che debba ammettersi la possibilità per il debitore di eseguire la prestazione originaria quale bene della vita spettante al creditore e sulla cui

Possiamo così affermare che la figura di cui all'art. 1197 c.c. permette l'estinzione dell'obbligazione attraverso strumenti diversi dall'adempimento, senza, però, sottrarre all'adempimento stesso l'efficacia estintiva che gli è propria. Finché il creditore non perde il diritto alla prima prestazione, infatti, l'adempimento resta soddisfattivo, e sarà così possibile per il debitore adempiere, ossia eseguire l'unica (e originaria) prestazione dovuta. Come sia realizzabile questa duplicità di risultati è facilmente spiegabile ricorrendo al congegno condizionale.

La prestazione in luogo dell'adempimento si comporta come una condizione, che però non subordina l'efficacia o l'inefficacia dell'intero contratto al verificarsi di un evento, ma si limita a condizionare la modalità di estinzione dell'obbligazione non ancora eseguita. Senza modificare l'obbligazione originaria, la condizione introduce l'eventualità che fatti, diversi dall'esecuzione della prestazione originaria, possano intervenire ad estinguere l'obbligazione, affiancandoli all'ipotesi ordinaria dell'adempimento.

Si può notare, a questo proposito, che il creditore non rinuncia subito a ricevere la prestazione originaria, rispetto alla quale non perde interesse, come dimostra la possibilità, prevista al secondo comma dell'art. 1197 c.c., di richiederla. D'altra parte, il creditore accetta che modalità diverse dall'adempimento estinguano l'obbligazione, solo se esse siano ugualmente soddisfattive dei suoi interessi: come abbiamo visto, l'esecuzione di una diversa prestazione o, a fronte di vizi ed evizione, l'ottenimento della garanzia sono fatti idonei a soddisfare l'interesse del creditore. Se così è, la prestazione in luogo dell'adempimento potrebbe presentarsi in questa forma: "Tizio debitore deve x a Caio, ma se presta y con le relative garanzie per vizi ed evizione, si estingue ugualmente l'obbligazione".

Schematicamente, possiamo così riprodurre la situazione che nasce a seguito della prestazione in luogo dell'adempimento:

persistenza non vi è dubbio sol che si consideri il momento in cui si realizza l'effetto estintivo: se il debitore non esegue la prestazione sostitutiva, infatti, il creditore ha pur sempre il diritto di ricevere quella originaria e dunque non sembra prospettabile, in difetto di novazione, la sua pretesa a ricevere solo quella sostitutiva."

- a) Se il debitore esegue la prestazione originaria, si ha adempimento, e la vicenda si conclude indipendentemente dal meccanismo condizionale, nonché al di fuori dell'art. 1197 c.c.;
- b) Se il debitore esegue la diversa prestazione, si aprono due scenari:
 - 1. se la prestazione è immune da vizi e da evizione: si verifica la condizione e si estingue l'obbligazione (art. 1197.1 c.c.);
 - 2. se la prestazione è viziata o suscettibile di evizione, il creditore ha due alternative (art. 1197.2 c.c.):
 - i) chiedere l'esecuzione della prima prestazione: la condizione è definitivamente mancata, e il debitore potrà liberarsi solo attraverso l'adempimento, ossia l'esecuzione della prestazione originaria;
 - ii) chiedere la garanzia per i vizi e l'evizione: l'ottenimento effettivo della garanzia coincide con il verificarsi della condizione, che consente di estinguere l'obbligazione.

8. La pendenza della condizione

La configurazione della prestazione in luogo dell'adempimento come una condizione comporta la sopravvivenza della prima originaria obbligazione, per tutto il tempo di pendenza della condizione.

Si potrebbe intravedere così il rischio di una moltiplicazione degli obblighi a carico del debitore, il quale, oltre alla originaria obbligazione, dovrebbe farsi carico anche dell'esecuzione della nuova prestazione.

All'obiezione si risponde osservando che il rischio di una moltiplicazione dei vincoli obbligatori viene evitato, proprio per il fatto di considerare la seconda prestazione come un evento dedotto in condizione: in tal modo, la sua esecuzione non rappresenta adempimento di una nuova obbligazione, ma costituisce avveramento della condizione, ossia rappresenta un comportamento che è valutato come un fatto esterno all'obbligazione. Questa impostazione consente di tutelare sia il creditore, sia il debitore.

Da un lato, infatti, il creditore, che si appresta a concludere una prestazione in luogo dell'adempimento, sa già che il suo debitore ha poche possibilità di adempiere alla prestazione originaria, per cui non avrebbe senso pattuire un'ulteriore obbligazione con lui. L'interesse del creditore è quello di

ottenere l'estinzione dell'obbligazione originaria, non invece quello di ritrovarsi nuovamente creditore di un debitore già poco affidabile.

Dall'altro lato, anche il debitore trova tutela, perché la nuova prestazione non costituisce un nuovo vincolo obbligatorio, ma resta tenuto all'unica originaria obbligazione. Con la prestazione in luogo dell'adempimento, il debitore ottiene la possibilità di estinguere l'(unica) obbligazione attraverso un comportamento, corrispondente alla seconda prestazione, ma che non diventa oggetto di un nuovo vincolo con il creditore. E' in tal modo scongiurato il rischio di creare un cumulo di obbligazioni.

9. Il mancato avveramento della condizione

Se l'evento dedotto in condizione è costituito dalla esecuzione di una diversa prestazione con annesso garanzie, si pone il problema di individuare il momento del mancato verificarsi dell'evento.

Non c'è dubbio che la mancata esecuzione della seconda prestazione o la sua realizzazione soltanto parziale comportino il mancato avveramento della condizione; al contrario, l'interpretazione non è così agevole nel caso in cui la prestazione venga eseguita, ma presenti vizi o sia suscettibile di evizione. In quest'ultimo caso, infatti, la condizione né si è avverata, né è mancata, ma è ancora in fase di pendenza, potendosi ancora verificare. Se così è, ci si domanda come possa il creditore chiedere l'esecuzione dell'originaria prestazione, prima ancora di sapere se la condizione si realizzerà o verrà meno.

Si potrebbe sostenere, infatti, che fino a quando la condizione non sia esaurita, e quindi finché non sia eliminata l'incertezza riguardo alla sorte dell'evento dedotto in condizione, non sia concesso al creditore intervenire.

A questa obiezione si risponde, osservando che, se a fronte di una prestazione viziata o suscettibile di evizione il creditore non potesse fare alcunché, si creerebbe una situazione di stallo, durante la quale la garanzia non sarebbe né richiesta né rifiutata. Per eliminare l'incertezza connessa all'ottenimento o meno della garanzia, è prima necessario che il creditore manifesti il proprio consenso a ricevere la garanzia. L'ottenimento della garanzia funge, sì, da evento, ma si tratta di un evento che richiede un

presupposto per potersi attivare, e tale presupposto altro non è che la richiesta della garanzia da parte del creditore.

Se il creditore non domanda la garanzia, ma chiede invece l'esecuzione dell'originaria prestazione, la condizione si considera definitivamente mancata, perché non sarà più possibile per il debitore eseguire la garanzia contro la volontà del creditore. Il fatto stesso di chiedere l'adempimento della prima prestazione rende definitivamente impossibile l'avverarsi dell'evento e, di conseguenza, la condizione non potrà più realizzarsi.

Non si tratta quindi di una rinuncia del creditore alla condizione prima del suo avveramento, e nemmeno di una eliminazione unilaterale della condizione: la richiesta della prima prestazione è da leggere piuttosto come un comportamento che esclude definitivamente la richiesta della garanzia, che non potrà più essere eseguita. Analizziamo ora i due casi di mancamento della condizione.

1) La mancata esecuzione della seconda prestazione e il problema dell'inadempimento

Se la prestazione in luogo dell'adempimento pone in condizione l'esecuzione della seconda prestazione integrata dalla garanzie, ne segue che la mancata esecuzione della seconda prestazione, la sua esecuzione solo parziale o la mancata prestazione delle garanzie configurino ipotesi di mancamento dell'evento.

La mancata esecuzione della seconda prestazione non è qualificabile come inadempimento e non è nemmeno possibile individuare un margine di responsabilità del debitore: egli infatti né ha assunto una nuova obbligazione, né si è impegnato in alcun modo ad eseguire la seconda prestazione. Quest'ultima è stata configurata come evento condizionale, rispetto al quale non è possibile emettere una valutazione di inadempimento, ma si potrà solo osservarne la verifica o il mancamento.

Ci si domanda quindi quale tutela spetti al creditore di fronte alla mancata esecuzione della seconda prestazione, non potendo ricorrere ai rimedi predisposti per l'inadempimento.

A questa domanda si risponde sulla base dell'evolversi della normale vicenda condizionale: la mancata esecuzione della seconda prestazione

corrisponde al mancamento della condizione, che non produrrà l'effetto di estinguere l'obbligazione originaria. Il creditore potrà quindi pretendere l'esecuzione della prima prestazione, che permane immutata, conservando così il diritto a chiederne l'adempimento.

2) **La richiesta della prestazione originaria**

La difficoltà di spiegare la richiesta della prestazione originaria sta nel fatto di capire che cosa consenta al creditore, dopo aver accettato la diversa prestazione, di reclamare poi quella originaria⁹³.

A questa domanda si risponde osservando che è il congegno condizionale a permettere il recupero della prima prestazione. La prestazione in luogo dell'adempimento deduce in condizione un comportamento, corrispondente all'esecuzione della seconda prestazione con annesse garanzie. Se il creditore, a fronte dei vizi o della possibilità di evizione della seconda prestazione, decide di chiedere l'adempimento della prestazione originaria, allora la condizione manca definitivamente: di conseguenza l'obbligazione non si estingue e il creditore potrà esigerne l'adempimento.

Tale impostazione consente così di spiegare il recupero della prestazione originaria, senza dover ricorrere al concetto di reviviscenza dell'obbligazione precedentemente estinta.

A questo punto, ci si potrebbe chiedere cosa succederebbe nel caso in cui, pur dopo la richiesta di adempimento della prestazione originaria da parte del creditore, il debitore riuscisse spontaneamente a sostituire il bene alterato con uno privo di difetti: in un simile caso, ci si domanda se la condizione debba considerarsi verificata oppure no. Una risposta rigorosa sarebbe quella di dire che, se il creditore abbia già fatto domanda per richiedere la prestazione originaria, la condizione debba essere considerata come definitivamente non avverata. E' chiaro, però, che, in un caso del genere, l'ultima parola spetta al creditore: se, nonostante il mancamento della condizione, preferisce accettare la seconda prestazione quando il debitore la esegue correttamente, allora non ci sono motivi per non consentirgli di fare quello che ritenga più opportuno.

⁹³ (Candian) p. 261.

10. L'avveramento della condizione

L'esecuzione della seconda prestazione o, in caso di comparsa di vizi o del rischio di evizione, l'ottenimento della garanzia, comportano l'avveramento della condizione e, di conseguenza, l'estinzione dell'originaria obbligazione.

Abbiamo già visto che il primo comma dell'art. 1197 c.c. spiega come l'esecuzione di una diversa prestazione possa estinguere l'obbligazione originaria, mentre il secondo comma è dedicato al caso in cui la diversa prestazione sia viziata o suscettibile di evizione. In tale situazione, si offrono al creditore due possibilità alternative: o esigere l'adempimento dell'obbligazione originaria, oppure chiedere al debitore di essere tenuto indenne dai vizi e dall'evizione. In entrambi i casi, l'obbligazione originaria non si estingue immediatamente, ma, nella prima situazione, l'estinzione si avrà solo con l'adempimento da parte del debitore; nella seconda, con l'effettivo ottenimento della garanzia. Analizziamo ora la scelta di chiedere la garanzia per l'evizione e per i vizi, rivelandosi l'ipotesi che solleva più aspetti critici.

La richiesta di garanzia per l'evizione e per i vizi

L'impostazione che si è seguita finora considera l'ottenimento della garanzia come evento condizionale, al cui verificarsi è subordinata l'estinzione dell'obbligazione originaria.

Si osserva che, abbandonando il ricorso al meccanismo condizionale, risulta difficile spiegare come sia possibile che la garanzia per una diversa prestazione possa estinguere un'altra obbligazione, se non interpretando la scelta del debitore come una remissione del debito. Secondo tale interpretazione, il creditore, accettando la garanzia per la nuova prestazione, sarebbe costretto a ricorrere alla remissione, per estinguere l'originaria obbligazione, che altrimenti resterebbe in vita, anche a seguito dell'ottenimento della garanzia. Una simile interpretazione è da escludere, se si tiene in considerazione l'interesse del creditore, il quale non avrebbe nessun vantaggio ad estinguere immediatamente l'obbligazione, per rimanere soltanto con una garanzia. Al contrario, tale rischio non si presenta se, come crediamo, l'ottenimento della garanzia è dedotto in condizione, per

cui l'obbligazione originaria si conserva fino a quando il creditore non ottiene la garanzia.

Confermata la scelta del meccanismo condizionale, ci si domanda perché non basti la semplice richiesta della garanzia a far estinguere l'obbligazione, ma sia richiesto, invece, che il debitore sia effettivamente tenuto indenne dall'ipotesi di vizi e di evizione.

La risposta, anche in tal caso, è da cercare nel meccanismo che meglio tuteli la posizione del creditore. Se fosse sufficiente la richiesta della garanzia a considerare avverato l'evento e, conseguentemente, ad estinguere l'obbligazione, si costringerebbe il creditore ad assumersi il rischio che la garanzia non venga effettivamente prestata, avendo nel contempo perso la possibilità di ricorrere alla prestazione originaria, ormai già venuta meno.

La sopravvivenza dell'obbligazione originaria, finché il debitore non tenga indenne il creditore dai vizi e dall'evizione, potrebbe far emergere un problema già visto, quello della duplicazione dei vincoli obbligatori a carico del debitore: abbiamo in precedenza affrontato il tema con riguardo alla seconda prestazione; resta ora da capire se la garanzia costituisca per il debitore un ulteriore vincolo.

Si potrebbe infatti sostenere che la mancata estinzione dell'obbligazione originaria a seguito dell'esecuzione della prestazione viziata porterebbe ad un cumulo di vincoli obbligatori, dal momento che la garanzia si aggiungerebbe all'obbligazione originaria, senza sostituirla e senza estinguerla: in tal modo il creditore risulterebbe doppiamente avvantaggiato, a scapito del debitore.

A questa obiezione, si possono fornire due risposte. La prima è quella di negare che la garanzia costituisca un'obbligazione, rappresentando invece uno strumento diverso, rivolto ad altri fini: il garante non si obbliga, né assume alcun tipo di obbligazione.

La seconda risposta riguarda il fatto che la garanzia è configurata come evento condizionale, rispetto al quale, abbiamo già osservato, il debitore non può mai essere ritenuto inadempiente: ci si domanda, quindi, come sarebbe possibile definire "vincolo obbligatorio" quello che, già a priori, non è in grado di produrre conseguenze in termini di responsabilità del debitore.

Il fatto che la garanzia costituisca un evento dedotto in condizione lascia aperte ancora alcune questioni da chiarire, riguardanti, in particolare, la definizione del momento in cui la condizione possa considerarsi avverata, la possibilità stessa di attivare la garanzia e l'esito cui conduce il suo ottenimento.

1) Il momento di verifica dell'evento-garanzia

La deduzione in condizione della garanzia potrebbe rivelarsi poco efficiente, in termini di teoria economica del diritto, per il fatto di costringere il creditore ad aspettare molto tempo, prima di sapere se la condizione si sia avverata o meno. Infatti, i vizi potrebbero comparire anche mesi dopo l'esecuzione della seconda prestazione, così come un terzo potrebbe sopraggiungere dopo molto tempo a rivendicare il bene.

Per rispondere a questa difficoltà, si potrebbero osservare le norme che il codice fissa in materia di vendita, che prevedono un termine di prescrizione di un anno dalla consegna, in caso di vizi (art. 1495 c.c.), e la possibilità di far fissare un termine dal giudice, se la cosa risulti gravata da garanzie reali o da altri vincoli (art. 1482 c.c.).

Il richiamo alle norme del codice può risolvere solo in parte il problema, ma si osserva che, da un lato, l'incertezza è insita nella scelta dello stesso strumento condizionale; dall'altro lato, si deve circoscrivere l'incertezza ad un ambito limitato, proprio in ragione delle caratteristiche della condizione di cui all'art. 1197 c.c. Tale condizione, infatti, non subordina al suo verificarsi né l'efficacia del contratto, né l'efficacia traslativa della seconda prestazione, ma si limita a influire sull'estinzione dell'obbligazione originaria. Quest'ultima, infatti, resterà in vita, finché il creditore non sia tenuto indenne dai vizi e dall'evizione: è solo l'estinzione dell'obbligazione originaria che resta sospesa, non invece l'efficacia del trasferimento del bene che il debitore abbia consegnato al creditore in esecuzione della seconda prestazione.

2) L'attivazione della garanzia

Un argomento importante da chiarire riguarda la possibilità di attivare la garanzia, pur in assenza di un'obbligazione da garantire. La questione non

concerne la natura giuridica della garanzia, ossia se essa costituisca o meno una obbligazione: abbiamo infatti già brevemente affrontato questo tema e adottato l'impostazione che sostiene la diversità della garanzia rispetto all'obbligazione. Il problema che ci si presenta a questo punto della trattazione è diverso, ed è quello di capire come sia possibile per il creditore chiedere la garanzia per una prestazione, che è configurata come un evento condizionale, ossia come un fatto, e non invece come una nuova obbligazione. In altre parole, ci si chiede se l'attivazione della garanzia presupponga o meno l'esistenza di una obbligazione da garantire.

Analizzando la disciplina delle garanzie per vizi ed evizione, possiamo notare che non sempre un'obbligazione di dare si accompagna alla garanzia: questo lo si deduce sia dalla possibilità, prevista dall'art. 1487 c.c., di escludere convenzionalmente la garanzia, sia dalle attenuazioni⁹⁴ di responsabilità del donante nel caso di vizi della cosa donata o di evizione.

La disciplina delle donazioni, come è noto, riserva un diverso trattamento⁹⁵ per le due garanzie. Da un lato, l'art. 798 c.c. è applicabile ad ogni donazione, anche se remuneratoria o modale, ed ammette la responsabilità del donante per vizi della cosa, solo se assunta con patto speciale o in caso di dolo. Dall'altro lato, l'art. 797 c.c. limita la responsabilità del donante, per l'ipotesi di evizione, solo se espressamente pattuita oppure se ci sia stato dolo o se dipenda dal fatto personale del donante; se, invece, si tratta di donazione modale o remuneratoria, la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante. Quest'ultima particolare disciplina ha portato ad affermare che “anche rispetto alla donazione remuneratoria, il fondamento della garanzia deve rinvenirsi al di fuori del congegno proprio del sinallagma”, e si è aggiunto che “del resto, che la garanzia per evizione non si ricolleggi necessariamente con l'esistenza di un rapporto sinallagmatico, è dimostrato dalla sua applicazione alla divisione (art. 759 c.c.)”⁹⁶.

Merita attenzione anche la disciplina prevista per i legati, rispetto ai quali si ritiene che “l'onere non sia normalmente tenuto alla garanzia per evizione,

⁹⁴Sulle garanzie per vizi ed evizione nella vendita si vedano (Balbi, 1964) p. 45 ss.; (Biondi, 1961) p. 544 ss.; (Azzariti, 1982) p. 832 ss.; (Gardani Contursi-Lisi) p. 432 ss; (Torrente, 2006) p. 613 ss.

⁹⁵ (Torrente, 2006) p. 628.

⁹⁶ Le citazioni sono di (Torrente, 2006), rispettivamente, p. 626 e p. 618.

né a quella per vizi, salvo diversa disposizione del testatore, se trattasi di cosa di proprietà dell'onerato.[...]Più incerto, invece, è se un'analogha conclusione debba raggiungersi quando l'onerato abbia l'obbligo di acquistare la cosa per trasmetterla al legatario: benché la soluzione non appaia del tutto coerente né equa, è però opinione sostanzialmente concorde, a tal proposito, che la garanzia debba essere prestata⁹⁷.

Dal quadro così brevemente tratteggiato, emerge che non sempre la prestazione di trasferire la proprietà di una cosa è accompagnata dalla garanzia per i vizi e per l'evizione del bene stesso. Non sempre, infatti, il dante causa si assume la responsabilità per la regolarità e la completezza del trasferimento e, d'altra parte, l'assenza della garanzia non inficia in alcun modo la validità dell'attribuzione patrimoniale⁹⁸.

Qualora, però, la garanzia sia prevista, allora possiamo affermare, in un certo senso, che la prestazione di dare risulti qualificata, proprio per il fatto di essere garantita. Non a caso, la disciplina della vendita prevede la garanzia come un *naturale negotii*, ossia un effetto che trova luogo in mancanza di patti che la limitino od escludano; mentre la posizione che alla garanzia spetta nella donazione è invertita rispetto a quella che essa assume nella vendita, esigendo un'apposita pattuizione⁹⁹.

Si capisce così il motivo per cui l'art. 1197 c.c. preveda espressamente la garanzia: la nuova prestazione è garantita, perché costituisce un trasferimento qualificato in un certo modo, trattandosi di una prestazione di dare che è prestata "in luogo dell'adempimento", e quindi resa il più vicino possibile ad un'obbligazione, pur non essendo tale¹⁰⁰. Con tale previsione, è possibile neutralizzare il rischio che la nuova prestazione resti priva di qualsiasi garanzia, dal momento che essa è configurata come un evento e non come un'obbligazione nascente dal contratto. La nuova prestazione è,

⁹⁷ (Sesta, 2011) p. 1457.

⁹⁸ (Mengoni, 1953) p. 12 "La vendita è valida malgrado i vizi della cosa [...]".

⁹⁹ Così letteralmente (Torrente, 2006) p. 618.

¹⁰⁰ Si rimanda a quanto affermato da (Gorla, 1934) "Resta a vedere se caratteristica delle obbligazioni di dare sia la prestazione della garanzia di evizione. La risposta non può essere che negativa. Tale prestazione non c'è nelle obbligazioni di dare che non nascono *ex negotio*; e fra quelle negoziali, a parte l'esempio storico della vendita romana, non è necessaria: può essere esclusa, oltre che dalla volontà delle parti, dalla natura del negozio, così per la donazione (art. 1077c.c.). Sicché la garanzia è un elemento proprio del rapporto *contrattuale* di scambio, piuttosto che dell'obbligazione di dare." (corsivo nel testo, pp. 53-54).

sì, un evento, ma il creditore acconsente a riceverla in sostituzione dell'adempimento della prestazione originaria, per cui, per evitare di trovarsi senza tutele nell'eventualità che il bene sia difettoso o un terzo venga a rivendicarlo, ne richiede la garanzia.

La possibilità di prevedere la garanzia per una prestazione di dare, che risulti configurata come evento e non come obbligazione, è giustificata se riteniamo che la garanzia rappresenti un rimedio che l'ordinamento appresta per la mancata realizzazione di un risultato¹⁰¹. Possiamo così affermare che, nella prestazione in luogo dell'adempimento, la garanzia funge quasi da assicurazione per il caso di vizi e di evizione della prestazione, di cui il debitore si assume la responsabilità.

3) L'ottenimento delle garanzie: in particolare la risoluzione

Abbiamo visto che l'ottenimento delle garanzie funge da evento che consente l'estinzione dell'originaria obbligazione attraverso il meccanismo condizionale.

Si potrebbe quindi osservare una sovrapposizione tra strumenti che portano ad un medesimo risultato, se pensiamo che anche l'esercizio delle garanzie può ugualmente portare alla risoluzione del contratto.

A tale considerazione, si obietta che le garanzie per i vizi e per l'evizione non offrono al creditore solo rimedi di tipo estintivo, ma gli consentono di ottenere il diritto al risarcimento del danno (artt. 1479, 1482, 1483, 1494 c.c.) e, se la cosa risulti viziata o gravata da oneri o diritti di godimento di terzi, la riduzione del prezzo (artt. 1489, 1492 c.c.).

Si evidenzia inoltre la differenza che intercorre tra i due strumenti, risolutorio ed estintivo: l'avveramento della condizione, infatti, estingue l'obbligazione originaria, lasciando il creditore soddisfatto, proprio in virtù di quel patto di prestazione in luogo dell'adempimento, con il quale ha acconsentito a ricevere un *quid*, diverso rispetto alla prestazione originaria, ma che sia ugualmente in grado di rispondere ai suoi interessi. Diversamente, la risoluzione non costituisce uno strumento che possa estinguere l'obbligazione in maniera soddisfattiva: al contrario, il creditore ricorre alla

¹⁰¹ Si veda (Tucci) p. 581 ss.

risoluzione proprio per tutelarsi a fronte dell'inadempimento della controparte.

11. Il risarcimento del danno previsto dal secondo comma dell'art. 1197 c.c.

La disciplina della prestazione in luogo dell'adempimento consente al creditore di domandare la prima prestazione e il risarcimento del danno, a fronte della presenza di vizi o del rischio di evizione della seconda prestazione. Si può osservare che il risarcimento del danno costituisca un elemento in più rispetto alla dinamica condizionale. Se, come crediamo, la richiesta della prima prestazione renda definitivamente impossibile il verificarsi della condizione, quest'ultima, venendo meno, dovrebbe consentire al creditore il diritto ad ottenere solamente l'esecuzione della prima prestazione.

Il risarcimento del danno non ha nulla a che fare con il mancato avverarsi della condizione, ma riguarda piuttosto "i danni sofferti per non aver potuto disporre della prestazione originaria alla scadenza inizialmente convenuta"¹⁰².

Rispetto alla condizione, invece, non è possibile prevedere un risarcimento per l'affidamento che il creditore avesse riposto nel fatto che la seconda prestazione potesse essere valida e idonea ad estinguere la prima. Il mancato avveramento della condizione è uno dei due possibili esiti cui dà luogo il meccanismo condizionale, e l'incertezza, propria del periodo di pendenza, non può essere intesa come violazione dell'affidamento riposto nel buon esito dell'evento.

12. Il caso in cui la seconda prestazione sia obbligatoria e non traslativa e la cessione di un credito

L'impostazione che interpreta la prestazione in luogo dell'adempimento come una condizione è applicabile anche laddove la seconda prestazione non sia traslativa, ma semplicemente obbligatoria. Si seguiranno, anche in tal caso, le regole del normale svolgimento della condizione: l'unica

¹⁰² (Zaccaria, 1987) p. 261.

differenza riguarda il fatto che sarà dedotta in condizione la seconda prestazione, senza le garanzie per i vizi e l'evizione, che logicamente non si accompagnano ad una prestazione ad effetti obbligatori e non traslativi, ma con le garanzie proprie del tipo di obbligazione cui ci si riferisce. Si può osservare, infatti, che solo la deduzione in condizione della garanzia consente di attribuire al creditore lo stesso livello di tutela che avrebbe, se non avesse accettato la prestazione in luogo dell'adempimento. Non si vede infatti il motivo per cui il creditore dovrebbe avere delle tutele ridotte, solo per il fatto di ricorrere alla prestazione in luogo dell'adempimento.

L'esecuzione della seconda prestazione costituisce l'evento, al cui verificarsi è subordinata l'estinzione dell'obbligazione originaria; viceversa, se la prestazione non viene eseguita, la condizione si considera mancata, e il creditore avrà nuovamente la possibilità di esigere la prestazione originaria.

Per fare un esempio, nel caso in cui l'evento dedotto in condizione corrisponda alla prestazione dovuta dall'appaltatore, il creditore avrà ugualmente la possibilità di avvalersi delle garanzie per difformità o vizi dell'opera di cui all'art. 1668 c.c. In tal caso, vista l'affinità rispetto alla garanzia per i vizi della vendita, l'evento dedotto in condizione dovrebbe essere l'esecuzione dell'opera con annesse garanzie per l'ipotesi in cui ci siano difetti. Allo stesso modo, dovranno applicarsi anche le garanzie previste per il contratto di locazione, nel caso di vizi della cosa locata o nel caso di molestie provenienti da terzi che diminuiscano l'uso o il godimento della cosa (art. 1578 ss. c.c.).

L'impostazione sopra seguita è valida anche quando in luogo dell'adempimento sia ceduto un credito. Si potrebbe infatti leggere l'art. 1198 c.c. come se fosse dedotta in condizione la riscossione del credito, a seguito della quale, infatti, si estingue l'obbligazione originaria.

L'articolo in esame può essere visto come una conferma della scelta di dedurre in condizione anche la garanzia, e non solo la prestazione: come nella cessione di un credito il creditore acconsente alla liberazione del debitore solo con l'effettiva riscossione, allo stesso modo, negli altri casi di prestazione in luogo dell'adempimento, il creditore non sarebbe soddisfatto se ricevesse una prestazione viziata o suscettibile di evizione, ma

l'ottenimento effettivo della garanzia si rende indispensabile per permettere l'estinzione dell'obbligazione.

13. La realtà e il *pactum de in solutum dando*

Rispetto al tema della realtà della prestazione in luogo dell'adempimento, emerge un dato significativo, che consiste nella mancanza di identità dei significati attribuiti a questo concetto¹⁰³.

Non è infatti chiaro se, per il perfezionamento dell'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento, si debba fare riferimento alla consegna del bene oppure all'esecuzione della diversa prestazione convenuta¹⁰⁴. Si può osservare, però, che entrambe queste interpretazioni hanno come riferimento il momento in cui si realizza l'effetto traslativo della seconda prestazione, e non invece l'effetto estintivo dell'obbligazione originaria.

La realtà è un concetto che, se applicato alla prestazione in luogo dell'adempimento, confonde due momenti che invece devono rimanere distinti: da un lato, infatti, abbiamo l'effetto traslativo od obbligatorio prodotto dalla seconda prestazione; dall'altro lato, invece, si pone l'effetto estintivo dell'obbligazione originariamente pattuita. Quando ci si riferisce al momento della consegna del bene, è chiaro che si ha riguardo alla produzione dell'effetto traslativo della seconda prestazione. Allo stesso modo, quando si fa coincidere il perfezionamento con il momento dell'esecuzione¹⁰⁵, è ancora agli effetti traslativi od obbligatori della seconda prestazione che si fa riferimento.

Se, invece, si prova ad isolare l'effetto estintivo dell'originaria obbligazione, si nota che, a rigore, non si potrebbe parlare né di consegna né di esecuzione rispetto al risultato di estinguere un'obbligazione, perché non

¹⁰³ In tal senso si veda (Candian) p. 264, che parla di "terminologia polisemica" con riferimento al carattere della realtà. Egli si distanzia dalla concezione che interpreta la realtà con riferimento all'inquadramento dell'accordo tra il debitore e il creditore nello schema del contratto, ritenendo eccessivo ricondurre la *datio in solutum* al contratto "potendosi meglio intendere tale manifestazione di volontà come un atto unilaterale mediante il quale si riconduce l'atto di disposizione compiuto dal debitore alla sua causa, rappresentata dall'obbligazione da adempiere".

¹⁰⁴ (Marchio) p. 3, applica il carattere della realtà anche ai casi di *datio* aventi ad oggetto un bene diverso da una cosa materiale, come la cessione di un credito o il porre in essere o l'omettere un'attività, occorrendo, nella prima ipotesi che il credito venga riscosso, nella seconda, che la prestazione sia eseguita.

¹⁰⁵ Si vedano le critiche di (Allara, 1927), p. 48, già sopra richiamate, contro chi ritiene possibile che un contratto si perfezioni nel momento stesso della sua esecuzione.

è possibile individuare il contenuto di una “prestazione di estinzione” che abbia ad oggetto la consegna o l’esecuzione di alcunché¹⁰⁶. L’estinzione di una obbligazione esiste come effetto di un accordo¹⁰⁷, ma non nella forma di prestazione, ossia di comportamento che una parte deve eseguire per ottenere un certo risultato: l’estinzione quindi non costituisce attività esecutiva della prestazione.

In modo analogo, nella prestazione in luogo dell’adempimento, non si riesce ad individuare una prestazione corrispondente alla “esecuzione” dell’effetto estintivo, perché anche in tal caso, l’estinzione dell’obbligazione non si compie tramite un comportamento positivo, un *facere* o un dare, o finanche negativo, un sopportare o un non *facere*, ma si verifica automaticamente nel momento e al ricorrere delle circostanze che sono state stabilite dalle parti.

D’altra parte, non varrebbe attribuire all’esecuzione della diversa prestazione il ruolo di “eseguire” l’estinzione dell’obbligazione. L’esecuzione della diversa prestazione ha ad oggetto solo il proprio contenuto, che sarà traslativo od obbligatorio, ma non ha ad oggetto l’estinzione dell’obbligazione. Quest’ultimo effetto si realizza automaticamente nel momento in cui si esegue la diversa prestazione, ma non costituisce attività esecutiva di alcuna prestazione.

La difficoltà di ricostruire la prestazione in luogo dell’adempimento risiede proprio nel fatto che una medesima prestazione realizza due effetti: quello traslativo o obbligatorio, proprio della seconda prestazione; e quello invece estintivo dell’obbligazione originaria.

Il meccanismo della condizione riesce a spiegare il realizzarsi di questa duplicità di effetti, perché lega l’estinzione dell’obbligazione al realizzarsi dell’effetto proprio della seconda prestazione, consentendo in tal modo la

¹⁰⁶ Si potrebbero forse intendere come esecuzione del risultato estintivo tutte quelle operazioni che consistono nella restituzione di quanto precedentemente prestato, ma si tratta però di prestazioni diverse dall’estinzione in sé considerata. Se si pensa invece al mutuo dissenso, che costituisce l’esempio tipico di contratto estintivo, non si riesce ad individuare una “prestazione di estinzione”, ma l’effetto estintivo si realizza automaticamente ed istantaneamente a seguito del consenso, senza bisogno di un comportamento attivo delle parti.

¹⁰⁷ Le considerazioni svolte valgono anche se applicate al di fuori dell’ambito negoziale, e precisamente nel campo delle tutele per l’inadempimento. Si pensi, ad esempio, alla risoluzione di un contratto: una volta richiesta (ed ottenuta) la risoluzione, l’effetto di risolvere il rapporto è automatico e non necessita di un comportamento attivo di alcuna delle parti, salvo le eventuali restituzioni.

produzione dell'effetto estintivo automaticamente¹⁰⁸, al momento del verificarsi della prestazione dedotta in condizione.

Attraverso il concetto di realtà, invece, si resta legati unicamente alle sorti della diversa prestazione, perché è infatti con esclusivo riferimento ad essa che si può parlare di perfezionamento al momento della consegna o della esecuzione. Si rischia, però, di trascurare il profilo estintivo, che costituisce l'aspetto caratterizzante della prestazione in luogo dell'adempimento, rispetto al quale, però, il concetto di realtà si rivela privo di capacità esplicativa o anche solo descrittiva.

Reale potrà essere definito il contratto dal quale sorge la seconda prestazione¹⁰⁹, e in tal caso la realtà sarà autenticamente riferita al momento perfezionativo del contratto. Se invece, pensiamo all'effetto estintivo dell'obbligazione, la realtà non riguarda il momento perfezionativo della prestazione in luogo dell'adempimento, ma il momento di estinzione dell'obbligazione. Emerge, quindi, la duplice valenza del termine realtà, che comporta significati diversi per l'esecuzione della seconda prestazione e l'estinzione dell'obbligazione, che invece avvengono simultaneamente e per effetto dell'unico accordo di prestazione in luogo dell'adempimento.

La svalutazione del concetto di realtà applicato alla prestazione in luogo dell'adempimento riscuote sostegno anche presso Autori che ne hanno rilevato il mancato riscontro nelle fonti, evidenziando anche la non coincidenza tra il suo significato attuale e quello che aveva assunto nella dottrina più risalente¹¹⁰. Si conferma quindi che il dato normativo non faccia

¹⁰⁸ Il fatto che l'effetto estintivo sia automatico al momento della esecuzione della seconda prestazione è un dato incontestato.

¹⁰⁹ Non si tralascia di notare l'insidia insita in un simile ragionamento, che è quella di considerare, in modo implicito e in un certo senso, di "default", la diversa prestazione come un'obbligazione, e non invece, come si tenta di fare nella presente indagine, come un fatto estraneo all'obbligazione.

¹¹⁰ Il rinvio è allo scritto di (Sicchiero, 3/2002), p. 1391, che, criticando la concezione della realtà promossa da Nicolò, afferma: "Di tali indicazioni deve invece valorizzarsi l'idea che l'effetto estintivo della *datio* derivi non dall'accordo di sostituzione ma dalla sua esecuzione, come è ora per regola di legge: assumendo cioè natura reale – secondo quella prospettazione – da questo semplice profilo, che però non coincide con la nozione moderna di contratto reale, tale essendo quello in cui la consegna rileva per la conclusione dell'accordo stesso e non per gli effetti che sia destinato a produrre. Infatti oggi non si dubita che la *datio* non sia un contratto reale nel senso moderno, non fosse altro perché priverebbe di rilevanza ogni accordo per la sostituzione della prestazione originaria con quella nuova; risultando decisiva l'osservazione che «il requisito della consegna attiene all'effetto estintivo del precedente rapporto e non agli elementi costitutivi del negozio traslativo»".

riferimento al momento di perfezionamento della prestazione in luogo dell'adempimento, ma si limiti soltanto ad individuare il momento di estinzione dell'obbligazione.

Anche la questione relativa all'ammissibilità del *pactum de in solutum dando* può essere così diversamente affrontata.

L'ipotesi del *pactum de in solutum dando*, ossia l'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento non accompagnato dalla contestuale esecuzione della diversa prestazione¹¹¹, nasce per dimostrare l'infondatezza della realtà dell'art. 1197 c.c.

L'argomento che è stato proposto a sostegno del *pactum de in solutum dando* è il seguente. Se la realtà impone che la prestazione in luogo dell'adempimento si perfezioni nel momento in cui la diversa prestazione è eseguita, allora se ne deduce che dovrebbe essere considerato come un accordo ancora *in fieri*, non ancora perfetto, quello diretto a consentire al creditore di liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella convenuta, ma non accompagnato dall'esecuzione della prestazione medesima. Poiché, però, il nostro ordinamento "ammette senz'altro, quale negozio già in sé completo, l'accordo diretto a modificare il rapporto obbligatorio"¹¹² (premessa maggiore), e poiché la prestazione in luogo dell'adempimento costituisce un negozio modificativo dell'oggetto del rapporto (premessa minore), allora si arriva alla conclusione secondo la quale riconoscere alla *datio in solutum* il carattere della realtà porterebbe al risultato inaccettabile di negare alle parti la libera modificabilità dei termini del rapporto¹¹³ e, quindi, impedirebbe loro di introdurre la possibilità che il debitore si liberi attraverso l'esecuzione di una diversa prestazione.

Si condivide la conclusione del ragionamento, ma si osserva che, in realtà, la premessa minore, su cui è fondato, non è stata dimostrata, ma anzi rappresenta la tesi che si dovrebbe dimostrare.

¹¹¹ (Ghozi, 1980) p. 90 nega la qualifica di dazione in pagamento all'ipotesi di *pactum de in solutum dando*, pur non utilizzando tale terminologia "Ainsi, la seule convention du transfert de la propriété d'un objet, sans la livraison effective, ne satisfait ni le débiteur qui doit en assurer la livraison – accomplir son obligation de faire – ni le créancier qui n'est pas assuré que celle-ci sera exécutée. C'est pourquoi une telle opération ne constitue pas une dation en paiement".

¹¹² (Zaccaria, 1987) p. 66.

¹¹³ (Zaccaria, 1987) pp. 10, 11.

A tal proposito, però, non vale obiettare, come pur è stato fatto¹¹⁴, che la tesi dell'art.1197 c.c. come contratto modificativo, accogliendo l'idea che per la modifica sia necessario l'adempimento della diversa prestazione, avrebbe finito per riconoscere alla prestazione in luogo dell'adempimento proprio quel connotato della <<realità>> che avrebbe voluto negare. Così facendo, infatti, non si fa altro che spostare l'attenzione dal concetto di realtà alla natura giuridica della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo. Da parte nostra, invece, si preferisce affrontare quella tesi in altri punti della trattazione, per rimanere qui concentrati sul tema della realtà.

Il problema del perfezionamento della prestazione in luogo dell'adempimento non è tanto quello di chiedersi se sia un contratto reale o se invece si applichi il principio consensualistico: questa prospettiva, se portata all'estremo, ha condotto a delle conclusioni paradossali, come quella di considerare che la presunta realtà dell'art. 1197 c.c. renda inoperante il principio consensualistico, per cui si dovrebbe negare la possibilità di prevedere un *pactum de in solutum dando* avente ad oggetto il trasferimento di una cosa specifica¹¹⁵.

La questione da porsi è, invece, quella di capire quando¹¹⁶ si realizzi l'effetto estintivo dell'obbligazione. Come abbiamo visto, l'estinzione dell'obbligazione non è un effetto autonomo, ma dipende direttamente dalla esecuzione della diversa prestazione, reale o consensuale che sia.

L'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento è un accordo diretto a prevedere l'estinzione dell'obbligazione attraverso una modalità alternativa a quella (ordinaria) dell'adempimento. Questo accordo, però, ha ad oggetto un effetto estintivo che non è realizzabile né in modo "reale" né in modo

¹¹⁴ (Zaccaria, 1987) p. 103.

¹¹⁵ L'osservazione è di (Zaccaria, 1987) p. 101, che porta questo esempio come un assurdo logico, per sostenere la tesi contraria alla realtà. L'argomento è affrontato anche da (Ghozi, 1980) p. 96, che lo utilizza, in altro contesto, per sostenere l'impossibilità di identificare la dazione in pagamento con la vendita.

¹¹⁶ Secondo (Rodotà) p. 738, l'eventualità per cui la prestazione dell'*aliud* venga effettuata in un tempo diverso (successivo) a quello in cui si conclude l'accordo tra creditore e debitore non integra ipotesi di dazione in pagamento, ma costituisce o una novazione per mutamento dell'oggetto, o la trasformazione del contenuto dell'obbligazione, che sostituisce, alla obbligazione originaria, un'obbligazione alternativa o facoltativa. L'Autore conclude sostenendo che la figura della dazione in pagamento vada ristretta a quelle sole ipotesi in cui le reciproche attribuzioni patrimoniali tra debitore e creditore realizzano un immediato effetto estintivo, senza operare alcuna trasformazione dell'originario rapporto obbligatorio.

“consensuale”, perché non è ammessa l’esecuzione di un effetto estintivo “puro”, ma questo effetto, in base all’art. 1197 c.c., si realizza automaticamente al ricorrere di un altro comportamento, che coincide con l’esecuzione di una diversa prestazione. Solo con riferimento al contenuto della diversa prestazione si potrà parlare di realtà o di consensualismo, non invece rispetto all’accordo di prestazione in luogo dell’adempimento.

La necessità di abbandonare la logica del binomio realtà/consensualismo emerge anche con riguardo all’ammissibilità del *pactum de in solutum dando*.

La contestualità o meno tra l’accordo di prestazione in luogo dell’adempimento e l’esecuzione della seconda prestazione non può dar vita a due diversi modelli di prestazione in luogo dell’adempimento: da una parte, la *datio in solutum* “tipica”, accompagnata dall’adempimento della diversa prestazione e, dall’altra parte, il *pactum de in solutum dando*, non accompagnato dalla contestuale esecuzione della diversa prestazione. Una simile suddivisione ha valore solo descrittivo, nel senso che, già a priori, si potrebbe concludere che tutte le volte che la seconda prestazione consiste in un *facere*, sarà qualificata automaticamente come *pactum de in solutum dando*; mentre, se consiste nella consegna di una cosa specifica, come *datio in solutum* tipica. Al di fuori di questo elemento classificatorio, però, la distinzione non aiuta a far chiarezza sulla prestazione in luogo dell’adempimento, rispetto alla quale è invece importante mettere in luce un altro aspetto.

La prestazione in luogo dell’adempimento consente di estinguere un’obbligazione attraverso il compimento di una diversa prestazione: se quest’ultima non viene realizzata subito, allora anche l’effetto estintivo dell’obbligazione seguirà tali tempistiche.

La mancata contestualità tra l’estinzione dell’obbligazione e la pattuizione dell’accordo di prestazione in luogo dell’adempimento dipende dal fatto che, in alcuni casi, potrebbe esserci uno iato temporale, dovuto ai tempi di esecuzione della diversa prestazione. La contestualità o meno dipende dalla modalità di esecuzione della diversa prestazione, non invece dalla modalità di perfezionamento della prestazione in luogo dell’adempimento, che resta

sempre unica, sia nel caso di *datio in solutum* tipica, sia nel caso di *pactum de in solutum dando*.

14. Il terzo comma dell'art. 1197 c.c. e l'estinzione delle garanzie prestate dai terzi

Concludiamo la disamina della prestazione in luogo dell'adempimento, concentrando l'attenzione sull'ultimo comma dell'art. 1197 c.c., secondo il quale "In ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi". L'interpretazione che proponiamo di questo comma¹¹⁷, muove dalla concezione della prestazione in luogo dell'adempimento come condizione, che non subordina l'efficacia o l'inefficacia dell'intero contratto, ma che influisce unicamente sulla modalità di estinzione dell'obbligazione.

Con riferimento a questo aspetto, si può vedere che il fatto di acconsentire a ricevere un *quid*, diverso dall'adempimento ma ugualmente valido ad estinguere l'obbligazione, implica anche l'attribuzione al debitore del tempo necessario per eseguire la nuova prestazione. Durante questo periodo, è giocoforza ritenere che il creditore non possa né chiedere l'adempimento coattivo della prima prestazione, né domandarne la risoluzione per l'inadempimento. Il debitore, infatti, non può essere considerato inadempiente rispetto all'obbligazione originaria, per tutto il periodo in cui gli è concesso di eseguire una diversa prestazione e si prepari ad eseguirla. Ne deriva che il creditore non potrebbe avvalersi dei normali rimedi per l'inadempimento dell'obbligazione originaria, finché non è ancora certo se la seconda prestazione verrà eseguita o meno, ossia per tutto il periodo corrispondente alla pendenza della condizione.

Si comprende, quindi, che la figura di cui all'art. 1197 c.c. consente al creditore di agire direttamente sulla scadenza dell'obbligazione principale, la quale, anche se diventa esigibile a seguito del decorso dell'originario termine di adempimento, non viene però pretesa dal creditore, dal momento che egli rinuncia temporaneamente ad esercitare i rimedi a sua disposizione per ottenere l'adempimento. In un certo senso, si può attribuire alla

¹¹⁷ Sono state proposte varie interpretazioni del terzo comma dell'art. 1197: per un approfondimento si rinvia a (Zaccaria, 1987) p. 274. Per la dottrina precedente, si veda (Allara, 1927) pp. 46, 47.

prestazione in luogo dell'adempimento una funzione analoga a quella della dilazione¹¹⁸, perché durante tutto il periodo nel quale il debitore ha la possibilità di eseguire una diversa prestazione, il creditore non potrebbe logicamente esigere la prestazione originaria.

A questo punto, prima di proseguire, si vuole prevenire una possibile obiezione: si potrebbe infatti osservare che, se il creditore si obbliga a non chiedere l'adempimento della prestazione originaria finché la diversa prestazione non venga eseguita, allora non si pone in essere una prestazione in luogo dell'adempimento, ma la diversa figura del preliminare di prestazione in luogo dell'adempimento¹¹⁹.

A questa critica si risponde notando che, in tutti i casi in cui l'esecuzione della diversa prestazione non sia contestuale all'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento, si viene a creare di fatto uno spazio di tempo tra la pattuizione del 1197 c.c. e l'estinzione dell'obbligazione. Si tratta quindi di capire cosa possa fare il creditore in questo arco di tempo: il problema, invece, non si pone laddove la seconda prestazione sia eseguita immediatamente al momento dell'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento.

Si può osservare che la situazione che si presenta si compone di due elementi che sono difficilmente conciliabili. Da un lato, abbiamo

¹¹⁸ L'idea che l'art. 1197 c.c. possa avere (anche) una funzione di dilazione trova conferma, in un certo senso, in tutte quelle tesi che hanno interpretato la prestazione in luogo dell'adempimento come una rinuncia al credito, oppure come una dichiarazione di liberare il debitore, oppure ancora come remissione: si veda sul punto la ricostruzione storica fornita da (Zaccaria, 1987) p. 75 e, per la dottrina più risalente, da (Allara, 1927) p. 52. In queste tesi è implicita l'idea che il creditore, tramite la prestazione in luogo dell'adempimento, rinunci a richiedere la sua iniziale pretesa. Ci si potrebbe persino spingere oltre il concetto di dilazione, se si pensa al fatto che, dopo che il creditore abbia accettato l'esecuzione della seconda prestazione, e questa sia andata a buon fine, la prima prestazione, pur essendo ineseguita e, addirittura, rimanendo definitivamente insoddisfatta, si estingue e di conseguenza non può essere considerata inadempita, impedendo al creditore di azionare i rimedi per l'inadempimento di un'obbligazione che non c'è più.

¹¹⁹ Sulla critica alla possibilità di configurare un preliminare di prestazione in luogo dell'adempimento di rinvia a (Sicchiero, 3/2002) p. 1388 ss., in cui afferma che "C'è tuttavia da chiedersi quale possa essere l'utilità del patto di concludere un contratto che contempra l'autorizzazione a dare ed accettare un bene in sostituzione di un altro ove si osservi che, a ben vedere, si tratta pur sempre del contenuto dell'accordo di sostituzione che, come meglio si dirà, non ha effetto novativo. Probabilmente la finalità di un tale preliminare si individua nel determinare subito il regolamento che dovrà venir posto in essere nel contratto definitivo: ad esempio vietando al creditore di esigere ora la prestazione originaria ma lasciando al debitore la facoltà di prestarla, regole che non si ricavano automaticamente dalla disciplina legale. La pratica sembra tuttavia ignorare il problema, che pare solo teorico."

un'obbligazione che è esigibile e che potrebbe essere richiesta dal creditore, dall'altro lato, invece, il creditore acconsente a ricevere una diversa prestazione. Le due pretese non si possono cumulare, ma sono previste in via alternativa non solo dal punto di vista giuridico, ma anche logico.

Se il creditore, dopo aver acconsentito a ricevere la diversa prestazione, domandasse l'adempimento dell'obbligazione originaria, porrebbe in essere un comportamento contrario al suo agire precedente. E' chiaro infatti che il creditore non potrà, al mattino, accordarsi a ricevere la fornitura di un bene che si trova nei magazzini all'estero del debitore, e poi richiedere, alla sera, il pagamento del prezzo in base all'obbligazione originaria. Il fatto che la prestazione originaria sia ancora esistente ed esigibile si scontra con la possibilità di domandare l'esecuzione di una diversa prestazione: più precisamente, la domanda di adempimento dell'obbligazione avrebbe il significato di recesso dall'accordo di prestazione in luogo dell'adempimento; mentre il fatto di sospendere la richiesta di adempimento dell'obbligazione, per tutto il tempo necessario a consentire l'esecuzione della diversa prestazione, si pone come presupposto per poter realizzare la prestazione in luogo dell'adempimento.

Chiarita l'impostazione che si intende seguire, si riprende l'analisi della sorte delle garanzie prestate dai terzi per l'adempimento dell'obbligazione originaria.

Se, come si crede, la prestazione in luogo dell'adempimento comporta di fatto una dilazione, ne segue che il fideiussore, da parte sua, non possa risultare penalizzato dalla scelta del creditore di non richiedere l'adempimento al debitore.

In base all'art. 1957 c.c., il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza del debito dell'obbligazione principale, purché il creditore abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate. Il termine semestrale (o bimestrale) previsto da questo articolo potrebbe non venire rispettato, perché il creditore, che ha acconsentito a ricevere una diversa prestazione in luogo di quella originaria, deve lasciare al debitore il tempo per eseguirla e, durante questo periodo, non potrebbe esercitare le azioni per esigere l'adempimento della prima obbligazione. Se il creditore decide di non chiedere l'adempimento alla scadenza del termine, il

fideiussore non deve, però, subire le conseguenze di scelte che dipendono dalla volontà del creditore.

La soluzione che si propone è quindi quella di considerare la fideiussione esistente fino alla scadenza dell'obbligazione originaria, e di rispettare i termini previsti dall'art. 1957 c.c., per cui, se il creditore entro sei mesi non esercita il suo credito, perde il diritto a rivalersi sul fideiussore. Questa impostazione potrebbe dare esito a due situazioni differenti: se, infatti, entro i sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione, il creditore vede sfumare la possibilità di ricevere la diversa prestazione e decide di esigere l'adempimento, allora il fideiussore resterà obbligato. Se, invece, trascorsi i sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione, il creditore è ancora in attesa di ricevere la seconda prestazione, il fideiussore sarà liberato dal prestare la garanzia.

Questo comporta uno sfasamento tra la durata dell'obbligazione e della sua garanzia: mentre l'obbligazione originaria sopravvive finché il creditore non abbia ottenuto la seconda prestazione con le annesse garanzie per vizi ed evizione; la garanzia prestata dai terzi resta vincolata ai termini originariamente fissati dalle parti, e quindi si estinguerà se il creditore non propone le sue istanze a norma dell'art. 1957 c.c.¹²⁰

L'interpretazione proposta non introduce una nuova modalità di estinzione delle garanzie dei terzi, dal momento che il terzo comma dell'art. 1197 c.c. nulla dice a tal proposito, ma si limita a far riferimento al fatto che le garanzie non "rivivano". In mancanza di una precisa indicazione del codice, si preferisce evitare di ricavare da un non-detto un'eccezionale modalità di estinzione della garanzia, come sarebbe, invece, ritenere che le garanzie si

¹²⁰ Si condivide così solo in parte l'opinione di (Biscontini, 1984), p. 632, che ha affermato che "Il comma 3 dell'articolo citato usa invece il termine <<rivivono>> che postula l'avvenuta estinzione del rapporto considerato ancora prima dell'estinzione dell'obbligazione principale." Secondo la tesi da noi proposta, invece, si ammette la possibilità che la fideiussione si estingua prima dell'obbligazione, nel solo caso in cui il creditore non chieda l'adempimento dell'obbligazione entro i sei mesi dalla scadenza della stessa. Se invece, entro quel termine, il creditore promuove le azioni contro il debitore, anche la fideiussione permane. Ci si allontana quindi da chi considera la fideiussione estinta solo per il fatto che sia stata pattuita la prestazione in luogo dell'adempimento. D'altra parte, anche l'Autore avverte la difficoltà di una simile posizione, quando afferma che "Conseguentemente la sopravvivenza dell'obbligazione principale non può pregiudicare la situazione del garante il quale resta definitivamente liberato. [...] Si può discutere sull'opportunità della previsione in esame che libera il garante senza che il creditore abbia ottenuto effettivamente la realizzazione dei propri interessi, ma non si può non riconoscere che la predetta estinzione, non essendo conseguenza di vicende estintive e/o costitutive [...] può trovare giustificazione esclusivamente in una vicenda modificativa del rapporto."

estinguano subito al momento della pattuizione della prestazione in luogo dell'adempimento.

Se il fideiussore non deve essere penalizzato dalla scelta del creditore, non deve nemmeno risultarne avvantaggiato: è questo il motivo per cui ci si discosta dall'interpretazione che considera la pattuizione della prestazione in luogo dell'adempimento sufficiente ad estinguere le garanzie dei terzi. Non si vede infatti il motivo di eliminare le garanzie al momento della stipulazione di un patto, quello di cui all'art. 1197 c.c., che attribuisce al debitore una *chance* in più per liberarsi dal proprio vincolo, e che quindi costituisce un vantaggio anche per i terzi garanti: questi ultimi hanno interesse a che il debitore estingua il proprio debito, in modo da evitare che il creditore eserciti la garanzia per l'adempimento.

Per i terzi garanti, l'aspetto negativo della prestazione in luogo dell'adempimento non risiede nel fatto di modificare le modalità di adempimento dell'obbligazione, ma è legato invece alla dilazione che potrebbe esserci, proprio a seguito della concessione al debitore di un'ulteriore possibilità per estinguere il debito, ed è rispetto a questo elemento temporale che i garanti devono essere tutelati. Un riferimento a questo problema della diversa durata dell'obbligazione principale e della garanzia è presente anche nella Relazione al Codice, quando si afferma¹²¹ che “la dazione estingue le garanzie prestate da terzi (art. 1197, terzo comma), la posizione dei quali risulterebbe aggravata se la loro responsabilità dovesse durare quanto quella del debitore.”

Risulta così spiegato il motivo per cui si ritiene che la garanzia seguirà le sue normali regole di estinzione e, quindi, verrà meno quando scadranno i termini per esigere l'adempimento, secondo quanto disposto dall'art. 1957 c.c.

Questa impostazione si allontana anche da chi ha interpretato l'estinzione delle garanzie con riguardo esclusivo al secondo comma dell'art. 1197 c.c., ossia come se la scelta del creditore di chiedere al debitore l'adempimento dell'obbligazione originaria o la garanzia per i vizi e l'evizione, estingua “in

¹²¹ Si rimanda al n. 565 della Relazione. Come indica (Marchio) p. 6, il principio dell'estinzione delle garanzie prestate dai terzi era già tracciato nel codice civile previgente, con riferimento alla sola fideiussione (art. 1929 c.c. abrogato).

ogni caso” le garanzie prestate dai terzi¹²². Se così fosse, non si capisce il motivo per cui il creditore, che chieda l’adempimento entro i termini di cui all’art. 1957 c.c. o, addirittura, prima ancora che il termine di adempimento originario dell’obbligazione sia spirato, abbia però già perso il diritto alla garanzia dei terzi. Né, d’altra parte, spiega perché le garanzie dei terzi si dovrebbero estinguere, a priori, ossia senza nessun riferimento temporale ai termini di scadenza dell’obbligazione, ma semplicemente a seguito della scelta del creditore di chiedere l’adempimento.

Individuato, come crediamo, il momento in cui si estinguono le garanzie dei terzi, resta ora da analizzare la loro mancata reviviscenza. Quest’ultima dipende dal fatto che, dopo il decorso di sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione, il creditore conserva intatto il diritto ad esigere l’adempimento, ma ha perso ormai le garanzie prestate dei terzi: queste, una volta estinte, non possono più rivivere, anche se l’obbligazione a cui erano legate è ancora esigibile dal creditore.

Si potrebbe obiettare che, in base alla nostra impostazione, se il creditore chiede l’adempimento entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione, allora, in una simile ipotesi, le garanzie rivivano, contrariamente a quanto disposto dal terzo comma dell’art. 1197 c.c. Si risponde, osservando che per poter “rivivere” le garanzie avrebbero prima dovuto estinguersi, e tale estinzione non si è mai verificata, se, appunto, entro i sei mesi dalla scadenza dei termini di adempimento dell’obbligazione, il creditore abbia proposto le sue istanze contro il debitore.

Un ultimo rilievo da chiarire riguarda il rapporto con il meccanismo condizionale, rispetto al quale si può osservare che la condizione non influisce sul modo di essere delle garanzie prestate dai terzi. Queste ultime non subiscono modifiche a seguito del patto di prestazione in luogo dell’adempimento, ma restano legate alla sorte dell’obbligazione principale, così come è stata originariamente pattuita. In tal modo, le garanzie sono indipendenti dall’evolversi della condizione, perché queste si estinguono quando diventa esigibile l’obbligazione se il creditore non esercita i suoi

¹²² (Micheli, 1949) p. 371 ss.

diritti verso il debitore, a prescindere dal fatto che la condizione si sia avverata o meno.

15. La prestazione in luogo dell'adempimento come modo di estinzione dell'obbligazione

La tesi fin qui sostenuta interpreta la prestazione in luogo dell'adempimento come una condizione, al cui verificarsi è subordinata l'estinzione di una obbligazione. La condizione, lo abbiamo già visto, non influisce sull'efficacia del contratto, ma introduce una nuova modalità di estinzione dell'obbligazione, senza però sottrarre all'adempimento la sua efficacia estintiva.

Quella che abbiamo chiamato “la soglia di identità del rapporto obbligatorio”¹²³ resta immutata e non viene snaturata dall'inserimento nell'originario contratto della condizione: questo risultato è possibile perché la prestazione in luogo dell'adempimento non modifica l'oggetto della prestazione originaria. Quest'ultima si conserva nella sua configurazione iniziale fino alla fine, come dimostra il fatto che il creditore può sempre chiedere al debitore di eseguire la prima prestazione. La prestazione in luogo dell'adempimento si limita ad introdurre nel contratto una nuova modalità di estinzione dell'obbligazione¹²⁴, ed è solo su questo aspetto di esecuzione del rapporto che essa influisce.

Il fatto di modificare solamente la modalità di esecuzione dell'obbligazione e non invece il suo oggetto, consente di qualificare ugualmente come vendita, quella nella quale è stato successivamente previsto, ad esempio, di estinguere la prestazione di pagare il prezzo attraverso la consegna di un bene. La vendita iniziale è ancora riconoscibile come tale e non si deve riqualificare come permuta se, come si crede, a cambiare è solamente la modalità di estinzione dell'obbligazione di pagare il prezzo¹²⁵.

¹²³ Si rinvia a (Zaccaria, 1987) pp. 186 ss.

¹²⁴ La prospettiva che fa leva sull'aspetto di estinzione dell'obbligazione è comune alla tesi che considera la prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto solutorio. Si veda, ad esempio, (Marchio) p. 2 “La dazione in pagamento si presenta, quindi, come un accordo che interviene non sul titolo dell'obbligo, ma sul modo di attuazione dello stesso”.

¹²⁵ L'esempio è presente anche nelle fonti romane, per un commento si rinvia ad (Allara, 1927) p. 51 ss.

La modifica della modalità di estinzione dell'obbligazione non muta la causa contrattuale né l'oggetto, né il titolo dell'obbligazione.

Si pensi, ad esempio, alla compensazione come modo di estinzione dell'obbligazione: se l'obbligazione di pagare il prezzo di una vendita viene estinta attraverso la compensazione del credito e del controcredito tra debitore e creditore, la vendita resta tale, anche se il creditore non ha, di fatto, ricevuto il prezzo originariamente pattuito.

Allo stesso modo, se il creditore decidesse di rinunciare a ricevere il prezzo, la vendita iniziale non si tramuta in una donazione indiretta: non si potrebbe, invero, recuperare il passato e rileggere attraverso il filtro della liberalità un comportamento che in origine ne era privo; a maggior ragione se consideriamo che lo spirito di liberalità potrebbe non sopraggiungere nemmeno successivamente, perché magari il creditore potrebbe considerare vantaggioso per i propri affari rinunciare a ricevere il prezzo, se ha di fronte un cliente affezionato che è sua controparte in numerose altre operazioni commerciali.

Uscendo dalla relazione tra le due controparti, si potrebbe avere il caso di un terzo che spontaneamente paghi il debito del compratore: anche in tale ipotesi, la vendita originaria resta tale e non muta, per il solo fatto che il venditore non riceva il pagamento dal debitore.

Quelle che abbiamo proposto sono tutte ipotesi nelle quali l'originaria obbligazione non viene estinta con l'adempimento, intendendosi come tale l'esecuzione da parte del debitore del comportamento dovuto, ma attraverso modalità alternative, tutte però ugualmente soddisfattive per il creditore. In tutti questi casi salta il collegamento tra l'obbligazione e il suo adempimento (o, se vogliamo, addirittura con la sua esecuzione), ma il fatto che l'obbligazione venga estinta con modalità differenti da quelle all'inizio preventivate non trasforma la causa contrattuale e nemmeno l'oggetto o il titolo dell'obbligazione.

A questa impostazione, però, si potrebbe obiettare che il prezzo è elemento essenziale della vendita, per cui, senza il prezzo, viene meno anche la vendita.

Si risponde osservando che, in tutti gli esempi sopra proposti, non si potrebbe affermare che viene meno il prezzo come elemento della vendita:

di fatto, è vero, il prezzo non viene prestato dal debitore, ma giuridicamente il prezzo resta come elemento del regolamento che è stato originariamente fissato dalle parti e, si badi, tale regolamento non muta per il fatto che l'obbligazione sia estinta con una modalità diversa dall'adempimento¹²⁶.

La compensazione, così come la remissione o il pagamento del debito da parte di un terzo, non vanno a modificare la regola, originariamente posta dalle parti, di scambiarsi una cosa contro il prezzo. Tale regola resta immutata anche se l'obbligazione di pagare il prezzo viene estinta in altro modo, perché la modalità di estinzione dell'obbligazione influisce esclusivamente sull'esecuzione del rapporto, senza incidere sulla sua regola. E' questo il motivo che consente di riconoscere ancora come vendita, quella nella quale si faccia ricorso alla compensazione, o ad altra modalità, per estinguere l'obbligazione di pagare il prezzo¹²⁷.

Allo stesso modo, se la prestazione viene estinta attraverso l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta, non muta la qualificazione originaria del contratto: la prestazione in luogo dell'adempimento è da considerare come un modo di estinzione dell'obbligazione e, come tale, non influenza l'originaria configurazione del regolamento contrattuale.

Sulla base di questi risultati è possibile affrontare nuovamente il rapporto con la novazione.

La tesi che considera la prestazione in luogo dell'adempimento come un contratto modificativo si trova nella difficile posizione di ritagliare uno spazio per consentire che la modifica dell'oggetto non venga attratta nell'area della novazione. Per questo motivo, però, finisce per approdare ad una soluzione di compromesso, per cui, se la modifica è troppo significativa, viene irrimediabilmente assorbita dalla novazione; mentre, se non lo è, può essere configurata come fattispecie autonoma, appunto come modificativo dell'oggetto. Al di là della difficoltà di stabilire una

¹²⁶ Si richiama (Amadio, 1996) p. 125 "Nel merito, deve escludersi che, nelle fattispecie cui lo strumento si applica, l'esecuzione o l'inesecuzione della prestazione *ex contractu* possano considerarsi come tratti individuanti il tipo [...]. Che lo schema tipico della vendita possa considerarsi realizzato nel momento in cui alla previsione del trasferimento faccia riscontro la *previsione* del vincolo obbligatorio, è rilievo talmente ovvio da non richiedere il conforto di specifici riferimenti, e dal quale risulta confermata l'estraneità allo schema stesso della fase attuativa del programma obbligatorio." (corsivo nel testo).

¹²⁷ Si potrebbe inoltre osservare che la vendita resta qualificata come vendita anche se la prestazione di pagare il prezzo non viene per nulla eseguita, perché ad esempio il compratore si rifiuti di pagare, o se si chiedi la risoluzione del contratto.

definizione precisa che consenta di porre una linea di demarcazione tra la novazione e il contratto modificativo dell'oggetto, l'aspetto maggiormente problematico è forse un altro.

L'art. 1231 c.c. individua infatti nella modificazione accessoria un preciso limite alla possibilità di realizzare una novazione. Tutto ciò che costituisce modificazione accessoria non può essere novazione, per cui, per evitare di ricadere nella novazione, le parti devono rimanere nell'ambito delle modifiche accessorie.

Anche supponendo di avere una definizione univoca di tale tipo di modifica, le parti, che volessero ricorrere alla figura di cui all'art. 1197 c.c., sarebbero costrette a prevedere come prestazione in luogo dell'adempimento solamente una prestazione che rappresenti una modifica accessoria. Così facendo, però, si trasferisce sull'art. 1197 c.c. il limite dell'accessorietà della modifica, che invero non è contemplato nella disciplina della prestazione in luogo dell'adempimento, ma è previsto invece solo per la novazione all'art. 1231 c.c.

L'impostazione della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo finisce per limitare fortemente l'autonomia delle parti, imponendo loro dei vincoli che la disciplina dell'art. 1197 c.c. non prescrive.

Non si vede in realtà il motivo di restringere, entro confini che non sono stabiliti dalla disciplina della figura, la libertà delle parti di prevedere che in luogo dell'adempimento sia eseguita una qualsiasi altra prestazione: l'unico criterio vincolante, a tal fine, non è infatti quello dell'accessorietà della modifica, ma l'interesse del creditore. E' quest'ultimo, infatti, che deve acconsentire a ricevere la diversa prestazione, ritenendola ugualmente valida ad estinguere l'obbligazione originaria. Non è quindi questione di accessorietà o meno della modifica, ma di soddisfazione del creditore a fronte di una prestazione diversa dall'adempimento. La prestazione potrà essere notevole oppure irrilevante, ma in ogni caso non si incorrerà nel rischio di compire una novazione al posto di una prestazione in luogo dell'adempimento, per il fatto che quest'ultima non realizza una modifica dell'oggetto del contratto, ma importa una nuova modalità di estinzione

dell'obbligazione e, come tale, non influisce sul contenuto del regolamento contrattuale.

Arrivati a questo punto, ci resta un'ultima questione da risolvere e riguarda il modo in cui la prestazione in luogo dell'adempimento incida sull'obbligazione. Abbiamo visto che l'art. 1197 c.c. prevede una disciplina analoga a quella che si avrebbe nel caso in cui la seconda prestazione fosse dedotta in condizione.

Ci si domanda quindi se, per potersi dire operante, la prestazione in luogo dell'adempimento richieda l'inserimento nel contratto di una condizione dal contenuto corrispondente.

La risposta che diamo a questa domanda è negativa, nel senso che, configurando la seconda prestazione come un evento condizionale, non si intende apporre al contratto una condizione che influisca, come abbiamo visto, sulla modalità di esecuzione dello stesso.

La prestazione in luogo dell'adempimento, secondo l'impostazione qui proposta, costituisce un modo di estinzione dell'obbligazione che opera sostanzialmente attraverso il meccanismo condizionale, appunto configurando come evento, e non come obbligazione, la seconda prestazione, ma che non implica l'apposizione di una condizione all'obbligazione originaria.

In quanto modalità di estinzione dell'obbligazione, per essere operante, non deve essere inserita nel contratto, ma le parti non dovranno far altro che accordarsi sull'applicazione dell'art. 1197 c.c., sapendo che tale modo di estinzione dell'obbligazione comporta dei meccanismi di funzionamento analoghi al congegno condizionale.

Anche sotto questo profilo, si riconferma la distanza dal contratto modificativo, dal momento che la prestazione in luogo dell'adempimento non va a mutare l'originaria configurazione del contratto, né cambiandone l'oggetto, né apponendovi una condizione.

16. La prestazione in luogo dell'adempimento e l'obbligazione con facoltà alternativa

Le conclusioni raggiunte si rivelano utili per affrontare il rapporto tra la prestazione in luogo dell'adempimento e l'obbligazione con facoltà alternativa¹²⁸.

Chi ammette la possibilità di modificare l'oggetto del contratto senza dar luogo a novazione, si trova a dover instaurare un rapporto di identità tra la prestazione in luogo dell'adempimento e l'obbligazione con facoltà alternativa. E' facile, invece, individuare la distanza tra le due figure, che non si prestano ad essere ricondotte ad una fattispecie comune.

L'argomento che si propone non dipende dal diverso momento temporale¹²⁹ in cui è realizzata la prestazione in luogo dell'adempimento, per cui, se è stabilita fin dall'origine, assumerebbe la forma di obbligazione con facoltà alternativa, mentre, se pattuita successivamente, quella di prestazione in luogo dell'adempimento.

La prospettiva che si intende adottare muove dall'osservazione per cui “non sempre infatti si ha dazione in pagamento per ciò che il debitore dia una cosa in confronto di un'altra; vuoi piuttosto stabilire la seguente regola, che cioè si ha dazione in pagamento, se la cosa data differisce da quella che *si doveva* prestare, non se differisce da altra, che solo *si poteva* prestare.”¹³⁰

¹²⁸ Secondo l'impostazione qui adottata, l'obbligazione con facoltà alternativa non costituisce un esempio di contratto modificativo dell'oggetto, ma una fattispecie nella quale l'oggetto dell'obbligazione viene individuato solo attraverso la scelta del debitore di adempiere l'una o l'altra prestazione, in base a quanto previsto dal regolamento contrattuale. Quest'ultimo, infatti, non subisce modifiche a seguito dell'esecuzione di una delle due obbligazioni, per il fatto che è proprio il regolamento a consentire che il debitore possa eseguire una obbligazione diversa da quella pattuita.

¹²⁹ Si fa propria l'osservazione di (Candian), che, a tal proposito afferma, a p. 266 “E' chiaro che in tal modo si eleva a criterio demarcativo un elemento estraneo alla struttura di entrambe le figure, così riducendo, del tutto illegittimamente, l'area dell'autonomia privata”. Per la distinzione tra le due figure si rinvia anche a (Rodotà), p. 737; (Marchio), p. 8; (Sicchiero, 3/2002) p. 1412.

Per l'opposta prospettiva si veda (Rubino, 1961), p. 36 “L'obbligazione con facoltà alternativa è assai vicina alla *datio in solutum*. Se ne distingue solo perché in quest'ultima l'accordo per la sostituzione della seconda prestazione alla prima avviene dopo la conclusione dell'originario contratto, o comunque dopo la nascita dell'obbligazione [...] mentre invece nell'obbligazione con facoltà alternativa la sostituzione è prevista già nell'originario titolo dell'obbligazione”.

¹³⁰ Si veda (Polacco, 1888) p. 26, che prosegue affermando “Epperò resta escluso che si parli di dazione in pagamento nelle obbligazioni alternative per ciò solo, che il debitore dà l'uno piuttosto che l'altro degli oggetti ch'erano in obbligazione. E per uguale ragione non diremo che effettui una dazione in pagamento il debitore di un genere che dà una piuttosto che altra delle cose comprese nel genere stesso, potendo anche simile obbligazione raffigurarsi come alternativa fra tutti gli individui di quel genere, esclusi soltanto quelli della peggiore qualità”.

L'esecuzione di una prestazione, diversa rispetto a quella prevista, costituisce un comportamento che può assumere diverse fisionomie, non riconducibili ad una matrice comune.

Il tentativo di riconoscere nella <<categoria di obbligazione con facoltà alternativa>> un'espressione utile "per indicare *tutte* le fattispecie nelle quali al debitore è data la possibilità, la <<facoltà>>, di liberarsi dall'obbligazione tramite l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta in via principale, ovvero al creditore è attribuita la facoltà di pretendere una diversa prestazione"¹³¹ rivela la sua debolezza non appena si considera la disciplina applicabile alle due figure.

Il secondo comma dell'art. 1197 c.c., non è estensibile all'obbligazione con facoltà alternativa¹³²: il profilo rilevante, però, non riguarda soltanto la difformità di disciplina, ma piuttosto la diversa funzione assunta dalle due figure.

Non sarebbe corretto ricondurre ad un unico *genus* figure accomunate soltanto dal fatto di consentire la liberazione del debitore attraverso l'esecuzione di una prestazione diversa da quella inizialmente prevista, senza aver riguardo al loro diverso ruolo. Quella prospettata sarebbe infatti una categoria troppo generica, atta a ricomprendere figure completamente distinte tra loro, e che finirebbe per riunire sotto la stessa etichetta non solo la prestazione in luogo dell'adempimento e l'obbligazione con facoltà alternativa, ma finanche la riparazione di un bene non conforme nell'ambito delle vendite dei beni di consumo: se ci si concentra solo sul profilo della sostituzione di una prestazione originaria con una diversa, nulla impedisce di interpretare il comportamento di riparazione del bene difettoso come se fosse una prestazione diversa rispetto a quella originaria, che prevedeva invece la consegna del bene conforme. Così ragionando, però, si perde la

¹³¹ (Zaccaria, 1987) p. 123.

¹³² Si richiamano le parole di (Rubino, 1961), che nega la possibilità di applicare per analogia il secondo comma dell'art. 1197 c.c. alle obbligazioni con facoltà alternativa, affermando, a p. 31 "Invero, siccome per le obbligazioni facoltative manca una norma in tal senso, il creditore non può pretendere, in luogo della garanzia, e a sua scelta, la prestazione originariamente dovuta (e il risarcimento del danno). Per tale effetto occorrerebbe che fosse nulla la clausola recante la *facultas* alternativa, mentre invece non vi si potrebbe giungere attraverso una risoluzione (per inadempimento) di quella pura e semplice clausola; e del resto, la risoluzione è tecnicamente possibile solo per l'intero contratto, e non per una singola clausola. D'altra parte, sempre in base ai principi generali non si vede in base a quale mezzo tecnico si potrebbe ritornare alla prestazione originariamente dovuta, una volta che il debitore le abbia sostituito la prestazione facoltativa".

funzione di garanzia, che invece giustifica la prestazione di riparare il bene, e che nulla ha a che fare con la finalità di adempiere all'obbligazione. E' necessario, invece, recuperare la finalità propria della prestazione in luogo dell'adempimento per distinguerla da altre figure che potrebbero sembrare affini, se si ha riguardo soltanto all'aspetto relativo alla sostituzione della prestazione inizialmente pattuita con un'altra diversa.

La prestazione in luogo dell'adempimento resta legata alla dimensione dell'inadempimento, non a quella degli elementi strutturali del contratto¹³³, costituendo una modalità di estinzione dell'obbligazione. Come tale, l'esecuzione della prestazione pattuita ex art. 1197 c.c. non comporta adempimento dell'obbligazione, ma la sua estinzione, a differenza di quanto avviene nel caso di esecuzione della prestazione posta nella facoltà alternativa. In quest'ultima, infatti, l'esecuzione della nuova prestazione costituisce adempimento, ossia esecuzione del comportamento dovuto¹³⁴.

L'appartenenza alla dimensione dell'inadempimento implica conseguenze con riguardo anche alla funzione di dilazione che la prestazione in luogo dell'adempimento produce¹³⁵, e che non è riferibile all'obbligazione con facoltà alternativa.

Un'ultima differenza riguarda il modo in cui si sviluppa l'interesse delle parti e, in particolare, del creditore.

Nell'obbligazione con facoltà alternativa, l'interesse del creditore è direttamente rivolto alla ricezione dell'una o dell'altra prestazione, in via alternativa, sì, ma paritaria: l'interesse del creditore è, in un certo senso, duplice, perché indirizzato all'ottenimento dell'una o dell'altra prestazione. Nella prestazione in luogo dell'adempimento, invece, il creditore non ha un interesse diretto all'ottenimento della seconda prestazione, ma l'interesse verso questa seconda prestazione nasce in maniera mediata, indiretta, dal

¹³³ (Rodotà) p. 737 esprime così il concetto "In definitiva, mentre la concessione della *facultas solutionis* al debitore attiene sempre al momento della formazione del rapporto obbligatorio (o alla sua trasformazione), la dazione in pagamento si riferisce sempre ed unicamente alla fase esecutiva."

¹³⁴ In tal senso si veda (Marchio) p. 4 "L'adempimento è un atto dovuto, caratterizzato dalla conformità oggettiva al contenuto dell'obbligo, ed è, altresì, l'unico mezzo idoneo a realizzare integralmente il complesso degli interessi interni all'obbligazione. La prestazione offerta in luogo del pagamento non è prevista nel titolo; ciò comporta che essa non possa considerarsi atto dovuto, richiedendo necessariamente l'accettazione dal creditore e l'imputazione ad estinzione dell'originaria obbligazione". La distinzione tra dazione in pagamento e adempimento è rilevata anche da (Rodotà) p. 737.

¹³⁵ Si rinvia al paragrafo 14 di questo capitolo.

momento che il creditore deve ricorrere ad un giudizio di equivalenza per poterlo apprezzare.

A questa considerazione si potrebbe obiettare che nel caso di obbligazione con facoltà alternativa il giudizio di equivalenza è posto a monte, nel senso che il creditore considera già equivalenti le due prestazioni.

Si risponde osservando che non si può minimizzare la differenza che intercorre tra la situazione in cui al debitore, per non risultare inadempiente, è offerta la possibilità di eseguire un'altra prestazione, rispetto alla situazione in cui le parti predispongano, fin dall'inizio o anche successivamente, un assetto di interessi in base al quale la prestazione da adempiere possa essere x, con facoltà però di eseguire y. In quest'ultimo caso, infatti, l'interesse delle parti si esaurisce nella definizione dell'oggetto del rapporto; nell'altro caso, invece, l'interesse di entrambe le parti è quello di trovare un modo per estinguere il vincolo.

17. Vantaggi e criticità della tesi proposta

La tesi che si è proposta, configurando la prestazione in luogo dell'adempimento attraverso un meccanismo di tipo condizionale, ha negato l'appartenenza della figura al concetto di contratto modificativo, fornendo una risposta a molte delle criticità che hanno costituito il punto di partenza di questa indagine.

In primo luogo, si è posto un atto di rottura rispetto alla vicinanza, più o meno esplicita, rispetto alla novazione. La prestazione in luogo dell'adempimento non costituisce una modifica dell'oggetto del contratto, e questa presa di posizione elimina alla radice il problema di capire se la modifica posta in essere rappresenti o meno una novazione.

I risultati fin qui raggiunti ci permettono di affermare la distanza tra il contratto modificativo e la prestazione in luogo dell'adempimento, dal momento che quest'ultima ha una struttura lontana dal binomio novazione-contratto modificativo. L'art. 1197 c.c. contempla una fattispecie autonoma, con una propria disciplina specifica, che non può essere appiattita sulla figura della novazione.

La distanza dalla fattispecie modificativa ha consentito di ottenere dei primi risultati importanti, riaffermando la libertà delle parti di prevedere, come

prestazione in luogo dell'adempimento, qualsiasi tipo di comportamento. Si evita in tal modo di trasferire sull'art. 1197 c.c. la logica del modificativo dell'oggetto: se per quest'ultimo ha senso il limite di non realizzare delle modifiche non accessorie, a pena di attrazione nel campo della novazione, questo limite perde di significato se applicato all'art. 1197c.c., restringendo in modo arbitrario quell'ampiezza di decisione che invece il codice consente.

Un ulteriore risultato è stato raggiunto in relazione al secondo comma, perché riconoscere, come evento dedotto in condizione, la seconda prestazione integrata dalla garanzie, ha fornito una lettura unitaria di tutte le parti della norma. L'alternativa concessa al creditore, a fronte dei vizi o dell'evizione della seconda prestazione, di chiedere a sua scelta le garanzie oppure l'adempimento della prestazione originaria, non è più vista come l'accostamento di rimedi risalenti a due opposte concezioni della norma, ma assume coerenza, se spiegata attraverso il meccanismo dell'avveramento o del mancamento della condizione. In tal modo, si è sottratto il secondo comma dell'art. 1197 c.c. dal campo dei rimedi per l'inadempimento, rispetto al quale se ne è dimostrata l'estraneità, mancando sia la possibilità di ricondurlo alle forme di tutela predisposte dall'ordinamento per i casi di inadempimento, sia lo stesso presupposto di attivazione di questi rimedi, ossia l'inadempimento.

Questa impostazione ci ha consentito di affrontare diversamente il concetto di realtà, che tende ad unificare l'effetto proprio della seconda prestazione con quello estintivo dell'obbligazione. Il meccanismo condizionale, invece, riesce a spiegare il realizzarsi di questa duplicità di effetti, creando un nesso qualificato che consenta l'estinzione dell'obbligazione nel momento in cui si verifica l'evento dedotto in condizione.

Da ultimo, si è affermata l'appartenenza dell'art. 1197 ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, consentendo così all'obbligazione di conservare la sua identità originaria, anche dopo l'esecuzione della diversa prestazione.

Cambiando prospettiva, arriviamo ai punti problematici della teoria che interpreta la prestazione in luogo dell'adempimento come una condizione, notando che si presta ad essere criticata per il fatto di concedere al debitore

una condizione meramente potestativa¹³⁶, durante la pendenza della quale il creditore resta in balia della volontà del debitore di eseguire o meno la diversa prestazione.

Si osserva che la condizione di cui all'art. 1197 c.c. è potestativa, ma non meramente potestativa, in quanto anche il debitore ha interesse ad eseguire la diversa prestazione, per potersi liberare dal vincolo con il creditore. Quest'ultimo, infatti, ha concesso alla controparte una *chance* in più per estinguere l'obbligazione, perché verosimilmente sono poche le probabilità che il debitore riesca ad adempiere alla prestazione dovuta, che è quella originariamente pattuita. Il rischio di sottostare alla volontà del debitore per tutta la durata della condizione è inoltre neutralizzato dal fatto che il creditore possa richiedere la prima prestazione, e così rendere definitivamente inoperante la condizione.

Un aspetto interessante è quello di notare che anche in base alla tesi, da cui ci siamo allontanati, è possibile riconoscere l'elemento della potestatività in capo al debitore: la tesi della prestazione in luogo dell'adempimento come contratto modificativo dell'oggetto, infatti, si sviluppa come concessione al debitore del potere unilaterale di modificare l'oggetto dell'obbligazione originaria¹³⁷. La configurazione come potere unilaterale enfatizza al massimo il rischio che il creditore resti assoggettato alla decisione del debitore.

D'altra parte, l'elemento della potestatività non è eliminabile se, come si crede di aver dimostrato, l'art. 1197 c.c. consente al debitore di poter estinguere l'obbligazione attraverso l'adempimento, anche dopo aver pattuito la prestazione in luogo dell'adempimento: in altre parole, la potestatività è insita nell'attribuzione stessa al debitore della scelta di eseguire la diversa prestazione o quella originariamente pattuita.

¹³⁶ (Sicchiero, 3/2002) p. 1385 “Deve allora ritenersi possibile configurare un accordo nel quale si convenga che la diversa prestazione non estingua la precedente se non nella misura in cui risulti utile al creditore, salva solo la necessità di fissare indici idonei ad evitare che l'accordo risulti indeterminato o afflitto da condizione meramente potestativa.”

¹³⁷ (Zaccaria, 1987) p. 13.

La modifica del termine del contratto

1. La modifica del termine come oggetto dell'indagine

Il termine costituisce lo strumento che permette alle parti di declinare nel tempo gli effetti del contratto. Come tale, il termine potrebbe rappresentare la più ampia manifestazione del potere di autonomia affidato ai contraenti, consentendo loro di scegliere come disporre i propri interessi lungo la dimensione del tempo, arrivando a conquistare il futuro e ad abbracciare il passato¹³⁸. Da qui nasce l'interesse per un'indagine che si focalizzi non tanto sulla tradizionale considerazione del termine come elemento accidentale del negozio, ma che ne colga l'aspetto dinamico, legato alla sua modifica.

Attraverso un percorso che mantiene la distinzione tra termine iniziale e termine di adempimento, in ragione del diverso modo in cui gli interessi si sviluppano nei contratti ad effetto reale ed in quelli ad effetti obbligatori¹³⁹, si valuterà la possibilità di apportare modifiche al termine originariamente pattuito.

L'analisi si biforca fin da subito e proseguirà, per gran parte della trattazione, lungo un approfondimento del termine di adempimento, che lo vedrà contrapporsi alla dilazione. L'esigenza di svolgere un confronto tra le due figure deriva da una considerazione di carattere generale, relativa al fatto che lo spostamento nel tempo del termine di adempimento possa realizzarsi, in modo sostanzialmente analogo, attraverso un contratto modificativo del termine oppure tramite una dilazione: se a questa

¹³⁸ Si rinvia alle pagine di (Ciatti Càimi, 2007) per il ruolo del tempo rispetto al contratto, in particolare, p. 12 ss.

¹³⁹ Si richiamano le osservazioni di (Russo, 1973) p. 126 ss., secondo il quale, mentre i contratti ad effetti obbligatori "presuppongono infatti l'esistenza di interessi che vengano soddisfatti tramite effetti strumentali e comportamenti materiali esecutivi"; nei contratti ad efficacia reale "vi è coincidenza tra la nascita dell'effetto e la soddisfazione dell'interesse".

osservazione si aggiunge l'assenza di una definizione normativa per entrambe le figure considerate, si capisce il motivo per cui queste siano state spesso assimilate, fino a vedere l'una assorbita nell'altra¹⁴⁰. E' possibile assumere una diversa prospettiva, se si considera che l'elemento temporale di un contratto è modulabile dalle parti in corrispondenza di differenti interessi, cui rispondono, con caratteristiche ed effetti distinti, il contratto modificativo del termine e la dilazione. In quest'ottica assume particolare importanza l'individuazione dei criteri per distinguere le due figure. La sola volontà delle parti non si rivela un parametro sufficiente allo scopo, perché si riscontra la sussistenza di limiti oggettivi che ostacolano la possibilità di ricorrere al modificativo o alla dilazione, al di là della mera volontà dei contraenti.

Distinguere le due figure non si riduce ad un'operazione formale, ma comporta l'attribuzione di una disciplina completamente diversa sia riguardo alle conseguenze operative sul contratto modificato o dilazionato, in termini di effetti e di istituti applicabili, sia riguardo ai rapporti con i terzi. L'indagine prosegue con un approfondimento sulla figura della dilazione, al fine di comprendere se il confronto con il modificativo possa operare a prescindere dal carattere di gratuità o di onerosità della dilazione.

I risultati raggiunti mediante il confronto con la dilazione si rivelano direttamente applicabili non solo al termine di adempimento, ma anche al termine di efficacia, consentendo di ricongiungere il percorso che si era inizialmente separato, con l'approdo finale a delle conclusioni comuni.

2. Il contratto modificativo del termine di adempimento e la dilazione

Come anticipato, l'indagine prende le mosse dallo studio dei contratti ad effetti obbligatori e si concentra sul termine di adempimento, nell'intento di proporre un confronto con la figura della dilazione.

¹⁴⁰ Si veda, ad esempio, (Moschella, 1939), (La Torre, 1952), (Sargenti, 1959), (Gallo, 1960), (Perlingieri, 1969), (Ruscello, 1976).

Il contratto modificativo del termine di adempimento¹⁴¹, realizzando un differimento nel tempo della data indicata per l'esecuzione della prestazione, consente al debitore di ottenere una proroga, ossia un aumento del periodo di tempo entro il quale poter adempiere. Il risultato finale dell'operazione di modifica del termine sembrerebbe quindi sostanzialmente identico ad una dilazione.

La dilazione si realizza quando il creditore, a fronte dell'inadempimento della controparte, rinuncia a chiedere l'adempimento coattivo e consente, così, al debitore di adempiere anche dopo la scadenza del termine di adempimento.

La tesi che qui si sostiene vuole dimostrare che le due operazioni, apparentemente simili, si differenziano quanto agli effetti prodotti e alle conseguenze che ne derivano¹⁴². In particolare, si mostrerà che la dilazione è strettamente connessa con l'inadempimento, mentre questo legame non c'è con il contratto modificativo, anzi, l'inadempimento si rivelerà un limite alla possibilità di modificare ulteriormente il contratto.

In linea generale, si può premettere che non rileva il momento nel tempo nel quale viene decisa la modifica o la dilazione¹⁴³: contratto modificativo e dilazione sono infatti due figure ben precise che mantengono le proprie caratteristiche sia se pattuite prima, sia dopo il sopraggiungere del termine di adempimento originario.

Con il contratto modificativo, le parti vogliono eliminare il termine di adempimento originariamente previsto nel contratto e sostituirlo con un altro termine, differito nel tempo. Il contratto originario non viene eliminato,

¹⁴¹ Sul concetto di termine si rinvia a (Russo, 1973) p. 13 ss., in particolare, p. 14, dove prospetta un diverso significato che l'espressione "termine" assume in relazione al termine di efficacia e al termine di adempimento: "Infatti, poiché l'adempimento è un atto materiale, un fatto umano empiricamente accertabile nel mondo dei fenomeni, l'espressione *termine dell'adempimento* potrebbe avere il significato di data o periodo di tempo in cui quel fatto si svolge: insomma può venire assunta come modalità temporale del fatto." (corsivo nel testo). E, per il termine del negozio, osserva in nota n. 29, p. 14 che "Il termine del negozio non indica, dunque, la modalità di un fatto relativa al tempo, ma la *necessità* che un fatto si verifichi in un determinato momento o periodo di tempo. In quanto modalità della categoria temporale di un fatto, dunque, l'espressione termine ha un valore ontologico che va tenuto distinto dalla sua fondamentale accezione deontologica." (corsivo nel testo); e a (Di Majo, Rilevanza del termine e poteri del giudice, 1972) p. 6 ss.

¹⁴² In tal senso (Gabrielli, 1972) secondo il quale, p. 258: "Nonostante l'uniformità delle affermazioni dottrinali al riguardo, credo, infatti, che occorra rivedere l'opinione secondo la quale un accordo di proroga comporterebbe in ogni caso la modificazione del regolamento d'interessi sotto il profilo della modalità cronologica".

¹⁴³ In questi termini anche (Smirardo, 1957) p. 786.

e continua ad essere la sola ed unica fonte dei diritti e degli obblighi previsti dalle parti. Questo tipo di operazione rientra nelle facoltà di esercizio dell'autonomia privata, e non incontra ostacoli se non la contraria volontà di una delle parti. E' affermazione comune che per la modifica del contratto sia necessaria la volontà di entrambe le parti, perché modificare è più grave che costituire o estinguere¹⁴⁴. Il principio di tutela dei terzi non costituisce un ostacolo alla modifica del termine, perché il modificativo non va ad incidere in senso retroattivo sul precedente contratto, ma lascia inalterate le prestazioni già eseguite, operando soltanto per il presente e il futuro¹⁴⁵. Queste considerazioni valgono nel caso in cui la modifica sia posta in essere prima della scadenza del termine originario, mentre la possibilità di modificare il termine di adempimento dopo la scadenza del contratto impone delle considerazioni differenti, perché costringe a confrontarsi con l'inadempimento.

Se il debitore non adempie al momento previsto, potrebbe eventualmente essere interesse del creditore, oltre che del debitore, prorogare il termine già inutilmente spirato. A fronte dell'interesse di entrambe le parti ad una modifica del termine di adempimento dopo la sua scadenza, ci si interroga sulla possibilità di utilizzare lo strumento del contratto modificativo a questo fine. La questione da affrontare riguarda la possibilità, per le parti di un contratto, di agire sull'inadempimento che si è verificato mediante lo strumento del contratto modificativo. Si tenterà di affrontare il problema da una duplice prospettiva, riguardante le caratteristiche del contratto originario e dell'inadempimento.

a) le caratteristiche del contratto originario.

La modifica del termine di adempimento del contratto non sostituisce la fonte dei diritti e degli obblighi previsti, che resta quella originaria, sulla quale si limita ad incidere temporalmente. Se però il contratto risulta già

¹⁴⁴ Si veda (Roppo, 2011) p. 508.

¹⁴⁵ Sull'effetto *ex nunc* della modificazione si richiama (Betti, 1994), p. 244. Si veda in proposito anche (Macario, Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, 1996), che con riferimento al contratto modificativo afferma a p. 366 "In tal senso, gli effetti giuridici si sostanziano nella sostituzione della regola ovvero della clausola contrattuale originaria con la nuova pattuizione che, in assenza di diverso accordo fra le parti, deve ritenersi produttiva di effetti *ex nunc*."

inadempito, la successiva modifica del termine di adempimento non sarebbe altro che un tentativo di prolungare la durata del contratto oltre il suo stesso inadempimento.

Questo tipo di operazione è però da escludere, perché l'inadempimento segna un limite che, in un certo senso, cristallizza il contratto così come è al momento del suo verificarsi. A fronte dell'inadempimento di una delle parti, la disciplina della risoluzione del contratto sembra suggerire una scelta di tipo binario, tra l'adempimento coattivo o la risoluzione¹⁴⁶; salvo in entrambi i casi il risarcimento del danno. Non è data una terza via, come potrebbe essere la modifica successiva del contratto. Quest'ultimo, dopo l'inadempimento, può essere solo sciolto o adempito e, qualora si opti per la seconda soluzione, resta da osservare che nemmeno l'adempimento tardivo altera il contratto, che resta quello originariamente pattuito, né elimina il termine di adempimento inutilmente decorso, né tantomeno cancella il ritardo e gli eventuali danni che ne derivano.

Il contratto modificativo, se pattuito dopo l'inadempimento, pretenderebbe invece di incidere sul contratto originario, modificandone l'elemento temporale. Non è possibile, però, intervenire ulteriormente su un contratto ormai inadempito: le parti potranno, se vorranno, porre nel nulla il precedente contratto e farne un altro con le stesse caratteristiche, ma questa è un'operazione diversa dalla modifica del termine.

b) le caratteristiche dell'inadempimento.

La modifica del termine, se fosse possibile realizzarla ad inadempimento già avvenuto, avrebbe in ipotesi un effetto di tipo eliminativo dell'inadempimento e delle conseguenze che questo porta con sé: non si potrebbe più parlare, infatti, di ritardo nell'adempimento, o di un adempimento tardivo, se il termine originario (e scaduto) venisse sostituito da un nuovo termine, non ancora decorso.

La questione da affrontare riguarda la possibilità, per le parti di un contratto, di disporre in senso eliminativo dell'inadempimento e delle sue

¹⁴⁶ La risoluzione è consentita nel caso in cui l'inadempimento abbia certe caratteristiche: in proposito, sulla nozione di inadempimento risolutorio si veda (Amadio, 2014) p. 34 ss.

conseguenze mediante un'operazione di modifica del termine di adempimento.

Sappiamo che l'autonomia privata ha ampi spazi di intervento sulla disciplina della risoluzione¹⁴⁷: la rinuncia alla risoluzione e la modifica dei presupposti di attivazione del rimedio risolutorio rappresentano operazioni che si muovono sempre nel senso di confermare l'avvenuto inadempimento, non di eliminarlo. Quest'ultima operazione non è possibile, perché l'autonomia privata non può disporre di una valutazione giuridica su un fatto (la mancata esecuzione della prestazione), che, al momento della scadenza del termine di adempimento, assume la qualifica giuridica di inadempimento.

Un contratto modificativo del termine successivo all'inadempimento vorrebbe, invece, eliminare l'inadempimento, in sé considerato, ossia a prescindere dalla presenza o meno dei requisiti per attivare la risoluzione, e riqualificare l'avvenuto inadempimento come un fatto neutro, non ancora rilevante per il diritto. Se questo fosse ammesso, ma lo si esclude, sarebbe possibile togliere rilevanza giuridica all'inadempimento, rimandandone ogni valutazione al momento della scadenza del nuovo termine.

Alla luce di queste considerazioni emerge che un contratto modificativo non possa eliminare il precedente inadempimento e le conseguenze che questo porta con sé, come il diritto al risarcimento per eventuali danni da ritardo. Queste conseguenze potranno essere oggetto di rinuncia, ma non possono venire meno semplicemente modificando il termine di adempimento del contratto. Di più: ad eliminare le conseguenze dannose dell'inadempimento non basta nemmeno un successivo adempimento, perché anche in caso di adempimento tardivo permane il diritto al risarcimento del danno.

Si deve quindi concludere che il contratto modificativo del termine trova un ostacolo nell'inadempimento, che impedisce la modifica successiva allo scadere del termine originario del contratto. Resta ancora da indagare se le parti possano invece intervenire in senso eliminativo sul precedente inadempimento.

¹⁴⁷ Si veda (Amadio, 2014) p. 7 ss.

3. Effetti eliminativi e inadempimento del contratto

L'effetto eliminativo del precedente contratto si può realizzare attraverso la risoluzione oppure attraverso un mutuo dissenso ma, in entrambi i casi, non sarà possibile incidere sull'inadempimento eventualmente intervenuto, e nemmeno cancellarne le conseguenze, come se l'inadempimento non si fosse mai verificato.

La risoluzione stessa presuppone l'inadempimento di una della parti e, anche se produce l'effetto di sciogliere il vincolo obbligatorio, non cancella le conseguenze dell'inadempimento, perché permane il diritto al risarcimento del danno.

Quando, invece, la scelta di sciogliere il contratto è comune a entrambe le parti, queste possono porre nel nulla il precedente contratto per qualsiasi motivo, indipendentemente dall'inadempimento. Se, però, le parti decidono concordemente di sciogliere il vincolo dopo l'inadempimento del contratto, resta da capire se il mutuo dissenso dia diritto al risarcimento degli eventuali danni che l'inadempimento abbia causato. Per capire se il contratto sciolto con mutuo dissenso sia risarcibile, bisogna vedere se il mutuo dissenso faccia venire meno anche l'inadempimento.

Secondo la tesi che ricostruisce il mutuo dissenso come un *contrarius actus*¹⁴⁸, le parti non incidono direttamente sul negozio originario, ma solo sui suoi effetti, eliminandoli mediante la conclusione di un contratto uguale e contrario a quello da risolvere¹⁴⁹. E' chiaro quindi che il mutuo dissenso non potrà cancellare l'inadempimento e le sue conseguenze, per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'inadempimento non può essere considerato come un effetto del contratto e, quindi, se il mutuo dissenso neutralizza gli effetti prodotti dal precedente negozio, non potrà eliminare l'inadempimento. In secondo luogo, il mutuo dissenso, operando in senso uguale e contrario al contratto originario, non può cancellare l'inadempimento, che, prima del suo verificarsi, non trova un *quid* corrispondente, che le parti, operando inversamente, possano cancellare.

¹⁴⁸ Si veda (Deiana, 1939); (Capozzi, 1993) p. 636; (Luminoso, 1980).

¹⁴⁹ Per la giurisprudenza che sostiene un'interpretazione del mutuo dissenso come atto uguale e contrario al contratto originario, si segnala: Cass. civ. Sez. II, Sent., 10-03-2014, n. 5529; Cass. civ. Sez. III Sent., 24-05-2007, n. 12075; Cass. civ. Sez. II, 30-08-2005, n. 17503; Cass. civ. Sez. I, 06-08-1997, n. 7270; Cass. 13-11-1972, n. 3360.

Si perviene alle stesse conclusioni anche aderendo alla tesi del mutuo dissenso come negozio risolutorio¹⁵⁰, con cui le parti pongono nel nulla, sia per il futuro che per il passato, l'originario contratto, e la cui causa consiste nella risoluzione del precedente negozio.

L'obiezione secondo cui l'inadempimento non potrebbe permanere dopo lo scioglimento del contratto, perché si fonderebbe su un contratto che le parti hanno eliminato e che non esiste più, può facilmente essere confutata pensando all'analogia situazione che si crea nel caso di risoluzione per inadempimento¹⁵¹.

Un'ultima osservazione riguarda il fatto che, se le parti sono d'accordo ad eliminare il contratto da cui deriva l'inadempimento, vorranno probabilmente eliminare anche l'inadempimento. Si tratta, però, di un'operazione che non possono fare semplicemente tramite il mutuo dissenso. Esse potranno certamente rinunciare al risarcimento, oppure, al contrario, potranno tenerne conto e decidere di calcolarne il valore in vista di un mutuo dissenso oneroso, ma si tratta sempre di operazioni in più, e diverse, rispetto al mutuo dissenso "puro".

A conclusione di questa analisi, si può affermare che, di fronte all'inadempimento, l'autonomia privata incontra dei limiti, che le impediscono di disporre dell'inadempimento in sé considerato. Le parti potranno invece disporre delle conseguenze dell'inadempimento, ad esempio rinunciando a chiedere il risarcimento degli eventuali danni, ma si tratta sempre di operazioni che presuppongono, e non eliminano, l'avvenuto inadempimento: quest'ultimo non può essere cancellato, come se non fosse mai avvenuto, nemmeno realizzando un'operazione di tipo eliminativo del contratto.

¹⁵⁰ In proposito (Capozzi, 1973); (Ceolin, 2014).

¹⁵¹ Si legga (Amadio, 1996) pp. 417 e 418, che rileva: "[...]se per effetto di tale eliminazione, si dovesse ritenere cancellata altresì la rilevanza dell'inadempimento, si arriverebbe al paradosso di un congegno che <<rimuove>> da sé il presupposto stesso della propria operatività. [...]La retroattività non cancella (non può cancellare) la rilevanza dell'inadempimento come presupposto di risoluzione".

4. La dilazione gratuita

Figura per certi versi analoga al contratto modificativo del termine di adempimento è la dilazione, con cui il creditore concede al debitore un periodo ulteriore per adempiere il contratto che non è stato eseguito in tempo.

La tesi tradizionale¹⁵² vede la dilazione come un vero e proprio contratto modificativo del termine di adempimento. I corollari di questa tesi sono: 1) la dilazione elimina il termine originario del contratto e lo sostituisce con uno nuovo, per cui la prestazione è inesigibile e non compensabile finché non scade il secondo termine; 2) la dilazione gratuita, prevista dall'art. 1244 c.c., è però espressamente compensabile e costituisce, perciò, "un'eccezione al requisito dell'esigibilità astrattamente intesa"¹⁵³; 3) la dilazione onerosa, invece, rientra nello schema normale di un contratto modificativo del termine, per cui la prestazione non è né esigibile né compensabile fino al decorrere del nuovo termine.

La tesi che si propone vuole cercare di dimostrare che la dilazione non sia un contratto modificativo del termine e non possa esservi assimilata¹⁵⁴. Un rilievo importante assume il fatto che la dilazione presuppone l'inadempimento del contratto: il creditore concede, infatti, una dilazione perché vuole ottenere l'adempimento del contratto che non è stato eseguito in tempo. E' proprio l'inadempimento il presupposto che permette al creditore di escludere la possibilità dell'adempimento coattivo¹⁵⁵ e di concedere la dilazione.

Se, come crediamo, l'inadempimento costituisce un limite alla possibilità di modificare ulteriormente il contratto, dobbiamo escludere che la dilazione, che presuppone invece l'inadempimento, sia un tipo di contratto modificativo.

Il creditore che concede la dilazione non manifesta, infatti, la volontà di modificare il contratto inadempito; egli vuole, piuttosto, che il debitore adempia quel preciso contratto, così come è, senza alterazioni. Né, d'altra parte, avrebbe interesse a modificare il termine di adempimento, come se

¹⁵² Si veda (Perlingieri, 1971), (Ruscello, 1976), (Patti S. , 1978).

¹⁵³ Si veda (Perlingieri, 1975) p. 327 ss.

¹⁵⁴ Così (Gabrielli, 1972).

¹⁵⁵ In questi termini (Amadio, 2014) pp.8-9.

l'inadempimento non si fosse mai verificato, perché significherebbe perdere la posizione di vantaggio in cui si trova, ossia rinunciare alle conseguenze dell'avvenuto inadempimento. La dilazione, invece, non va ad incidere sul contratto originario, che resta invariato in tutti i suoi elementi, compreso il termine inutilmente decorso, e il conseguente inadempimento. Ne deriva che contratto modificativo del termine e dilazione sono due figure non assimilabili, la cui distinzione porta a importanti differenze, in particolare, per quanto riguarda a) il diritto al risarcimento del danno; b) la disciplina della esigibilità e della compensabilità.

- a) La dilazione non modifica il termine del contratto originario e, non cancellando l'inadempimento che si è verificato, consente al creditore il diritto di chiedere il risarcimento per gli eventuali danni.

La conclusione sarebbe diversa, se la dilazione fosse un contratto modificativo del termine, perché in tal caso il nuovo termine andrebbe a sostituire quello originario, e l'inadempimento potrebbe essere valutato solo sulla base del nuovo termine. Considerare la dilazione come un contratto modificativo significa quindi escludere il diritto al risarcimento per il ritardo nell'adempimento.

- b) Consideriamo ora la disciplina della dilazione concessa gratuitamente dal creditore. Se la dilazione fosse un contratto modificativo del termine di adempimento, dovremmo sostenere che il primo termine sia sostituito da quello nuovo e, per coerenza, non possa più essere preso in considerazione. In tal modo, finché non sarà giunto il nuovo termine, la prestazione non sarà esigibile e nemmeno compensabile. Il modificativo del termine, anche se gratuito, non consentirebbe la compensazione, ed è questo il motivo per cui, chi ritiene che la dilazione sia un modificativo, è costretto a spiegare la disciplina prevista dall'art. 1244 c.c. come un'eccezione¹⁵⁶ alla regola.

Di fatto, la dilazione gratuita non segue la disciplina che ci aspetteremmo se fosse un contratto modificativo del termine e sembra, invece, andare nella direzione di confermare la teoria che distingue la dilazione dal modificativo.

¹⁵⁶ Si veda (Perlingieri, 1975); (Ruscello, 1976).

Affermare che l'art. 1244 c.c. sia un'eccezione non fornisce una spiegazione esauriente, e manifesta piuttosto una difficoltà, che è quella di chiarire come sia possibile che un'obbligazione sia inesigibile e compensabile nello stesso tempo. A questo problema interpretativo si può dare una risposta diversa dal ricorso all'eccezione alla regola, proponendo un'analisi del concetto di esigibilità sotto due distinti profili: 1) la natura giuridica dell'esigibilità; 2) il rapporto tra esigibilità e compensabilità.

b1) La natura giuridica dell'esigibilità

La tesi contestata parte dal presupposto che l'obbligazione dilazionata sia inesigibile. Ritenere, come crediamo, che la dilazione non sia un contratto modificativo del termine, implica invece che l'obbligazione diventi esigibile alla scadenza del termine originario. A questo punto si pone per noi la difficoltà di spiegare come sia possibile che un'obbligazione che è esigibile, perché non è più sottoposta a termine, sia allo stesso tempo inesigibile, perché il creditore che ha concesso la dilazione non può pretendere il pagamento di quanto ha dilazonato. La questione richiede un approfondimento sul concetto di esigibilità.

In primo luogo si impone di capire su che cosa incida la dilazione: se si afferma che la dilazione operi direttamente sull'esigibilità del credito¹⁵⁷, allora si deve ammettere la possibilità del creditore di disporre della stessa esigibilità. Si può osservare, però, che il creditore, che dilazona il credito, si limita a rinunciare temporaneamente ad una sua facoltà, che è quella di chiedere il pagamento del credito alla scadenza. Egli avrebbe il diritto di esigere il credito perché è decorso il termine di adempimento, ma è libero di non farlo: il creditore ha la piena disponibilità delle facoltà connesse alla propria posizione di creditore, cioè delle azioni che può decidere di compiere oppure no. Diversa, invece, è la possibilità di disporre direttamente dell'esigibilità di un credito.

Si pensi al caso di una pluralità di creditori, di cui solo uno conceda la dilazione al comune debitore. Ci si domanda se in tal caso la dilazione concessa da un creditore impedisca anche agli altri creditori di chiedere l'adempimento. La risposta è chiaramente negativa, nel senso che la

¹⁵⁷ In questo senso: (Perlingieri, 1967), (Ruscello, 1976), (Patti S. , 1978).

dilazione concessa da un creditore non può limitare il diritto degli altri creditori di esigere il pagamento. Questa risposta può essere motivata in due diversi modi.

Se si ritiene che la dilazione sospenda l'esigibilità del credito, dobbiamo sostenere una visione di tipo soggettivo, nel senso che ogni creditore abbia la facoltà di limitare l'esigibilità in relazione alla propria posizione, e non possa quindi andare ad incidere sull'esigibilità degli altri creditori. Se così fosse, però, dovremmo ammettere che esiste un concetto di esigibilità per ognuno dei creditori, per cui lo stesso credito risulterà esigibile per alcuni e inesigibile per altri, rinunciando ad un concetto unitario di esigibilità.

Una seconda possibile spiegazione è quella di definire l'esigibilità come una caratteristica del credito, oggettiva, salvandone l'unitarietà della figura. Secondo questa impostazione, il creditore che dilaziona non va ad incidere sull'esigibilità del credito¹⁵⁸, ma limita soltanto la propria facoltà di chiedere l'adempimento. Il credito è diventato esigibile alla scadenza, e resta tale nonostante la dilazione, ed è per questo che gli altri creditori potranno azionarlo.

Quella che si sostiene è un'interpretazione dell'esigibilità come caratteristica del credito¹⁵⁹, di cui il creditore non ha possibilità di disporre direttamente. La scelta del creditore di non azionare il credito non può modificare l'esigibilità: un credito o è esigibile, o non lo è, indipendentemente dalla decisione del creditore di chiederne l'adempimento. Se l'esigibilità dipendesse dal comportamento del creditore, non si potrebbe spiegare la dilazione, se non come un'alternanza tra esigibilità e non esigibilità, a seconda della mera volontà del creditore. Il credito diverrebbe infatti inesigibile per tutto il periodo della dilazione, ma poi ritornerebbe esigibile, qualora il creditore, cambiando idea, decidesse di chiedere il pagamento del credito. In questo modo, però, non si spiega come si possa "sospendere" e poi "riattivare" l'esigibilità, se non sulla base della mera volontà del creditore.

¹⁵⁸ Sostengono questa tesi (Sacchi, 1896-1899) p. 187; (Ragusa Maggiore, 1961) p. 26.

¹⁵⁹ Anche in (Perlingieri, 1975) si legge a p. 299 che "Anche l'esigibilità è una qualità o uno stadio obiettivo del credito", salvo poi affermare che "In conclusione non esiste una nozione unitaria di esigibilità. Questa –come la fungibilità, l'omogeneità, ecc.– non è un requisito esprimibile in termini di teoria del bene; essa piuttosto va riferita, caso per caso, ai rapporti di cui debbono essere individuati il fondamento, il titolo, la fonte." Nello stesso senso si veda anche (Perlingieri, 1971).

Si crede, invece, che l'esigibilità dipenda dallo spirare del termine di adempimento (o da altra causa, come potrebbe essere una condizione sospensiva), e che non possa essere modificata dalla volontà del creditore. Quest'ultimo potrà, sì, decidere di non azionare la tutela per un debito che è esigibile, ma non potrà trasformare in non-esigibile, qualcosa che è esigibile.

L'esigibilità può essere vista come una caratteristica del credito, così come lo sono la liquidità o la certezza. Come il creditore, dilazionando il pagamento, non può incidere sulla liquidità o sulla certezza del debito, allo stesso modo, non può incidere sull'esigibilità. Egli può disporre delle facoltà che attengono alla sua posizione di creditore: potrà infatti decidere di non chiedere l'adempimento, così come, in un secondo momento, potrà cambiare idea e pretendere il pagamento, ma ciò non può modificare l'esigibilità, che, in quanto caratteristica del credito, non dipende dalle facoltà del creditore.

b2) Il rapporto tra esigibilità e compensabilità

La difficoltà da cui siamo partiti, quella cioè di spiegare come sia possibile che una obbligazione sia inesigibile e compensabile allo stesso tempo, viene meno e non necessita di ricorrere all'espedito dell'eccezione alla regola, se, come crediamo, la dilazione incida non sull'esigibilità, ma solo sulla facoltà del creditore di chiedere l'adempimento del credito.

La tesi che si sostiene ritiene che la dilazione non modifichi il termine di adempimento, per cui l'obbligazione diventa esigibile alla scadenza del termine. Altra cosa, abbiamo visto, è che il creditore decida di non chiedere l'adempimento per un periodo determinato: egli non va ad incidere sull'esigibilità, ma solo sulla sua facoltà di azionare quel credito.

Ritenere, come si crede, che la dilazione non sia un contratto modificativo del termine, e che l'obbligazione resti esigibile, permette di spiegare anche alcune situazioni legate alla compensazione, che invece sarebbero difficilmente conciliabili con la tesi della dilazione come modificativo del termine. Due sono le situazioni che si possono verificare in relazione all'art. 1244 c.c.

- 1) Nel primo caso, immaginiamo che Tizio, creditore, dilazioni gratuitamente il credito X verso Caio. A sua volta, Caio vanta il credito Y verso Tizio, credito che era certo, liquido ed esigibile già prima che Tizio dilazionasse il credito X, ma di cui Caio si è ricordato soltanto dopo la dilazione, e solo allora decide di chiederne il pagamento.

Se riteniamo che la dilazione non sia un modificativo, il credito X diventa esigibile al momento della scadenza e resta tale nonostante la dilazione. In tal caso, non si pone nessun ostacolo all'operare della compensazione, che avrà effetto dal giorno della coesistenza reciproca dei crediti, come previsto dall'art. 1242 c.c.: nel caso sopra proposto, la compensazione potrà retroagire al tempo precedente la dilazione, ossia nel momento in cui è scaduto il termine di adempimento del credito X, essendo il controcredito Y già esigibile.

La situazione è diversa se, invece, riteniamo che la dilazione sia un contratto modificativo del termine. In base a questa impostazione, dovremmo ritenere che il credito X diventa inesigibile per tutto il tempo della dilazione, perché questa sottopone il credito ad un nuovo termine; tuttavia tale credito è comunque compensabile in virtù dell'art. 1244 c.c., che viene letto appunto come un'eccezione all'inesigibilità del credito. A questo punto, si pone il problema di capire il momento in cui si realizza la compensazione. Se la dilazione è un contratto modificativo, il termine di adempimento originario è sostituito da quello nuovo, senza soluzione di continuità: non si può più distinguere tra un momento precedente e uno successivo alla dilazione, pena l'unitarietà del contratto. Il modificativo interviene infatti sul contratto originario, che resta sempre unico, anche se un suo elemento viene modificato: quindi non è possibile compensare il credito a partire dal primo termine, che non esiste più ed è stato sostituito da uno nuovo. Per coerenza dovremmo negare che gli effetti della compensazione possano retroagire ad un momento precedente alla dilazione, ma così si pone nel nulla la previsione dell'art. 1244 c.c., perché si sarebbe costretti comunque ad aspettare il nuovo termine, fissato con la dilazione, per operare la compensazione. L'unica soluzione, allora, sarebbe quella di interpretare l'art. 1244 c.c. come una doppia eccezione, non solo all'esigibilità del credito, ma anche alla disciplina della modifica del termine.

- 2) Le stesse difficoltà si incontrano nel caso in cui, nell'esempio sopra proposto, il controcredito di Caio diventi certo, liquido ed esigibile durante il periodo in cui è dilazionato il credito X.

Se si sostiene la tesi che nega natura modificativa alla dilazione, si può concludere che la compensazione avrà effetto dal giorno della coesistenza dei due crediti, anche durante il periodo della dilazione. Il primo credito, infatti, diventa esigibile alla scadenza del termine di adempimento, e la sua esigibilità non viene meno a causa della dilazione. Quando anche il controcredito diverrà certo, liquido ed esigibile, si realizzerà la compensazione, senza incontrare alcun ostacolo nella dilazione.

Diversamente bisogna concludere, se riteniamo che la dilazione modifichi il termine di adempimento del contratto. Il credito X, a seguito della dilazione, assume un nuovo termine di adempimento: il termine originario non può più essere preso in considerazione, perché viene sostituito dal nuovo termine introdotto dalla dilazione. Ne deriva quindi l'impossibilità di compiere la compensazione durante il periodo in cui dura la dilazione. A non consentire la compensabilità durante la dilazione non è tanto la mancanza di esigibilità, che viene infatti colmata dall'intervento dell'art. 1244 c.c., quanto piuttosto un problema di unitarietà del credito e, in un certo senso, di identità del rapporto: bisogna infatti tener presente che il credito X, che aveva scadenza fissata al primo termine, non esiste più, ma esiste quel medesimo credito X con una nuova scadenza. Si capisce quindi il motivo per cui compensare il credito X nel momento in cui diventa esigibile il controcredito Y, ossia per ipotesi durante il periodo in cui permane la dilazione di X, porterebbe ad un risultato contraddittorio, perché significherebbe considerare la modifica del termine come mai avvenuta. Vorrebbe dire, infatti, considerare il credito X come sottoposto al primo termine, che però, in base a questa impostazione, è stato modificato e sostituito con un nuovo termine a seguito della dilazione. Anche in questo caso, l'unica soluzione sembra quella di consentire che la compensazione abbia effetto soltanto alla scadenza del nuovo termine introdotto dalla dilazione, con il risultato, però, di vanificare la disposizione dell'art. 1244 c.c.

Dagli esempi sopra proposti si può ricavare che l'equiparazione della dilazione al contratto modificativo del termine di adempimento è difficilmente conciliabile con la disciplina prevista dall'art. 1244 c.c. per la dilazione gratuita. Anche ammettendo che il codice preveda un'eccezione per il fatto di consentire la compensabilità di un credito che è ritenuto, secondo l'impostazione contestata, inesigibile, tuttavia non si riesce ad individuare il momento in cui la compensazione possa avere effetto.

Al contrario, questa difficoltà non emerge se riteniamo che la dilazione non vada a modificare il termine di adempimento del contratto, e che l'obbligazione, una volta decorso il termine, diventi esigibile e resti tale, nonostante la dilazione.

Una possibile obiezione a questa tesi consiste nel chiedersi come sia possibile che un credito non azionabile possa comunque essere compensabile: parrebbe, infatti, che anche in tal caso si sia costretti a interpretare l'art. 1244 c.c. come un'eccezione.

A questa obiezione si risponde osservando che invocare la compensazione non equivale a chiedere l'adempimento¹⁶⁰. Il creditore che concede la dilazione sceglie di non domandare l'adempimento per tutto il periodo della dilazione, rinunciando temporaneamente a quella che potremmo definire esigibilità attiva¹⁶¹. Diversa, invece, è la possibilità di eccepire la compensazione del credito dilazionato: in tal caso, infatti, non è il creditore che richiede il pagamento, ma avviene il contrario, perché è a lui che viene chiesto di adempiere: in tale situazione viene in rilievo il profilo passivo dell'esigibilità.

Se sia corretto o meno distinguere questi due profili dell'esigibilità¹⁶², lo si capisce osservando che essi fanno capo a due centri di interesse diversi. Una parte può disporre solo di ciò che dipende dal proprio comportamento: il creditore che decide di non esigere l'adempimento del credito, non può

¹⁶⁰ In tali termini (Perlingieri, 1975); si rimanda anche a (Ragusa Maggiore, 1961) che ricostruisce dal punto di vista storico l'inesattezza delle teorie che identificano compensazione e adempimento.

¹⁶¹ Questa terminologia è risalente e si trova in (Sacchi, 1896-1899) p. 187.

¹⁶² In (Perlingieri, 1967) si osserva che "Sotto un profilo di teoria generale delle obbligazioni [...] (si prospetta) il problema dell'esigibilità non in termini assoluti, bensì in riferimento a ciascun tipo o forma di esigibilità. L'attenzione si concentra non tanto nel costruire l'obbligazione esigibile come tipo unico, quanto nell'analizzare le diverse forme di esigibilità, in relazione alle cause e alla diversa rilevanza giuridica [...]".

limitare, con questa sua scelta, le facoltà della controparte. Quest'ultima, se vorrà, potrà esigere il pagamento del proprio credito, ed ottenerlo, senza incontrare ostacoli nel fatto che la controparte abbia deciso di non farlo. Questo è possibile, per il fatto che il creditore dilazionante, che rinuncia a chiedere l'adempimento, non si contraddice, se poi eccipisce il credito dilazionato in compensazione: egli infatti non va a chiedere alla controparte il pagamento, ma si limita a contrapporgli il credito dilazionato.

Al termine di questa disamina, emerge che distinguere la dilazione dal contratto modificativo non si limita ad essere un'operazione astratta, ma si traduce nel raggiungimento di importanti risultati sotto il profilo applicativo.

In particolare:

- a) La dilazione non elimina l'inadempimento derivante dall'inutile spirare del termine di adempimento, e il creditore dilazionante avrà diritto di chiedere il risarcimento per eventuali danni, possibilità che, invece, non è data, se riteniamo la dilazione un contratto modificativo del termine.
- b) La dilazione non incide sull'esigibilità del credito, che diventa esigibile e resta tale, a partire dal momento di scadenza del termine di adempimento. L'art. 1244 c.c. non costituisce, quindi, un'eccezione, perché l'obbligazione è esigibile anche se è stata dilazionata. Sarà quindi possibile compiere la compensazione, che estinguerà i due debiti dal momento della loro coesistenza, sia se questa è avvenuta prima della dilazione, sia durante la stessa.
- c) La disciplina nel caso di pluralità di creditori: la dilazione concessa da un creditore non limita la possibilità degli altri creditori di chiedere l'adempimento del credito comune; diversamente, la modifica del termine del contratto si impone in pari modo a tutti i creditori, che dovranno attendere la scadenza del nuovo termine per esigere l'adempimento.
- d) La disciplina delle prestazioni di durata (segue paragrafo 5).
- e) La disciplina nei confronti dei terzi (segue paragrafo 6).

5. Il contratto modificativo del termine e la dilazione nei contratti di durata

La modifica di un contratto, in generale, è possibile per tutti i tipi di rapporti¹⁶³, perché dipende dalla volontà delle parti, e discende dallo stesso art. 1321 c.c.: come si può costituire, così si può anche modificare, od estinguere un contratto¹⁶⁴.

Anche per quanto riguarda il termine di adempimento è possibile la modifica, ma questa viene ad assumere un rilievo differente, a seconda dei diversi tipi di rapporti. Si pensi ai contratti ad esecuzione continuata: per essi, la modifica del termine di adempimento equivale alla modifica dell'oggetto del contratto, perché in tale tipo di rapporti il tempo è “una nota di individualizzazione dell'oggetto”¹⁶⁵, e la durata costituisce “elemento essenziale di determinazione della prestazione, per la natura propria di questa”¹⁶⁶.

Nel tipico esempio di contratto ad esecuzione periodica, come la fornitura di luce o gas, la modifica del termine originariamente fissato dalle parti comporta, a seconda che venga prorogato o anticipato, un aumento o una riduzione quantitativa dell'oggetto della prestazione¹⁶⁷.

Ci si deve a questo punto interrogare sulla natura di questa modifica dell'oggetto: è facile, infatti, osservare che essa non importa novazione, perché le parti, che intendono estendere (o ridurre) la durata del contratto, non hanno intenzione di estinguere il rapporto giuridico originario e di

¹⁶³ Si veda a proposito (Macario, 2008), p. 1063 “La rinegoziazione può interessare, almeno in linea di principio, qualsiasi contratto, essendo, in tal senso, dotata di un carattere neutrale rispetto alla griglia dei tipi previsti dal codice civile.”

¹⁶⁴ Sul rapporto tra l'art. 1321 c.c. e le vicende modificative si legga (Amadio & Macario, 2014) p. 221.

¹⁶⁵ (Osti, 1913) in tema di contratti di durata afferma a p. 479 “[...]la volontà delle parti (espressa o implicita nella natura stessa del negozio) porta ad assumere la categoria del tempo tra le note individualizzatrici della prestazione; e allora il termine non è più un elemento accidentale del contratto, né una modalità accessoria dell'obbligazione di cui si tratta, ma fa parte del contenuto essenziale di questa, e non è altro che una delle note molteplici che ne determinano *giuridicamente* l'oggetto”. In questi termini anche (Sangiorgi, 1965) p. 20.

¹⁶⁶ Così (Oppo, 1943) p. 170 “[...]La determinazione della prestazione in funzione del tempo è non solo caratteristica dei rapporti di durata, ma anche esclusiva di tali rapporti”.

¹⁶⁷ Sempre (Oppo, 1943) p. 169 “Nei contratti di durata la prestazione è determinata in funzione della durata stessa, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto”.

costituirne uno nuovo, ma vogliono, al contrario, mantenere lo stesso contratto iniziale e incidere su di esso con la modifica¹⁶⁸.

Sorge, quindi, il problema di giustificare l'ammissibilità di un contratto modificativo dell'oggetto che, come abbiamo visto, non realizza una novazione del rapporto. La risposta potrebbe essere individuata nel particolare modo in cui si conformano i contratti di durata: essi sono costituiti da identiche prestazioni che si susseguono nel tempo. L'oggetto del contratto è inteso diversamente rispetto ai casi in cui la prestazione si realizza in un solo momento, perché nei contratti di durata la medesima prestazione, anche a livello quantitativo, si ripete identica ma scandita lungo un arco di tempo predefinito, così da poter riconoscere una pluralità di prestazioni identiche tra loro. Il punto su cui focalizzarsi non è quindi l'aumento del *quantum* dell'unica prestazione, ma l'aumento nel tempo del numero di volte in cui la stessa prestazione si ripete: anche in quest'ottica, quindi, il concetto di oggetto della prestazione è inscindibile dall'elemento temporale.

Questa caratteristica dei contratti ad esecuzione continuata assume rilievo anche riguardo alla possibilità di consentire una dilazione. Nei contratti ad esecuzione continuata viene a sfumarsi la differenza tra dilazione e modificativo, perché il tempo non è considerato come termine, ma come durata, cui è intrinsecamente legata la misura quantitativa dell'oggetto della prestazione. Se, quindi, nei contratti a prestazione continuata, la dilazione assume i caratteri di un modificativo dell'oggetto, si deve escludere il ricorso alla dilazione per questo tipo di contratto, perché vorrebbe dire ammettere la modifica dopo l'avvenuto inadempimento, possibilità che si nega in radice¹⁶⁹.

A sostegno di questa tesi, secondo la quale nei contratti a esecuzione continuata non sarebbe consentito dilazionare la prestazione, si porta un'altra argomentazione. Abbiamo sopra visto che dopo l'avvenuto inadempimento è possibile procedere solo alla dilazione, e non al modificativo del contratto: per potersi avere dilazione, però, è necessario non solo che permanga intatto l'interesse del creditore all'adempimento,

¹⁶⁸ Per la distinzione tra la volontà novativa e quella modificativa si veda (Criscuoli, 1957).

¹⁶⁹ Si richiamano in proposito i paragrafi 2 e 3 di questo capitolo.

interesse che si manifesta nel fatto stesso di dilazionare, ma soprattutto è indispensabile che l'inadempimento sia oggettivamente rimediabile.

Sono proprio i contratti ad esecuzione continuata una tipologia di contratti per i quali si è affermato che l'inadempimento assume sempre carattere non rimediabile. “L'inattuazione dell'equilibrio contrattuale, una volta verificatosi, non può più essere tardivamente sanata. Ciò che a ben vedere, accade non solo nel caso del contratto di società, ma in tutti i rapporti ad esecuzione continuata: per esempio, l'inadempimento di un obbligo di somministrare a richiesta acqua o energie, una volta verificatosi, non è più rimediabile”¹⁷⁰. Il problema della rimediabilità dell'inadempimento è legato al fatto che, in tale tipo di contratti, c'è una valutazione implicita di essenzialità del termine¹⁷¹.

La dilazione di un contratto ad esecuzione continuata verrebbe, così, ad assumere una funzione diversa da quella tipica: non potrebbe infatti concedere un periodo di tempo per adempiere, perché l'inadempimento non si potrà più recuperare. La concessione di un nuovo termine avrebbe il solo scopo di soddisfare un interesse nuovo all'esecuzione della prestazione per il futuro, lasciando insoddisfatto l'interesse all'adempimento per il passato¹⁷².

6. L'obbligazione del fideiussore nel caso di dilazione e di modifica del termine

La distinzione tra le due figure in esame emerge anche in rapporto ai terzi estranei al contratto modificato o dilazionato, in particolare per quanto riguarda la disciplina applicabile alla fideiussione, secondo quanto previsto dall'art. 1957 c.c. La sorte della fideiussione sarà infatti diversa nel caso di modifica del termine o di dilazione dell'obbligazione principale.

¹⁷⁰ Così espressamente (Gabrielli, 1974) p. 743, che prosegue “Non avrebbe senso, in tutti questi casi, una richiesta di recupero successivo della quantità di prestazione mancata: nei rapporti a esecuzione continuata è invero essenziale la collocazione della prestazione dovuta nella prevista dimensione temporale.”

¹⁷¹ Si veda ancora (Gabrielli, 1974) p. 743, in nota: “In altre parole, nei rapporti a esecuzione continuata è sempre implicito un termine essenziale”.

¹⁷² Sempre (Gabrielli, 1974) in tema di inadempimento nei rapporti ad esecuzione continuata afferma a p. 745 che “(l') inadempimento definitivo è in essi solo parziale, perché l'esecuzione della prestazione, la cui entità è determinata in funzione del tempo, può sempre riprendere con piena soddisfazione dell'interesse creditorio per il futuro”.

Iniziamo prendendo in esame il contratto modificativo del termine, e distinguiamo due situazioni.

- a) Il primo caso da esaminare riguarda l'ipotesi in cui sia stata prestata una fideiussione solidale e, successivamente, debitore e creditore si accordino per la modifica del termine di adempimento, nel senso di posticiparlo.

In una simile situazione si è osservato¹⁷³ che, se la proroga non avesse effetti per il fideiussore, quest'ultimo potrebbe essere escusso prima del debitore, quando ancora la prestazione principale è inesigibile. In tal caso, si è ritenuto che la proroga porrebbe il fideiussore in condizioni più onerose rispetto a quelle del debitore principale, ragion per cui, in base al terzo comma dell'art. 1941 c.c., dovrebbe considerarsi automaticamente spostata anche la scadenza del debito del fideiussore. Se, però –continua la tesi esposta– si prorogasse il termine di adempimento del fideiussore, ma non si considerasse prorogato anche il termine di scadenza del primo comma dell'art. 1957 c.c., il creditore verrebbe di fatto a rinunciare alla fideiussione. Per evitare, quindi, le conseguenze penalizzanti per il creditore, e per coerenza con il principio di accessorietà che informa il rapporto fra obbligazione principale e fideiussione, si è sostenuto che “la proroga del termine di pagamento del debito principale (soprattutto se si tratti di proroga *una tantum*) comporti automaticamente la proroga anche del termine di pagamento per il fideiussore, con la conseguenza che pure il termine di scadenza ai fini dell'art. 1957 c.c. venga differito nel tempo in corrispondenza con la suddetta proroga”¹⁷⁴.

Si concorda con la conclusione raggiunta dalla tesi appena esposta, ossia che, in conseguenza della modifica del termine dell'obbligazione principale,

¹⁷³ Si veda (Stella, 2010) p. 713: “Nel caso, invece, di fideiussione solidale (in cui, come detto, il creditore può agire indifferentemente contro il debitore principale o il garante), si potrebbe di primo acchito ritenere che la proroga concessa al debitore sia ininfluenza, nel senso che non impedirebbe al creditore, al momento della scadenza del debito del fideiussore (anche se anteriore), di agire contro quest'ultimo. Senonché, in proposito, bisogna tenere conto di un altro principio, già esaminato[...], secondo cui le condizioni della fideiussione non possono mai risultare più onerose di quelle del debito principale (art. 1941, comma 1, c.c.). Infatti, se il termine di scadenza del debito principale viene prorogato e per l'effetto, in ipotesi, la scadenza del debito del fideiussore risulta anticipata, si avrebbe in sostanza che il garante potrebbe essere chiamato ad adempiere prima ancora che diventi esigibile il debito principale, ciò che sarebbe in contrasto con l'art. 1941 c.c.[...]con la conseguenza che in tale caso si dovrà considerare automaticamente spostata ex art 1941, comma 3, c.c. anche la scadenza del debito del fideiussore.”

¹⁷⁴ Così conclude (Stella, 2010) p. 714.

debba considerarsi modificato anche il termine della fideiussione, ma non se ne condividono le argomentazioni.

Non si concorda, in particolare, con l'applicazione dell'art. 1941 c.c. e con l'affermazione secondo cui la proroga dell'obbligazione principale, se non avesse effetti per il fideiussore, porrebbe quest'ultimo in condizioni più onerose rispetto a quelle del debitore principale.

In effetti, il fideiussore si troverebbe in una condizione peggiore, se il creditore potesse agire contro di lui quando ancora l'obbligazione principale è inesigibile. Si dubita, però, che sia data al creditore questa possibilità: la modifica del termine ha prorogato la scadenza dell'obbligazione principale e, finché il debito non diventa esigibile, resta paralizzata la facoltà del creditore di esigere l'adempimento nei confronti sia del debitore principale, sia del fideiussore. Il termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c. decorre infatti “dalla data in cui scade l'obbligazione principale”¹⁷⁵: se il modificativo ha apposto un nuovo termine all'obbligazione principale, il creditore dovrà attendere questo nuovo termine per poter escutere il credito, anche nei confronti del fideiussore. Non bisogna, quindi, confondere la solidarietà, che consente al creditore di agire indifferentemente verso il debitore o il fideiussore (e, in ipotesi, la scelta di rivolgersi prima al fideiussore), dal momento a partire dal quale sorge per il creditore il diritto di escutere il credito. Finché non scade l'obbligazione principale, il cui termine è stato prorogato, non sarà possibile per il creditore rivolgersi al fideiussore per chiedere l'adempimento di un credito che risulta ancora inesigibile. Quanto detto porta a concludere che anche l'obbligazione del fideiussore risulta temporalmente modificata, in conseguenza della modifica del termine dell'obbligazione principale, alla cui scadenza decorrerà il termine semestrale (o bimestrale) di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c.

Due sono le possibili obiezioni a questa posizione: si potrebbe osservare che prorogare il termine della fideiussione in corrispondenza con il termine dell'obbligazione principale, sarebbe svantaggioso per il fideiussore, che vedrebbe estesa la durata del proprio vincolo¹⁷⁶. A ciò si aggiunge una lesione del principio di relatività del contratto, nella misura in cui la

¹⁷⁵ Così individua il momento di scadenza dell'obbligazione principale lo stesso (Stella, 2010) p. 715.

¹⁷⁶ Così (Fragali, 1957) p. 500.

modifica di un contratto vada ad incidere sull'obbligazione di un terzo, che, sì, è garante, ma è estraneo al contratto principale.

Alla prima obiezione si risponde osservando che l'art. 1941 c.c. pone dei limiti alla possibilità di prestare una fideiussione a condizioni più onerose rispetto alle condizioni assunte dal debitore: il termine di paragone, rispetto al quale misurare la maggiore o minore onerosità, è costituito dal debitore, non invece dalla posizione del fideiussore prima della modifica. E' chiaro che, se non ci fosse stata la modifica dell'obbligazione principale, il fideiussore sarebbe stato obbligato per un tempo inferiore, che era quello da lui stesso originariamente previsto. Di fatto c'è un peggioramento della condizione del fideiussore tra il prima e il dopo la modifica, ma non c'è un peggioramento rispetto alla posizione del debitore: entrambi restano obbligati per lo stesso tempo, che corrisponde a quello dell'obbligazione principale prorogata.

Non risulta nessun peggioramento nemmeno per quanto riguarda l'entità del credito garantito, che rimane lo stesso per il quale il fideiussore si è obbligato all'inizio. L'oggetto della fideiussione è la medesima prestazione dovuta dal debitore principale, e quest'ultima non viene alterata dalla modifica del termine¹⁷⁷. Il contratto modificativo del termine non è una novazione, non modifica l'oggetto o il titolo del contratto originario, che resta immutato, e risulta modificato solo in relazione alla durata.

Se l'oggetto dell'obbligazione principale resta quello originario, anche l'oggetto della fideiussione non subisce alterazioni rispetto al momento precedente alla proroga. L'impegno del fideiussore non viene aggravato, e questo fa sì che il suo vincolo possa essere esteso temporalmente, senza con ciò comportare una lesione del principio di relatività del contratto.

La modifica riguarda solo l'aspetto temporale e avrà delle ricadute non per quanto riguarda l'oggetto dell'obbligazione, ma solo per quanto riguarda la misura degli interessi corrispettivi. A tal proposito, si segnala la soluzione già adottata¹⁷⁸ nel caso in cui l'oggetto non sia stato interamente determinato nel contratto di fideiussione, per cui, in tal caso, gli interessi restano sempre determinabili in base all'obbligazione garantita. Allo stesso

¹⁷⁷ Salvo quanto abbiamo detto in tema di contratto modificativo del termine nei contratti di durata.

¹⁷⁸ Si veda (Amadio & Macario, 2014) p. 257.

modo, in caso di modifica del termine dell'obbligazione principale, la prestazione dovuta dal fideiussore sarà fatta corrispondere, anche per quanto riguarda gli interessi, a quella dell'obbligazione principale prorogata.

- b) La seconda situazione da analizzare riguarda il caso in cui sia stata prestata una fideiussione semplice¹⁷⁹ e, successivamente, sia intervenuta una modifica del termine dell'obbligazione principale.

In un simile caso, il creditore dovrà attendere la scadenza dell'obbligazione principale prorogata, prima di escutere il debitore. Si esclude che l'attesa del creditore sia da interpretare come inerzia nel promuovere le istanze contro il debitore: il contratto modificativo, infatti, ha sostituito il termine originario e ne ha apposto uno nuovo, alla cui scadenza l'obbligazione diventa esigibile, e solo allora il creditore potrà agire per l'adempimento. Se il creditore volesse escutere il debitore prima della scadenza del nuovo termine, quest'ultimo avrebbe il diritto di rifiutarsi di adempiere.

L'impossibilità di configurare l'inerzia da parte del creditore, da un lato, e le ragioni sopra viste per negare un peggioramento della situazione del fideiussore, dall'altro, conducono a ritenere che, anche in caso di fideiussione semplice, la modifica del termine dell'obbligazione principale comporti l'estensione della fideiussione in corrispondenza con la durata dell'obbligazione principale prorogata, alla cui scadenza decorreranno i termini di decadenza previsti dall'art. 1957 c.c.

Passiamo ora ad analizzare la sorte della fideiussione nel caso in cui il creditore acconsenta a concedere al debitore la dilazione, distinguendo sempre tra ipotesi di fideiussione semplice e solidale.

- a) Nell'ipotesi di fideiussione semplice, il creditore avrebbe l'onere di escutere preventivamente il debitore principale, ma si è impegnato, tramite la dilazione, a non chiedere l'adempimento per un certo tempo. L'obbligazione, però, secondo l'impostazione qui sostenuta, è diventata esigibile al momento della scadenza del termine originario, e resta tale nonostante la dilazione. Deve ritenersi, perciò, che la decorrenza del termine

¹⁷⁹ Come noto, la fideiussione semplice impone al creditore di escutere il debitore con precedenza sul fideiussore.

di sei mesi previsto nell'art. 1957 comma 1 c.c., nonché di quello di due mesi previsto dal terzo comma del medesimo articolo, sia da calcolare dal momento in cui l'obbligazione è diventata esigibile, e quindi dal momento di scadenza del termine originario. E' questo infatti il momento in cui il creditore potrebbe promuovere le istanze contro il debitore e, il fatto che il creditore decida di non farlo, non può andare a svantaggio del fideiussore. Se così è, la dilazione superiore a sei mesi (o due, nell'ipotesi del terzo comma dell'articolo in esame) comporterà la decadenza del creditore dal diritto di chiedere l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria¹⁸⁰.

- b) Se, invece, è stata pattuita una fideiussione solidale, la dilazione successivamente intervenuta non costituisce alcun ostacolo per il creditore, che potrà agire direttamente contro il fideiussore al momento della (originaria) scadenza dell'obbligazione principale. La dilazione, come crediamo, né modifica il termine di scadenza dell'obbligazione, che resta quello inizialmente pattuito, né vincola il creditore nei confronti del fideiussore: il creditore, infatti, dilazionando, si è obbligato a non chiedere l'adempimento al debitore, ma non ha assunto nessun impegno verso il fideiussore.

A tal proposito non vale obiettare che si porrebbe il fideiussore in una condizione più onerosa rispetto a quella del debitore principale, come previsto dall'art. 1941 c.c. In primo luogo, infatti, si osserva che la condizione del fideiussore è peggiorativa solo in via di fatto, ma non di diritto: lo svantaggio che c'è dipende dalla mancata previsione del *beneficium excussionis*, non dalla dilazione. Essendoci una fideiussione solidale, è del tutto legittima la scelta del creditore di rivolgersi al fideiussore invece che al debitore, ma questo non dipende dal fatto che l'obbligazione principale sia stata dilazionata, ma dall'operare della solidarietà passiva.

In secondo luogo, il termine a partire dal quale il creditore potrà agire nei confronti del fideiussore è quello originariamente pattuito nell'obbligazione

¹⁸⁰ La stessa opinione è espressa da (Stella, 2010), il quale però si riferisce in generale alla proroga, senza distinguere tra contratto modificativo e dilazione.

principale, per cui l'impegno richiesto al fideiussore corrisponde a quello da lui stesso previsto fin dall'assunzione della fideiussione.

A conclusione dell'analisi, si può osservare che il contratto modificativo e la dilazione riservano alla fideiussione una disciplina diversa, che si ottiene, però, applicando in entrambi i casi la medesima regola, che è quella per cui l'obbligazione fideiussoria corrisponde temporalmente a quella principale.

Il contratto modificativo del termine aumenta la durata dell'obbligazione principale e ciò comporta che la fideiussione, sia essa semplice o solidale, sia estesa fino a corrispondere al nuovo termine dell'obbligazione principale, alla cui scadenza decorreranno i termini per calcolare la decadenza di cui all'art. 1957 c.c. La dilazione, invece, non modifica il termine dell'obbligazione principale, che resta quello originario, e a questo sarà parametrata la fideiussione, semplice o solidale che sia.

7. La dilazione onerosa

L'articolo 1244 c.c. riguarda espressamente la dilazione gratuita, la cui disciplina è contrapposta a quella della dilazione onerosa. L'origine di questa contrapposizione risiede nell'interpretare la dilazione come un contratto modificativo: la dilazione onerosa seguirebbe la disciplina di un contratto modificativo del termine di adempimento, per cui l'obbligazione sarebbe inesigibile per tutta la durata della dilazione. Finché l'obbligazione è inesigibile, non è nemmeno compensabile, e risulta così spiegata la disciplina della dilazione onerosa secondo questa tesi. Quella gratuita, invece, è compensabile solo perché interviene l'art. 1244 c.c. ad introdurre un'eccezione alla regola appena descritta¹⁸¹.

Prima di prendere posizione sul fatto che la dilazione sia o meno un contratto modificativo, è necessario chiarire un rilievo importante, che è quello di capire che interesse avrebbero le parti di una dilazione onerosa ad impedire la compensazione del credito dilazionato.

Possiamo immaginare la situazione in cui, pattuita la dilazione onerosa, il debitore dilazionato voglia chiedere l'adempimento di un credito che, a sua

¹⁸¹ Così (Perlingieri, 1975) p. 329; (Ruscello, 1976).

volta, vanta nei confronti del suo creditore. Sulla base della tesi che si contesta, non è possibile realizzare la compensazione, ma si dovrà attendere il termine della dilazione. A questo punto si possono proporre due osservazioni.

- 1) Si può notare che, se si realizzasse la compensazione, nonostante la dilazione, si consentirebbe al debitore di liberarsi dalla sua obbligazione subito, nel momento in cui i due crediti sono venuti ad esistenza, senza dover attendere la fine della dilazione. La compensazione è infatti un modo di estinzione dell'obbligazione, e il debitore avrebbe interesse a liberarsi quanto prima della propria obbligazione. Se la dilazione onerosa impedisse la compensazione, sarebbe un controsenso, perché dovremmo ammettere che la dilazione, che in teoria dovrebbe costituire un vantaggio per il debitore che l'ha ottenuta, costituirebbe invece un ostacolo, impedendogli di ricorrere ad un modo per estinguere l'obbligazione. Non consentire la compensazione, in questo caso, andrebbe contro la logica di permettere al debitore di liberarsi quanto prima dal proprio vincolo.

- 2) Cambiando prospettiva, anche il creditore non otterrebbe nessun vantaggio ad aspettare la fine della dilazione per compiere la compensazione. Quest'ultima infatti è un modo di estinzione dell'obbligazione a carattere soddisfattivo, per cui il creditore avrebbe interesse ad ottenere subito la compensazione dei due crediti, senza attendere la dilazione. Inoltre, la compensazione non costringe il creditore ad un comportamento attivo, come è l'adempimento, che invece potrebbe giustificare la scelta di non affrontarlo subito e di preferire attendere la dilazione del credito. Al contrario, la compensazione non comporta nessun esborso per il creditore, che otterrebbe un doppio vantaggio dall'immediata compensazione: non solo riceverebbe l'adempimento del credito, senza dover ancora attendere la fine della dilazione, ma si libererebbe subito anche del debito che, a sua volta, ha verso il proprio debitore¹⁸².

¹⁸² Alcuni esempi aiuteranno a capire la situazione.

Tizio ha un debito di 1000 verso Caio, e paga 50 per ottenere una dilazione di 6 mesi. Il mese successivo alla pattuizione della dilazione, matura un credito di 600 che, a sua volta, Tizio vanta nei confronti di Caio. Il creditore Caio otterrebbe un vantaggio a compensare subito, senza attendere i restanti 5 mesi, perché così sarebbe soddisfatto subito per 600 e, nello stesso tempo, non dovrebbe più nulla a Tizio. Il restante debito di 400 resta

Da quanto esposto, emerge che è interesse di entrambe le parti che la compensazione si realizzi al momento della coesistenza dei reciproci debiti, senza aspettare la fine della dilazione. Se la compensazione non potesse compiersi a causa della dilazione, quest'ultima diventerebbe un ostacolo che irrigidirebbe senza motivo la libertà del debitore e del creditore.

La conclusione obbligata è che la dilazione onerosa non impedisce la compensazione, e questo è possibile se, come crediamo, la dilazione non vada ad incidere sull'esigibilità del credito dilazionato.

Da ciò consegue che la disciplina della dilazione onerosa non si differenzia da quella della dilazione gratuita: in entrambi i casi è possibile la compensazione, ed il motivo è dovuto al fatto che la dilazione non è un contratto modificativo del termine, né se gratuita né se onerosa. D'altra parte, non si comprende la ragione di distinguere una stessa figura per il fatto che, in alcuni casi, sia stato pattuito un compenso e, in altri casi, no.

Due sono le possibili obiezioni da muovere a questa conclusione.

- 1) Si potrebbe sostenere che la dilazione onerosa e quella gratuita sono in realtà due figure distinte quanto alla struttura: la prima infatti sarebbe un contratto, mentre la seconda sarebbe un atto unilaterale. A questa obiezione si risponde osservando le conseguenze che la dilazione comporta per il debitore.

In primo luogo, si nega che la dilazione costituisca sempre un vantaggio per il debitore: questi potrebbe avere interesse a rifiutarla, se si considera che, accettare la dilazione, significa per il debitore ammettere di non aver adempiuto alla scadenza, mentre suo interesse potrebbe essere quello di difendersi, sostenendo di avere già adempiuto, oppure che l'inadempimento non è a lui imputabile, oppure ancora di non essere mai stato obbligato: si tratta quindi di un comportamento che, dal punto di vista processuale, non è affatto neutro, ma potrebbe essere interpretato a suo svantaggio.

dilazionato, ma è preferibile per un creditore vedere il proprio credito in parte già soddisfatto, a maggior ragione in una situazione in cui la stessa dilazione potrebbe lasciare dubbi sulla futura solvenza del debitore.

Se, invece, sempre nell'esempio proposto, il controcredito di Tizio verso Caio fosse di 1000, la compensazione al momento della coesistenza dei due crediti consentirebbe l'immediata estinzione dei due debiti reciproci, e il creditore non avrebbe alcun vantaggio ad attendere 5 mesi per ottenere la soddisfazione del credito che potrebbe avere subito.

In secondo luogo, dire che la dilazione gratuita è un atto unilaterale significa creare un parallelismo tra la dilazione e la remissione del debito, ma le due figure devono mantenersi distinte¹⁸³. La remissione estingue il debito e costituisce un vantaggio oggettivo per il debitore; al contrario, la dilazione non libera il debitore, ma il creditore si limita a non chiedere l'adempimento per un certo periodo di tempo.

Per questi motivi, si crede, non basta la non opposizione, o la dichiarazione di volere approfittare della dilazione, ma il debitore deve esprimere il proprio consenso, consapevole dei vantaggi, ma anche dei rischi, che la dilazione comporta, anche se pattuita in modo gratuito.

Si esclude, inoltre, che il creditore possa, con la sua sola volontà, incidere così profondamente sulla posizione del debitore¹⁸⁴: a sostegno di questa posizione si abbraccia il diffuso insegnamento per cui il negozio unilaterale non possa, per regola, produrre effetti immediati che dentro la sfera del proprio stesso autore¹⁸⁵.

Un'ultima osservazione riguarda una possibile contraddizione in cui cade la tesi della dilazione come modificativo: se la dilazione gratuita fosse un atto unilaterale del creditore, bisognerebbe ammettere la possibilità di modificare unilateralmente il contratto, senza il consenso dell'altra parte.

- 2) La seconda possibile obiezione, riguarda la presenza nel codice civile dell'art. 1244 c.c., in cui si prevede espressamente la disciplina della compensazione per la dilazione gratuita, mentre nulla si dice per la dilazione onerosa, ragion per cui si è sostenuto che i due tipi di dilazione dovessero interpretarsi in modo opposto¹⁸⁶.

A questa obiezione si risponde notando, innanzitutto, che il divieto di compensabilità nel caso di dilazione onerosa non è espressamente previsto, ma sarebbe ricavato da un non-detto, senza considerare, tra l'altro, che il codice dedica un apposito articolo ai casi in cui la compensazione non si

¹⁸³ Si vedano (Sargenti, 1959) che nega la distinzione tra *pactum de non petendo* e remissione e (Gallo, 1960) che la riconosce solo nell'ipotesi di *pactum ne ad certum tempus petatur*; per le critiche a questi autori si rimanda a (Ruscello, 1976).

¹⁸⁴ A tal proposito, (Roppo, 2011) p. 27, che definisce il *proprium* degli atti unilaterali nel "fatto che essi toccano la sola sfera giuridica dell'autore dell'atto, e non quella di altri soggetti che all'atto non partecipano".

¹⁸⁵ Così, letteralmente (Gabrielli, 1974), p. 78 nel testo e in nota 21.

¹⁸⁶ Si veda (Patti S., 1978) p. 140 "[...]soltanto ammettendo che la dilazione gratuita incide sul termine si attribuisce una funzione reale all'art. 1244 c.c., che altrimenti dovrebbe considerarsi superfluo".

verifica e, tra questi, non c'è alcun riferimento alla dilazione onerosa. Sembra quindi arbitrario far derivare un divieto di compensabilità per la dilazione onerosa dal semplice fatto che l'art. 1244 c.c. menziona solo la dilazione gratuita, in un contesto in cui la storia di questo articolo sembra andare nella direzione opposta.

Ricostruendo l'origine di questa norma, si nota l'assenza di qualsiasi contrapposizione tra la dilazione gratuita e quella onerosa; piuttosto era implicito fin d'allora un confronto tra la dilazione e l'obbligazione a termine.

L'art. 1292 del Codice Napoleone si limitava a sancire che “*Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation*”¹⁸⁷. Il termine di grazia era una misura accordata dal giudice al debitore che non avesse adempiuto alla scadenza, ma che avesse fornito delle ragioni giustificative del suo ritardo. Tuttavia, l'espressione *terme de grâce* era considerata “una disposizione generica, atta a comprendere tanto le dilazioni concesse dal giudice, quanto quelle concesse dal creditore”¹⁸⁸. Non c'era traccia di alcuna contrapposizione tra concessione gratuita o onerosa; l'unica contrapposizione, di cui l'articolo però non fa menzione ma si ritrova nella dottrina, era piuttosto tra *terme de grâce* e *terme de droit*¹⁸⁹: quest'ultimo poteva essere convenzionale o legale, e riguardava il termine di rigore, come il nostro attuale art. 1183 c.c. Mentre l'obbligazione sottoposta a *terme de droit* era inesigibile e non compensabile, l'obbligazione sottoposta a *terme de grâce* era esigibile e compensabile, appunto perché il termine di grazia non apponeva un termine di rigore all'obbligazione¹⁹⁰.

¹⁸⁷ L'attuale formulazione dell'articolo in commento, risulta essere “*Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation*”, e corrisponde non più all'art. 1292, ma all'art. 1347-3, a seguito della recente riforma del diritto francese delle obbligazioni, portata a compimento con l'Ordonnance n. 2016-131 del 10.02.2016. Per un commento sul termine di grazia si rinvia a (Ghestin, Billiau, & Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, 2005) p. 648 “C'est l'autre aspect fondamental du délai de grâce: s'il interdit au créancier de poursuivre l'exécution de la dette, il ne remet pas en cause son exigibilité”.

¹⁸⁸ Così (Giorgi, 1925) p. 498.

¹⁸⁹ Si legge in (Planiol & Ripert, 1954) p. 363: “Au cas de terme de droit la dette n'est pas exigible, tandis que le délai de grâce n'empêche pas la dette d'être exigible; elle pourra donc donner lieu à tout ce qui n'est pas exécution forcée. A la différence du terme de droit, le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation (art. 1292 C.civ.). En effet si le débiteur devient créancier de son créancier, il n'y a aucune raison de ne plus admettre la compensation puisque le débiteur est, dans ce cas, libéré, sans avoir rien à payer.”

¹⁹⁰ Questa distinzione tra termine di diritto e di grazia permane ancora nel diritto francese attuale, rispetto al quale si richiama (Maurie & Aynès, 2011) p. 619 “Le délai de grâce ressemble au terme prévu par la convention, le terme de droit. Tous deux suspendent le

Il nostro codice previgente riprende il modello francese, prevedendo all'art. 1288 che “*Le dilazioni, che si fossero concesse gratuitamente dal creditore, non sono di ostacolo alla compensazione*”. L'articolo applicava alle dilazioni gratuite concesse dal creditore la stessa disciplina che il Codice Napoleone riservava al *terme de grâce*, e questo era possibile perché le dilazioni gratuite corrispondevano sempre al concetto di termine di grazia, e non di rigore: le dilazioni gratuite non andavano a modificare l'esigibilità del credito, che quindi poteva essere compensato. La scelta di espungere il termine di grazia dal testo dell'articolo, era legata al fatto che, nel nostro ordinamento previgente, gli unici termini stabiliti dal giudice (artt. 1173 e 1827 cod. prev.) apponevano termini di rigore, per i quali non si sarebbe potuta affermare la compensabilità¹⁹¹.

Non c'è quindi ragione di enfatizzare la distinzione tra dilazione gratuita e onerosa, che non trova riscontro nell'origine storica della norma. Quest'ultima sembra piuttosto indicarci che l'unico criterio seguito è quello di distinguere tra termine di grazia e di rigore, ossia, tra dilazioni e modificazioni del termine originario. Se, come si crede, è questo il significato della norma, si può notare che risulta rispettato anche il principio della compensabilità dei soli crediti esigibili, senza forzare la norma cercando di vedere eccezioni, che non ne rispecchiano l'origine storica.

8. La dilazione concessa dal debitore

Per ragioni di completezza si analizza anche la cosiddetta dilazione concessa dal debitore, figura che fa sorgere alcune perplessità.

Il primo dubbio riguarda la sua stessa struttura: se la dilazione fosse un atto unilaterale, ci si domanda in cosa consisterebbe la concessione del debitore. Quest'ultimo infatti è pronto ad adempiere, ma concede al creditore una dilazione a ricevere l'adempimento, cioè “il creditore si può ritenere sino

paiement, les mesures d'exécution, les majorations d'intérêts et les pénalités de retard (art. 1244-2). Mais en présence d'un terme de droit, la dette n'est pas encore exigible, alors qu'elle l'est en cas de délai de grâce; il s'agit d'une simple suspension des mesures d'exécution forcée; cette différence produit des conséquences, notamment à l'égard de la compensation, des intérêts de retard ou de la caution: la dette du débiteur demeure exigible; le délai de grâce n'efface pas le retard; mais suspend seulement l'exécution forcée.”

¹⁹¹ Così (Giorgi, 1925) p. 499, e anche (Sacchi, 1896-1899) p. 188.

alla nuova scadenza liberato dall'obbligo di ricevere l'adempimento e di cooperare alla sua attuazione"¹⁹². Non costituisce quindi una rinuncia alla mora del creditore, che si realizza, più semplicemente, evitando l'offerta formale della prestazione. Qui sembrerebbe invece o una rinuncia ad adempiere in tempo, o una rinuncia a che il creditore riceva l'adempimento, ma, in entrambi i casi, sorge il dubbio che il debitore ne possa disporre. Più coerente, anche in tale caso, è costruire la figura come un contratto, in cui è il creditore che rinuncia a chiedere l'adempimento, anche se questo avviene nel suo proprio interesse. Il debitore, a sua volta, deve manifestare il proprio consenso, consapevole del fatto che non sarà considerato inadempiente, una volta scaduto il termine del contratto.

La seconda perplessità riguardo alla dilazione c.d. concessa dal debitore emerge in relazione alla compensazione. Non c'è dubbio che, se la dilazione costituisse un ostacolo alla compensazione, la dilazione andrebbe a svantaggio del debitore pronto ad adempiere, che non solo dovrebbe aspettare la fine della dilazione per liberarsi dal suo debito, ma non potrebbe nemmeno chiedere l'adempimento del controcredito che ha verso il suo creditore, risultando così doppiamente svantaggiato. La perplessità riguarda, invece, l'utilità dello stesso strumento dilatorio in tali situazioni. Due sono i casi che si possono verificare:

- a) Se il controcredito del debitore matura prima della dilazione, allora non ha senso dilazionare, perché i due crediti andranno compensati subito, nel momento della loro coesistenza;
- b) Se il debitore ha un controcredito, che però non è ancora sorto al momento della scadenza del termine per l'adempimento del proprio debito, allora la dilazione "concessa" al creditore non avrebbe altro scopo che quello di aspettare che anche il controcredito diventi compensabile. In tal caso, però, le parti potrebbero accordarsi per una compensazione volontaria, senza bisogno di ricorrere alla dilazione.

¹⁹² Così espressamente (Perlingieri, 1975) p. 330.

9. La modifica del termine di adempimento di un contratto

Il confronto con la dilazione ha fatto emergere l'esistenza di limiti al potere modificativo delle parti. Abbiamo infatti visto che il sopraggiungere dell'inadempimento costituisce una valutazione giuridica che le parti non possono eliminare, mentre potranno invece disporre delle conseguenze connesse all'inadempimento, come, ad esempio, rinunciare al diritto al risarcimento del danno. E' quindi necessario che le eventuali modifiche al contratto vengano poste in essere prima che subentri l'inadempimento.

Estranea al concetto di modifica è invece la dilazione, che non incide sul termine di adempimento del contratto, ma consiste nella temporanea rinuncia del creditore a chiedere l'adempimento coattivo del debito scaduto, senza cancellare la rilevanza dell'inadempimento che è in ogni caso intercorso.

Chiarita quindi la distinzione tra le due figure, si prosegue l'indagine con l'obiettivo di individuare le caratteristiche della modifica del termine di adempimento di un contratto e, in particolare, la possibilità di modificare unilateralmente il termine.

1) La modifica unilaterale e il termine a favore di una delle parti

L'indagine inizia concentrandosi sulla disciplina del termine a favore di una delle parti, nel tentativo di capire se l'adempimento anticipato costituisca un esempio di contratto modificativo del termine. Più precisamente, ci si domanda se la fissazione del termine a favore di uno dei contraenti costituisca concessione del potere di modificare unilateralmente il termine di adempimento: se così fosse, infatti, avremmo individuato delle ipotesi codificate di modifica unilaterale del contratto.

Un possibile criterio, che possa servire a distinguere il contratto modificativo dalle ipotesi di adempimento anticipato, riguarda la presenza o meno dell'*interusurium*, ossia se siano dovuti al debitore gli interessi sulla somma pagata anzitempo fino alla data di scadenza. E' chiaro, infatti, che la modifica del termine non possa comportare l'*interusurium* a favore del debitore; al contrario, questo è presente laddove non ci sia stata una modifica del termine.

Il presupposto che consente al debitore di ottenere “ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato” risiede proprio nel fatto che il pagamento sia avvenuto prima del termine stabilito; viceversa, il pagamento non può essere considerato anticipato rispetto al termine, se anche il termine viene anticipato tramite una modifica: in questo caso, avremo pagamento esatto e non anticipato. Proviamo ad analizzare la disciplina nel caso di termine a favore del creditore e del debitore.

- 1) Nel caso di termine a favore del creditore, come noto, il creditore può domandare il pagamento prima della scadenza: una volta che il debitore abbia pagato, quest'ultimo non ha diritto all'*interusurium*. Il creditore, che abbia il termine a proprio favore, ha infatti la facoltà di chiedere il pagamento anticipato, e si troverebbe invece ostacolato nell'esercizio di questa facoltà, se dovesse pagare l'*interusurium* alla controparte.

Ci si domanda se il pagamento da parte del debitore possa essere interpretato come un atto di consenso alla modifica del termine di adempimento. Se così fosse, bisognerebbe ammettere che il debitore possa non solo acconsentire alla modifica del termine, ma anche opporsi: sappiamo invece che, se, alla richiesta di pagamento anticipato, promossa dal creditore che abbia il termine in suo favore, il debitore si rifiutasse di adempiere anticipatamente, questo rifiuto costituirebbe inadempimento. In questo caso, infatti, il pagamento anticipato è considerato un atto dovuto, ed è questo il motivo per cui il debitore non ha diritto all'*interusurium*. Ne segue che il debitore, in questo caso, non possa esprimere il proprio consenso in merito all'anticipazione del termine, ma tale scelta è imposta dal creditore, a pena di inadempimento.

L'attribuzione al creditore del termine in suo favore costituisce quindi concessione della facoltà di modificare unilateralmente l'originario termine di adempimento del contratto.

- 2) Nel caso di termine a favore del debitore, come noto, il debitore ha la facoltà di adempiere prima del termine stabilito: anche in tal caso, non vi è diritto a ricevere l'*interusurium*, perché è il debitore stesso che decide se adempiere prima oppure no. Cambiando prospettiva, e andando ad esaminare la posizione del creditore, ci si domanda se egli possa rifiutare il

pagamento, motivando il rifiuto proprio a causa dell'anticipo rispetto alla scadenza inizialmente prevista. In una simile situazione, l'eventuale rifiuto del creditore, se è vero che non è sufficiente a determinare la mora del creditore¹⁹³, tuttavia porrebbe nel nulla la previsione del termine a favore del debitore.

Anche in questo caso, possiamo quindi concludere che la controparte non esprime un consenso sull'anticipazione del termine. La concessione di un termine a favore del debitore impedisce infatti al creditore di rifiutare legittimamente il pagamento eseguito prima del termine originario, dal momento che tale pagamento non costituisce un pagamento anticipato, ma un pagamento esatto. La modifica del termine è quindi realizzata unilateralmente dal debitore, nel momento stesso in cui adempie.

Da questa analisi emerge che l'anticipazione del termine, realizzata dalla parte che vanta il termine a proprio favore, non fa sorgere il diritto all'*interusurium*. In questo modo, l'accordo con cui si prevede il termine a favore di uno dei contraenti si traduce nella concessione, alla parte nel cui vantaggio è posto il termine, del potere di modificare unilateralmente il termine del contratto. Ne segue che, se la parte, che beneficia del termine, decide di eseguire l'adempimento prima del termine o, viceversa, richiede in anticipo il pagamento, allora in tali casi il pagamento non risulta "anticipato" ma costituisce un adempimento "esatto", in ragione del fatto che il termine originario è stato modificato unilateralmente.

Residuano, però, dei casi in cui l'anticipazione di pagamento comporti, per chi adempia anticipatamente, il diritto di ricevere l'*interusurium*: queste situazioni, in base alla tesi assunta in partenza, non costituiscono modificazione del termine di pagamento. La circostanza prospettata ricorre qualora ci sia l'approfittamento o la condotta dolosa del creditore, oppure, ed è l'ipotesi descritta dal secondo comma dell'art. 1185 c.c., quando il debitore, che ignori il termine a proprio favore, paghi anticipatamente su

¹⁹³ In tal senso (Natoli, 1974), p. 122; di contrario avviso (Di Majo, 1972), p. 200, che ritiene invece idoneo presupposto, per la messa in mora del creditore, il rifiuto a ricevere la prestazione offerta anticipatamente dal debitore che abbia il termine a proprio favore.

richiesta del creditore¹⁹⁴. Queste ipotesi di pagamento anticipato non possono essere interpretate come volontà di modificare il termine di pagamento, dal momento che si tratta di situazioni in cui il debitore paga prima, perché pensa di essere tenuto a farlo, e non invece perché abbia l'intenzione di anticipare il pagamento.

L'analisi della disciplina del termine a favore di uno dei contraenti conduce al risultato di individuare quei casi in cui il potere di modificare il termine di adempimento è attribuito ad uno solo dei contraenti, e precisamente quello che vanta il termine a proprio favore. Si è quindi di fronte ad ipotesi legislativamente previste di modifica unilaterale del contratto.

Un'ulteriore osservazione riguarda il fatto che tali tipi di modifiche unilaterali codificate sono concesse solo nel senso di anticipare il termine di adempimento, non invece di posticiparlo.

2) La modifica consensuale del termine

L'accordo con cui le parti decidono di anticipare la data del pagamento non genera difficoltà, se per tale si intende l'ipotesi in cui i contraenti stabiliscano, rispettivamente, di dare e di ricevere la prestazione dovuta, prima della scadenza originariamente pattuita.

Una riflessione più approfondita richiede invece l'ipotesi di posticipare l'iniziale termine di scadenza. Tale tipo di operazione potrebbe infatti celare il tentativo di disporre dell'inadempimento del contratto. Come abbiamo già visto, le parti possono disporre delle conseguenze che l'inadempimento comporta, ma non potranno, invece, disporre della valutazione di inadempimento: esse non possono decidere se un fatto, quale la prestazione inesatta, costituisca o meno inadempimento.

Questa premessa è utile per proseguire l'analisi della modifica del termine. Se, a fronte dell'inadempimento, il debitore offre la prestazione dopo la data stabilita per l'adempimento, il consenso del creditore a riceverla (in ritardo) non potrebbe in alcun modo essere interpretato come una modifica dell'originario termine di adempimento del contratto. Il creditore può certamente accettare la prestazione eseguita in ritardo, ma questo non

¹⁹⁴ In dottrina non viene segnalata la necessità della richiesta di adempimento da parte del creditore, ma si indica solamente la buona fede del debitore, ossia il fatto che ignori l'esistenza del termine in suo favore. Si veda, ad esempio (Bianca, 1990) p. 218.

trasforma la prestazione inesatta in un adempimento, inteso come esatta prestazione. In modo analogo, a seguito del ritardo della prestazione, il creditore conserva il diritto a chiedere il risarcimento del danno che il ritardo gli abbia provocato, ma la decisione di non esercitare questo diritto non sana l'inesattezza della prestazione.

Da queste osservazioni emerge che la modifica del termine di adempimento non può essere utilizzata come strumento per eludere o sanare l'inadempimento derivante da una prestazione inesatta: è questo il motivo per il quale la modifica non può essere disposta dopo che sia scaduto l'originario termine di scadenza.

La modifica decisa consensualmente dalle parti non comporta quindi una maggiore libertà di scelta, ma è sottoposta agli stessi limiti che incontra la modifica unilaterale, ossia la necessità che il contratto non abbia già avuto esecuzione e che non sia intervenuto l'inadempimento.

10. La modifica del termine di efficacia

Il percorso fin qui condotto si è concentrato sull'analisi del termine di adempimento; proviamo ora a cambiare oggetto dell'indagine e ad affrontare lo studio del termine iniziale di un contratto ad efficacia traslativa.

La modifica del termine di un contratto presuppone, come è logico, la possibilità che a quel contratto possa esservi apposto un termine: questa stessa circostanza incontra, però, delle difficoltà in relazione ai contratti ad efficacia traslativa. Se, da una parte, il secondo comma dell'art. 1465 c.c. potrebbe far pensare ad una generale possibilità di differire la produzione dell'effetto traslativo, dall'altra parte, bisogna tener conto del modo in cui i vari contratti predispongono il realizzarsi del trasferimento.

- 1) Nei casi in cui opera il principio consensualistico, la prestazione del consenso è sufficiente a realizzare l'effetto traslativo e non è richiesto alcun ulteriore comportamento delle parti. L'apposizione di un termine iniziale consente di sospendere, fin dall'inizio, il prodursi del trasferimento: in quest'ipotesi, il contratto è perfetto in tutti i suoi elementi, ma il termine

opera in senso impeditivo-ostativo alla immediata produzione dell'effetto traslativo.

Le modifiche del termine sono possibili solo finché non si sia realizzato l'effetto traslativo¹⁹⁵. Sarebbe infatti possibile sia anticipare, sia posticipare l'effetto traslativo di un contratto, solo là dove l'efficacia traslativa sia già sospesa da un termine: nulla infatti impedisce alle parti di anticipare o posticipare un termine che già sospendeva l'effetto traslativo del contratto.

- 2) Diversamente dal caso sopra visto, nelle c.d. vendite obbligatorie¹⁹⁶, l'immediata produzione dell'effetto traslativo ad opera del principio consensualistico è impedita non dall'apposizione di un termine, ma dalla mancanza di tutti gli elementi necessari alla fattispecie. In questo caso, il prodursi degli effetti traslativi è indipendente dal termine, come dimostra il fatto che sia possibile l'adempimento anticipato¹⁹⁷: il trasferimento si produrrà al sopraggiungere dell'elemento prima mancante, a prescindere dalla presenza del termine.

Si potrebbe persino osservare che nelle c.d. vendite obbligatorie, nonostante ci sia uno spazio di tempo tra il perfezionamento del contratto e la produzione degli effetti, tuttavia la possibilità di modificare il termine del

¹⁹⁵ Ci si discosta così dalla posizione di (Gorla, La riproduzione del negozio giuridico, 1933), p. 45, secondo il quale nelle vendite nelle quali opera il principio consensualistico "Il rapporto per sé non si esaurisce mai, poiché non ha bisogno di esecuzione con atti positivi. Il c.d. trasferimento consensuale non va pensato come atto di esecuzione (del negozio o, meglio, del relativo comando), ma come rapporto giuridico derivante direttamente dal negozio, quindi, come comando nei rapporti fra le parti. Pertanto mi sentirei di concludere che, di fronte ai nostri contratti traslativi, per quanto concerne il trasferimento, vi è uno stato permanente di *res integra*."

¹⁹⁶ Si richiama (Russo, 1973) p. 129 ss. che distingue i contratti ad efficacia reale "nei quali l'interesse debba essere soddisfatto senza il tramite di obbligazioni e cioè di comportamenti umani necessitati", dai contratti solo funzionalmente traslativi, "nei quali il trasferimento del diritto è l'esito finale di un rapporto obbligatorio".

¹⁹⁷ Si rinvia a (Russo, 1973) pp. 129-130, dove afferma che nei contratti funzionalmente traslativi "il tempo della soddisfazione dell'interesse è retto dalle regole proprie delle obbligazioni. L'obbligazione di far acquistare il diritto sulla cosa, derivante dalla vendita, in mancanza di determinazione temporale preventiva, o di accordo successivo, dovrà essere adempiuta entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 1183, trattandosi di prestazione che richiede un certo tempo per essere eseguita. In queste ipotesi, il differimento dell'effetto traslativo rispetto alla conclusione del contratto non deriva da un termine apposto all'effetto stesso in quanto tale, bensì da un termine inerente ad un rapporto obbligatorio; solo in via mediata o indiretta questo termine può essere riferito all'effetto traslativo. La riprova della esattezza di quanto detto è in ciò che nella vendita obbligatoria è possibile l'adempimento anticipato, cioè che l'effetto traslativo si verifichi prima della scadenza del termine apposto alla obbligazione di far acquistare il diritto sulla cosa (ad es., se il venditore acquista, prima della scadenza del termine, dal terzo proprietario la cosa venduta). Questa soddisfazione anticipata non è possibile quando il termine attinge direttamente alla efficacia reale, perché, in questa ipotesi, la nascita dell'effetto non dipende da fattori esterni (il fatto del terzo titolare)."

contratto è ostacolata dal fatto che il termine assume la funzione di segnare il periodo “entro il quale” devono prodursi gli effetti, non invece quello di fissare una data esatta in cui gli effetti si devono realizzare.

Questo dato comporta una funzione del tutto peculiare del termine nelle c.d. vendite obbligatorie, rispetto alle quali ci si interroga sulla stessa possibilità di fissare un termine che dilazioni la produzione dell'effetto traslativo. Là dove l'effetto traslativo è già sospeso dalla mancanza di un elemento della fattispecie, ci si domanda se si possa introdurre la fissazione di un termine a scopo di dilazionare ulteriormente la produzione degli effetti. Se questo fosse possibile, avremmo un caso di concorso di cause che dilazionano l'effetto traslativo: sia l'apposizione del termine, sia la mancanza di completezza della fattispecie.

A fronte di una c.d. vendita obbligatoria, che non abbia ancora prodotto effetto, nulla impedisce alle parti di apporre un termine affinché l'effetto traslativo si produca in un giorno esatto. In questo modo, il meccanismo del secondo comma dell'art. 1478 c.c. sarebbe sospeso, così come si ritiene normalmente ammissibile che l'apposizione del termine sospenda il meccanismo di cui all'art. 1376 c.c. Di fatto, però, il concorso tra cause di differimento dell'effetto traslativo potrebbe andare a mutare la natura del contratto, da vendita c.d. obbligatoria, a vendita a termine: una volta, infatti, che il venditore sia diventato proprietario, è l'apposizione del termine a sospendere l'effetto traslativo, che potrebbe invece immediatamente prodursi, liberando allo stesso tempo il venditore da ogni altra obbligazione finalizzata a realizzare l'effetto traslativo.

- 3) Nell'ambito dei contratti traslativi che si perfezionano con la consegna del bene, non è possibile introdurre un termine che sospenda il prodursi del trasferimento. Tra il perfezionarsi dell'accordo e il realizzarsi dell'effetto traslativo non c'è frattura né giuridica né temporale, e il fatto stesso che la consegna operi come elemento perfezionativo del contratto, elimina del tutto la possibilità di disporre un differimento dell'effetto traslativo.

L'unica via per avvicinarsi a questo risultato sarebbe quella di porre in essere un contratto preliminare, con la consapevolezza, però, che in tal modo non si sospendono gli effetti traslativi del contratto definitivo, che

infatti non si è ancora perfezionato, ma si otterrebbe un risultato minore, che sarebbe quello di determinare il momento in cui si perfezionerà il contratto con la consegna e, conseguentemente, inizieranno a prodursi gli effetti traslativi.

Non si tralascia di osservare che ammettere la possibilità per le parti di impegnarsi a concludere un contratto reale, diventa di fatto un modo per introdurre la versione “consensuale” del tipico contratto “reale”, snaturando in un certo senso la peculiarità dei contratti reali, nei quali l’impegno delle parti sorge nel momento stesso in cui si consegna il bene, con la contestuale produzione dell’effetto traslativo, mentre il contratto preliminare comporterebbe la previsione di un impegno anteriore al momento della consegna.

Le difficoltà appena viste riguardo alla stessa possibilità di disporre degli effetti traslativi del contratto non sembrano legate né al fatto che nei contratti ad effetti reali, diversamente da quelli ad effetti obbligatori, manchi uno iato temporale tra il sorgere dell’effetto e la soddisfazione dell’interesse; né al fatto che l’effetto traslativo, di regola, non necessiti di un’attività esecutiva¹⁹⁸ ad opera delle parti. La prova di queste affermazioni è data dal fatto che i contratti consensuali ad effetto reale rappresentano senza dubbio il caso in cui si può differire l’effetto traslativo, pur essendo contratti nei quali il trasferimento avviene contestualmente e automaticamente al momento del consenso, senza bisogno di altri comportamenti delle parti.

Se queste considerazioni valgono per l’apposizione del termine, per la sua modifica si pongono delle ulteriori limitazioni.

La modifica del termine non può infatti essere disposta dopo che l’effetto traslativo si sia già realizzato. Se le parti, a seguito dell’avvenuto trasferimento, volessero modificare il momento nel tempo in cui si è

¹⁹⁸ Si veda (Russo, 1973) p. 56 “Non è prospettabile un concetto di esercizio del diritto reale, corrispondente al concetto di adempimento dell’obbligazione. Infatti l’esercizio del diritto reale è proprio del (nuovo) titolare e cioè del soggetto che nel rapporto obbligatorio occupa la posizione di creditore; tale esercizio non costituisce attività esecutiva del negozio, come l’adempimento, bensì fruizione dell’effetto giuridico costituito dal negozio. Sicché il termine, come elemento del contenuto negoziale, come determinazione del voluto, non può influire sull’esercizio del diritto reale, che resta al di fuori della programmazione operata dalle parti.”

realizzato l'effetto traslativo, una simile volontà potrebbe essere interpretata come volontà di cancellare gli effetti già prodotti e di costituire un identico effetto, ma differito nel tempo: un simile risultato, che comporta l'eliminazione della precedente vicenda circolatoria, non può essere realizzato semplicemente manifestando la volontà di modificare il termine del contratto, ma richiede l'utilizzo dello strumento giuridico più appropriato, che sarebbe un mutuo dissenso, accompagnato dalla successiva conclusione di un nuovo contratto.

Quanto detto finora si limita a descrivere l'ipotesi di differimento dell'effetto traslativo, e non può invece essere applicato al caso di sua anticipazione¹⁹⁹.

In ambito contrattuale, le ipotesi di retroazione degli effetti traslativi si hanno in relazione agli effetti della condizione²⁰⁰, che le parti possono scegliere di far retroagire al momento della conclusione del contratto²⁰¹, oppure in sede di divisione contrattuale dell'eredità, in base alla quale l'erede assegnatario è considerato come se fosse stato proprietario fin dal momento dell'apertura della successione²⁰².

Si può osservare che in entrambi i casi, nel periodo intermedio, non si è ancora prodotto l'effetto traslativo "definitivo" in capo a chi diventerà titolare del diritto: durante la pendenza della condizione, infatti, il venditore non ha ancora la piena proprietà del bene; in senso analogo, finché dura la comunione ereditaria, la titolarità del bene è – appunto – in comunione tra più eredi e non c'è ancora la proprietà esclusiva di chi diventerà

¹⁹⁹ La retroazione di cui si parla riguarda la riconduzione degli effetti al momento della conclusione del contratto, escludendo invece l'ipotesi di anticipazione degli effetti ad un momento precedente alla conclusione del contratto, che non potrebbe essere ammessa per ovvie ragioni di tutela dei terzi.

²⁰⁰ Si richiamano le parole di (Pelosi, 1975), p. 16 che, in merito all'operare retroattivo della condizione, afferma "Non è che gli effetti di un certo evento quasi per forza magica estendano la loro esistenza già nel passato, ma semplicemente al verificarsi dell'evento <<decisivo>>, in particolare della condizione, *sorgono d'ora innanzi, per il futuro*, degli ulteriori effetti idonei a creare una situazione giuridica il più possibile corrispondente a quella che sussisterebbe, se gli effetti collegati a quell'evento si fossero verificati fin da un momento anteriore e in particolare fin dal momento della conclusione del contratto condizionato." (corsivo nel testo).

²⁰¹ In base all'art. 1360 c.c. le parti potrebbero anche disporre che l'efficacia decorra contestualmente al verificarsi dell'evento e non invece retroattivamente.

²⁰² Si veda (Cerrai, 2008), p. 426, che conferma il principio generale della retroattività degli effetti della divisione, contenuto nell'art. 757 c.c., per cui il coerede è reputato solo ed immediato successore rispetto ai beni componenti la sua quota e come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari. In tal senso si vedano anche (Miraglia, 2006) p. 40 e 47, e (Capozzi, 2015) p. 1315.

assegnatario. Senza perdere di vista le opportune differenze, riguardanti, nel primo caso, il modo di essere del diritto, che nella fase di pendenza è definibile come proprietà risolubile e non come proprietà piena; nel secondo caso, invece, non viene in rilievo la conformazione del diritto, ma la sua titolarità in capo a più persone, tale da escludere la titolarità esclusiva di un unico soggetto, tuttavia, in entrambi i casi, emerge un dato comune, che consiste nel fatto che *medio tempore* non si è ancora realizzato il risultato finale dell'operazione che trasferirà il diritto pieno ed esclusivo in capo al suo futuro titolare (rispettivamente, il compratore sotto condizione risolutiva o l'assegnatario nella divisione ereditaria)²⁰³.

Quando però si producono gli effetti traslativi, la retroazione non opera come una modifica, ma il trasferimento si colloca subito nel passato: gli effetti non si producono nel presente e poi vengono fatti retroagire, ma fin dall'inizio si considerano come se si fossero prodotti nel passato. In altre parole, non si realizza una modifica, che trasla nel passato il trasferimento che si è prima prodotto nel presente, ma gli effetti si realizzano direttamente nel passato. Anche in tal caso, quindi, l'efficacia del contratto, una volta realizzata, è definitiva e non più modulabile nel tempo.

Al di fuori di queste figure, non ci sono altri casi in cui è concesso alle parti di prevedere l'efficacia retroattiva di un contratto ad effetti traslativi. D'altra parte, ci si domanda se questa sia un'esigenza concreta o solo un'ipotesi di scuola, dal momento che proprio i contratti ad efficacia reale sono quelli nei quali l'interesse è subito soddisfatto al momento del consenso e, come è stato detto, si impone una generale regola dello "*statim debetur*"²⁰⁴, ossia che il contratto produca subito i suoi effetti: così infatti avviene sia per i contratti consensuali sia per quelli reali.

²⁰³ In senso analogo, si può notare che in entrambi i casi, la retroattività elimina la situazione di titolarità intercorsa precedentemente. Con riguardo alla sola divisione si richiama in proposito (Capozzi, 2015), p. 1315: "E' vero che la legge, per assicurare l'immediata successione dei dividendi al comune autore, e anche per un *favor divisionis*, fa retroagire l'efficacia specificativa, e quindi tipicamente costitutiva della divisione, al momento iniziale della comunione, con la soppressione della situazione intermedia." Con riguardo alla condizione, la situazione precedente è eliminata per quanto attiene alla titolarità del bene, ma, in relazione ad altri aspetti, possono permanere gli effetti degli atti compiuti durante la pendenza: si veda ad esempio la disciplina disposta dall'art. 1361 c.c. per gli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione, spettava l'esercizio del diritto.

²⁰⁴ Si veda (Russo, 1973) p. 128.

Di fatto, sono due le situazioni escluse dall'immediata produzione degli effetti traslativi e potenzialmente interessate a far retroagire il trasferimento: la prima è un'ipotesi più teorica che concreta, e riguarda il caso in cui le parti, che abbiano inizialmente apposto un termine per sospendere gli effetti del contratto, successivamente si pentano di questa scelta iniziale e manifestino la volontà di far retroagire gli effetti traslativi al momento della conclusione del contratto.

La seconda situazione presenta invece un maggiore interesse pratico, e riguarda le c.d. vendite obbligatorie, nelle quali gli effetti traslativi sono differiti non per la volontà delle parti di apporre un termine, ma a causa della mancanza di un elemento della fattispecie. Ci si domanda quindi se, in questo tipo di vendite, l'effetto traslativo possa retroagire al momento in cui il contratto è stato concluso: a sostegno di questa posizione si potrebbe infatti sostenere che il compratore, che ha in buona fede concluso il contratto con il venditore, che non era proprietario del bene, avrebbe interesse a diventare proprietario nel momento della conclusione del contratto e non successivamente, non dovendo così subire il differimento dell'effetto traslativo, che è una conseguenza da lui non voluta e che dipende dalla negligenza del venditore.

A questa esigenza si contrappone però il fatto che, finché il venditore non diventa proprietario, la titolarità del bene è in capo ad un soggetto terzo rispetto al contratto: non si potrebbe quindi imporre al terzo nessun tipo di limitazione al godimento del suo diritto, per tutto il tempo in cui ne è l'unico e legittimo titolare.

E, d'altra parte, al compratore di buona fede è concessa un'altra via per tutelarsi, che non è quella di ottenere la retroazione degli effetti, ma la possibilità di liberarsi da quel vincolo, che non gli faccia acquisire subito la proprietà del bene, in base a quanto disposto dall'art. 1479 c.c. Sembra quindi che anche in questo caso si debba negare la possibilità di far retroagire gli effetti traslativi del contratto.

11. La modifica del termine di un contratto e il contratto modificativo

Il termine si è rivelato un oggetto di osservazione capace di far emergere i caratteri peculiari di un'operazione di tipo modificativo del contratto.

L'esecuzione degli effetti si pone come limite per l'ulteriore modifica del termine del contratto, per la realizzazione della quale è invece necessario eliminare gli effetti già prodotti e costituire un nuovo contratto dall'identico contenuto. Solo in tal modo sarà possibile o traslare il contratto nel momento esatto in cui le parti vogliono che si realizzino gli effetti, oppure apporre un termine al contratto che ne era inizialmente privo.

Se la produzione degli effetti ostacola la modifica, non si deve, però, pensare che la mancata esecuzione del contratto costituisca, in ogni caso, terreno idoneo alla modifica. Quando l'inattuazione del contratto assume la forma dell'inadempimento, non è più consentito alle parti disporre ulteriormente del contratto, né nel senso di una modifica, né nel senso di eliminare gli effetti dell'intervenuto inadempimento. La modifica del contratto non rappresenta, infatti, un modo per sanare l'inesatta esecuzione che integri l'inadempimento.

Questa osservazione ha permesso di segnare la distanza con la dilazione, che non modifica il contratto cui è apposta, ma limita per un certo tempo la facoltà del creditore di chiedere l'adempimento coattivo al debitore inadempiente.

Un'ulteriore limitazione alla possibilità di modificare il termine del contratto riguarda la direzione in cui si vuole realizzare la modifica: nel rispetto dei limiti sopra visti, la modifica del termine è generalmente ammessa per quando riguarda la posticipazione del termine, non invece per quanto riguarda la sua anticipazione. In quest'ultimo caso, infatti, la possibilità di produrre effetti di tipo costitutivo- positivo nel passato si scontra con la necessità di tutelare i terzi, e resta relegata a poche ipotesi legislativamente previste.

I limiti appena segnalati rivelano che la facoltà di modifica non dipende solo dalla volontà delle parti, ma è strettamente legata alle caratteristiche proprie del contratto, le quali, in alcuni casi, per ottenere il risultato che si vorrebbe raggiungere attraverso la modifica, impongono il ricorso ad un'altra strada,

che è quella di eliminare gli effetti già prodotti e di realizzarne di nuovi mediante un nuovo e diverso contratto.

A questo punto, la domanda che sorge spontanea è quella di chiedersi se questa operazione possa comportare una novazione. La risposta deve essere negativa, non tanto perché ritroviamo espressamente negato nel codice il ricorso alla novazione nel caso di apposizione o eliminazione di un termine, ma quanto piuttosto perché le modifiche del termine non comportano una modifica dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione.

Si può quindi notare che la modifica del termine richiede, in alcune ipotesi, l'eliminazione e la costituzione di un nuovo rapporto, escludendo in ogni caso il ricorso alla novazione.

Il modificativo del termine conduce quindi al risultato di uscire dalla logica legata al binomio contratto modificativo/novazione, come se la modifica che non costituisce contratto modificativo debba necessariamente essere qualificata come novazione. Abbiamo infatti visto che la modifica del termine non sempre può essere realizzata attraverso un contratto modificativo, e i casi che ne vengono esclusi non rientrano automaticamente nell'ipotesi di novazione.

Si è così allargata la prospettiva d'indagine, mostrando che il risultato, cui conduce l'operazione di modifica, può essere ottenuto mediante il ricorso a strumenti diversi sia dal contratto modificativo sia dalla novazione. Si sono poste, così, le basi per un'analisi che abbia come obiettivo quello di individuare a quali tipi di modifiche sia legato il concetto di contratto modificativo.

L'eliminazione della condizione nei contratti

1. Il campo di indagine

Si prosegue lo studio della modifica degli elementi accidentali del contratto, spostando l'attenzione dal termine alla condizione. L'obiettivo dell'analisi resta il medesimo, ed è quello di indagare i margini dell'autonomia privata in materia di modifica dell'originario assetto contrattuale, cercando di capire se tale operazione di eliminazione della condizione possa essere realizzata attraverso lo strumento del contratto modificativo.

La rimozione della clausola condizionale verrà studiata come espressione della mutata volontà delle parti rispetto alla sorte e alla configurazione del contratto originariamente concluso, restando del tutto indipendente da valutazioni in merito all'equità del contratto: non si tratta quindi di una caducazione parziale del contratto come sanzione per la nullità della condizione, ma l'eliminazione della clausola condizionale, di cui tratteremo, trova origine proprio nell'autonomia delle parti di modificare l'assetto contrattuale originariamente predisposto.

L'oggetto di studio così individuato necessita di alcune ulteriori precisazioni.

Innanzitutto, sappiamo che la rimozione della clausola condizionale può essere realizzata nel periodo precedente o successivo al verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione²⁰⁵. Tali ipotesi non si differenziano solo per la diversa collocazione temporale rispetto allo stato di pendenza, ma configurano due diversi modi di intervento sul contratto: il primo, quello

²⁰⁵ Sulla scindibilità della condizione dal regolamento contrattuale si rinvia a (Petrelli, 2/2001) p. 169. Sul carattere di accidentalità della condizione: (Falzea, voce condizione, 1988); (Maiorca), (Rescigno, voce Condizione, 1961).

precedente all'accadimento dell'evento condizionale, agisce sul regolamento contrattuale, il secondo, quello successivo, opera sul rapporto.

La diversità tra le due figure si coglie se si pensa che la rimozione della condizione successivamente allo stato di pendenza è stata studiata con riferimento alla rinuncia alla condizione unilaterale, come possibilità, per la parte nel cui esclusivo interesse la condizione è stata posta, di non avvalersi delle conseguenze dell'avveramento o del mancamento dell'evento.

Si è scelto, così, di utilizzare il termine "eliminazione" della condizione, sia per distinguerla dalla rinuncia alla condizione unilaterale, sia per prendere le distanze dal tentativo di configurare la rimozione della condizione come rinuncia al "diritto a considerare sospesa l'operatività del negozio"²⁰⁶ o come una rinuncia al "diritto di avvalersi degli effetti della condizione"²⁰⁷: si crede, infatti, che l'eliminazione della condizione non costituisca una rinuncia ad un diritto, ma un atto di esercizio dell'autonomia privata, che opera un intervento sul regolamento negoziale.

L'oggetto dell'indagine è quindi l'atto di eliminazione della condizione di un contratto, durante il periodo di pendenza, quando ancora l'esito condizionale è incerto, e prenderà in considerazione la sola condizione bilaterale, posta fin dall'inizio nell'interesse di entrambe le parti, e che successivamente entrambe decidono di far venir meno.

Una seconda precisazione riguarda la scelta di limitare l'indagine a quel tipo di condizione, che "non arricchisce il contenuto"²⁰⁸ del regolamento contrattuale, e di conseguenza, la sua eliminazione non altera l'appartenenza allo schema negoziale tipico.

²⁰⁶ Per la trattazione della condizione unilaterale si richiamano (Costantini, 1970); (Villani, 1975); (Smiroldo, 1976); (Gabielli, 1991); (Carbone, 2/1993); (Gazzoni, 1994); (Carbone, 2/1993); (Guglielmo, 1993); (Dogliotti, 1993); (Catalano, 1993); (Carusi, 2000).

²⁰⁷ Si veda in proposito (Carusi, 2000) "Si è osservato altresì che il termine "rinuncia" non si adatta a questa attività di disposizione che in senso atecnico, posto che con quel termine si designa propriamente la dismissione di un diritto soggettivo". In tal senso anche (Villani, 1975) che afferma a p. 565 "La condizione, come clausola apposta al negozio, è un fatto storico rispetto al quale non ha senso parlare di rinunciabilità o meno". Si rinvia anche a (Smiroldo, 1976) p. 571 nota 29 "La rinuncia incidendo sulla rilevanza e cioè sugli effetti della condizione risolutiva verificatasi o della condizione sospensiva mancata, effetti che appunto, nel caso di condizione unilaterale, sono nella disponibilità del soggetto interessato." Conformemente anche (Guglielmo, 1993) p. 838 e p. 844.

²⁰⁸ Per la definizione di questo gruppo di ipotesi per le quali può "ritenersi superata la prova di resistenza consistente nello scindere dalla clausola condizionante la regola condizionata, per valutarne la compiutezza precettiva [...]" si legga (Amadio, 1996) p. 151 e p. 183 ss.

Si tralascia, invece, la condizione che interferisce con il contenuto degli interessi programmati, “introducendo interessi diversi da quelli deducibili dallo schema negoziale puro”²⁰⁹, e le promesse condizionate ad una controprestazione, rispetto alle quali è già stata messa in evidenza l’utilizzazione atipica del congegno condizionale, la cui eliminazione avrebbe come risultato una “regola residua che non è in grado di svolgersi in forma incondizionata”²¹⁰.

La prima parte del lavoro sarà dedicata allo studio dell’eliminazione della condizione nei contratti ad effetto traslativo, mentre la seconda si occuperà della medesima operazione nei contratti ad effetti obbligatori. Si è deciso di affrontare separatamente le due ipotesi, perché offrono la possibilità di studiare il diverso modo in cui l’apposizione della condizione si atteggia nell’uno e nell’altro tipo di contratto, comportando differenti conseguenze in termini di strumenti giuridici utilizzabili per realizzare l’eliminazione della clausola condizionale.

2. L’eliminazione della condizione nei contratti ad effetto traslativo

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

L’eliminazione della condizione costituisce un tentativo di controllare l’incertezza²¹¹ che connota l’evento condizionale, azzerando il rischio che esso non si verifichi, se la condizione è sospensiva, o viceversa, si verifichi,

²⁰⁹ Questa ipotesi di condizione è stata individuata nelle attribuzioni patrimoniali *ex uno latere* condizionate ad eventi direttamente connessi alla condotta dell’*accipiens*: per un adeguato sviluppo si rinvia a (Amadio, 1996) a p. 152 per gli esempi, e a p. 185 ss. per l’approfondimento; per un’ulteriore indagine sul tema si richiama (Amadio, 2005) p. 218 ss.

²¹⁰ Anche in tal caso è obbligatorio il rinvio a (Amadio, 1996), a p. 153 per le esemplificazioni di questa categoria di condizione, e a p. 191 ss. per la trattazione, dove si legge che “la condizione accede ad una regola che, per il suo tenore oggettivo, non appare causalmente fondata: il precetto ricavabile per sottrazione della clausola condizionale appare in sé inespressivo degli interessi in vista della cui realizzazione la prestazione viene pattuita”.

²¹¹ Per approfondire il carattere di incertezza che connota la condizione si rinvia a (Falzea, 1941), p. 169 ss.

se risolutiva. In tal modo, la volontà delle parti è nel senso di optare per la certezza che si producano gli effetti previsti dal contratto, rimuovendo in radice la possibilità che il negozio possa risolversi o restare improduttivo. Le parti mirano alla produzione degli effetti non tanto a prescindere dalla condizione, come potrebbe succedere nel caso in cui fosse un terzo ad adempiere, quanto piuttosto deliberatamente al di fuori del congegno condizionale.

Eliminare la condizione non vuol dire semplicemente rimuovere un elemento del contratto, ma significa porre una nuova regola, che esprime il raggiungimento di una definitività di interessi, che prima non c'era, e che non potrà essere ottenuto finché permane la condizione. Quest'ultima imprimeva nel regolamento originario la cifra della precarietà, portando con sé un assetto di interessi non definitivo, che era "*estensione della disciplina posta a tutela dell'esito incerto*"²¹². Cancellando la condizione, si interviene direttamente sul regolamento originario, con l'introduzione di una nuova regola, che si va a sostituire a quella precedente.

Si realizza, così, una modificazione della disciplina del negozio, che si può articolare in tre aspetti: a) il primo riguarda il profilo degli interessi; b) il secondo, il modo di configurarsi del diritto e delle relative posizioni giuridiche soggettive; c) il terzo attiene alla vicenda circolatoria.

- a) La decisione di subordinare l'efficacia del contratto alle sorti di un determinato evento deriva dall'esistenza, al momento della conclusione del contratto, di un assetto di interessi che si configura ancora mutevole e, come tale, viene riproposto nella fase –detta appunto– di pendenza, nell'attesa che sia l'evento stesso, con il suo verificarsi o mancare, a condurre le parti fuori dallo stato di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda. L'incertezza è duplice, perché riguarda non solo il verificarsi o meno dell'evento, ma anche il definitivo prodursi o mancare dell'effetto giuridico, che dall'evento stesso dipende.

La scelta di eliminare la condizione consente alle parti di ottenere la certezza in ordine all'esito finale della vicenda, rimuovendo ogni incognita relativa all'eventualità che il contratto non produca effetto. Questo risultato

²¹² Così, letteralmente, (Amadio, 1996) p. 399.

è possibile mediante l'eliminazione del nesso qualificato²¹³ che lega l'efficacia del contratto alla sorte dell'evento dedotto in condizione. L'evento, come fatto storico²¹⁴, si realizzerà oppure no, ma a tale circostanza non sarà più collegata nessuna conseguenza in termini di efficacia, traducendosi quindi in un giudizio di indifferenza rispetto alla sorte del contratto. In tal modo, l'originaria conformazione precaria degli interessi è sostituita da un nuovo assetto, improntato al carattere della definitività.

- b) La condizione modifica qualitativamente²¹⁵ il diritto oggetto del negozio condizionato, configurandolo in ragione della precarietà: la fase di pendenza si accompagna alle formule dell'"aspettativa" e del "diritto risolubile", mentre non trova spazio il diritto "pieno". Eliminando la condizione, si esce dalla logica della condizionalità, e si dà ingresso al diritto nella sua forma definitiva. Allo stesso modo, le parti non saranno più qualificate come titolare dell'aspettativa e del diritto risolubile, ma avranno la disponibilità del diritto "pieno".
- c) Da ultimo, l'eliminazione della condizione può essere vista come interruzione della sequenza condizionale anche per quanto riguarda la modalità di trasmissione del diritto. Il momento circolatorio assume dei tratti peculiari in presenza della condizione²¹⁶, tolta la quale sarà necessario

²¹³ Si veda, in proposito, (Amadio, 1996) p. 120: "[...]il ruolo tipico del condizionamento consiste nell'instaurare un rapporto qualificato tra l'operatività della regola negoziale e una determinata circostanza di fatto giudicata significativa in ordine all'Interessenlage disciplinata: rapporto di subordinazione (del prodursi o del venir meno) dell'efficacia negoziale a quella stessa circostanza)".

²¹⁴ In senso conforme si legge in (Maiorca) p. 274: "In nessun senso la condizione s'identifica con un <<fatto>> esterno al negozio: l'<<avvenimento futuro ed incerto>>, di cui parla il citato art. 1353, non può intendersi come <<condizione>>, se non in quanto previsto (dedotto) in una clausola che faccia dipendere dal (<<subordini>> al) suo verificarsi o non verificarsi <<l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto>>. L'evento, in sé, non è <<condizione>>, bensì mero riferimento fattuale della operatività della clausola: ciò che condiziona il negozio è l'evento dedotto nella clausola o, più propriamente, la clausola che deduce tale evento, agli effetti sopra menzionati".

²¹⁵ Si legge in (Amadio, 1996), p. 382 "Il trasferimento soggetto a condizione risolutiva non produce, sino all'esaurirsi della fase di pendenza, i propri effetti tipici e fondamentali, ma dà luogo ad effetti qualitativamente diversi rispetto al trasferimento incondizionato", più oltre, a p. 400 "se <<proprietà>> non è altro che un determinato schema di qualificazioni normative della condotta (quelle di cui agli artt. 832 ss.) questo schema non potrà dirsi operante <<in modo pieno ed esclusivo>>, durante la pendenza, nei confronti di nessuna delle due parti del negozio condizionato. Ma, piuttosto, diverranno applicabili schemi diversi (usualmente indicati dalle formule dell'aspettativa e del diritto risolubile>>, la cui peculiarità consiste nell'essere disposti in vista di una possibile modificazione futura".

²¹⁶ Si veda (Amadio, 1996) che precisa, a p. 392, che il condizionamento costituisce un elemento di specificazione della fattispecie, introdotto il quale "non potrà più ritenersi

individuare uno sviluppo della vicenda diverso da quello che ci sarebbe stato, se la condizione avesse fatto il suo corso.

Questi tre aspetti, ora brevemente tratteggiati, consentono di chiarire che l'eliminazione della condizione non incide direttamente sugli effetti del negozio condizionato, ma agisce sull'atto, modificando il regolamento originariamente predisposto. Il nuovo assetto ha caratteri propri e peculiari, e non può essere assimilato a quello che ci sarebbe stato, se il contratto fosse sorto *ab origine* come non condizionato²¹⁷.

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

Resta da affrontare il modo con cui è possibile realizzare questo risultato: si è preferito analizzare separatamente la condizione risolutiva da quella sospensiva, non perché si crede che i due tipi di condizione non possano essere ricondotti ad un modello unitario²¹⁸.

Si condivide infatti l'opinione di chi considera la posizione del venditore sotto condizione sospensiva analoga a quella del compratore sotto condizione risolutiva, e viceversa, quella dell'acquirente sotto condizione sospensiva analoga a quella del venditore sotto condizione risolutiva²¹⁹.

ascrivibile al soggetto lo stesso schema di qualificazione della condotta collegato alla fattispecie non specificata (al negozio incondizionato), ma piuttosto uno schema diverso, che presenta corrispondenti elementi di specificità”.

²¹⁷ La soluzione contraria è invece adottata da (Smiroldo, 1976), p. 571 “L'atto con il quale la parte dichiara di rinunciare alla condizione, *rectius*, al diritto di avvalersi degli effetti della condizione, comporta sostanzialmente la eliminazione della rilevanza giuridica della condizione, più esattamente la eliminazione di un limite alla normale operatività del contratto, che si considera come se sia stato stipulato puro e semplice. Tale annotazione ci appare fondata almeno nell'ipotesi in cui la rinuncia intervenga quando ancora l'esito della condizione è incerto”.

²¹⁸ Questa è l'impostazione di (Falzea, 1988) p. 4, che distingue condizione sospensiva e risolutiva sia sotto l'aspetto strutturale, sia sotto quello funzionale; per la tesi contraria, si richiama (Barbero, 1937).

²¹⁹ Si legga in proposito (Pelosi, 1975), p. 309 “Si è visto, cioè, che per effetto di un'alienazione subordinata a condizione sospensiva il diritto pieno dell'alienante si trasforma in un diritto risolubile del tutto uguale al diritto che spetta all'acquirente nel caso di alienazione subordinata a condizione risolutiva”.

Questa analogia è adatta a descrivere la situazione del venditore e del compratore dal punto di vista, per così dire, statico, ossia tenendo conto dei poteri e delle facoltà che ognuna delle parti ha a disposizione durante la fase di pendenza.

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

Nel caso di condizione sospensiva, infatti, il venditore, da una situazione di titolarità precaria, passa a perdere definitivamente il diritto; al contrario, il compratore sotto condizione risolutiva, vede la sua proprietà risolubile consolidarsi in un diritto “pieno”.

In modo speculare, il venditore sotto condizione risolutiva vede mancare definitivamente la sua aspettativa sul bene; mentre il compratore sotto condizione sospensiva si ritrova titolare del diritto.

E’ chiaro quindi che, considerando il momento del trasferimento del diritto in modo diacronico, dalla fase della pendenza a quella finale, si osserva un’evoluzione della vicenda di segno opposto, in capo a chi inizialmente si trovava in un’analogia posizione rispetto al bene.

Un’ultima indicazione di metodo riguarda il fatto che si è preferito analizzare il passaggio da un contratto condizionato a uno non più condizionato, concentrando l’attenzione sulla modalità di trasferimento del diritto e della sua sequenza evolutiva, piuttosto che impostare il problema sulla base della retroattività o irretroattività degli effetti dell’eliminazione della condizione.

In tal modo si dovrebbe evitare di cadere nella tentazione di considerare l’eliminazione della condizione come un’anticipazione del verificarsi (nel caso di condizione sospensiva) o del mancamento (nel caso della condizione risolutiva) dell’evento, ossia come se, tolta la condizione, l’efficacia del contratto retroagisse proprio secondo lo schema tipico della condizione²²⁰. Si crede, invece, che le parti, eliminando la condizione, abbiano voluto anche abbandonare la logica della condizionalità, e dar vita ad una fattispecie nuova, per cui, piuttosto di chiedersi se l’effetto della

²²⁰ Sulla retroattività della condizione, si rinvia a (Costanza, 1997), p. 122 ss.

cancellazione della condizione retroagisca oppure no, sembra più proficuo indagare che tipo di effetti siano stati prodotti fino a quel momento, e se questi possano mantenersi oppure no, alla luce del risultato finale cui mirano le parti.

3. L'eliminazione della condizione risolutiva nei contratti traslativi

Nella fase di pendenza, le parti di un contratto risultano titolari di posizioni precarie, e l'eliminazione della condizione manifesta l'intento di modificare qualitativamente²²¹ questa situazione di incertezza. Se prendiamo a modello un contratto di compravendita sotto condizione risolutiva, il raggiungimento di un assetto definitivo comporta per il compratore il passaggio dalla titolarità della proprietà risolubile, alla proprietà piena.

Il percorso che si intende seguire si concentra sull'analisi della vicenda circolatoria in atto, e precisamente sullo schema di trasferimento del diritto che si realizza a seguito dell'eliminazione della condizione risolutiva, all'interno di un contratto traslativo. Quello che abbiamo definito come il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta infatti uno schema di trasferimento del diritto del tutto peculiare, e ci si propone di analizzarne il funzionamento, partendo dallo studio di un'ipotesi, in cui questo schema si ripropone in modo sostanzialmente identico.

Al di fuori del caso di eliminazione della condizione risolutiva, è possibile individuare un analogo schema di trasferimento nel caso di mancamento della condizione risolutiva, in cui l'evento non si verifica, e di conseguenza la proprietà risolubile si consolida in proprietà definitiva in capo al compratore.

Prima di procedere, bisogna però rilevare che la somiglianza sopra segnalata non deve portare a sostenere che l'eliminazione della condizione equivalga al mancamento della condizione. L'impossibilità di identificare le due figure è dovuta al fatto che il mancamento della condizione rappresenta uno dei due possibili esiti cui conduce la sequenza condizionale: avveramento o mancamento della condizione si pongono infatti in alternativa tra loro come normali risultati cui dà luogo l'apposizione della condizione.

²²¹ Si veda (Amadio, 1996) p. 382.

L'eliminazione della condizione, invece, si pone in posizione di rottura rispetto all'ordinario sviluppo della vicenda condizionale: non è un esito che deriva dal regolare svolgimento della condizione, non solo perché è indipendente dal verificarsi o meno dell'evento, ma soprattutto perché trae origine da una volontà nuova e diversa da quella che inizialmente aveva portato le parti a concludere il contratto condizionato.

Tenendo presente questa differenza, si procederà all'analisi del mancamento della condizione, perché offre uno schema già noto di passaggio da una situazione precaria a una definitiva, utile per capire se sia possibile seguire un modello analogo anche nel caso di eliminazione della condizione. La possibilità di ricondurre l'eliminazione della condizione all'ipotesi di mancamento della condizione assume importanza per stabilire se l'eliminazione della condizione costituisca un modello autonomo di trasferimento del diritto, capace di condurre le parti a raggiungere una situazione di titolarità piena, oppure se sia necessario il ricorso ad altri strumenti giuridici per uscire dalla precarietà e ottenere gli effetti definitivi cui mirano le parti.

L'oggetto di questa prima parte dell'indagine riguarda il modo in cui si realizza il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena, nel caso di mancamento della condizione risolutiva: sappiamo infatti che, se l'evento condizionale non si verifica, si determina in capo al compratore la proprietà piena.

Questo fenomeno è stato spesso spiegato sostenendo che il diritto risolubile si "consolida" o si "trasforma" in proprietà piena, ma l'utilizzo di questi termini tradisce un significato più profondo, perché vuol dire interpretare il raggiungimento di una situazione definitiva come lo sviluppo di un'evoluzione dello stesso diritto di proprietà, che si espande o si comprime, a seconda delle sorti dell'evento dedotto in condizione²²². Tale prospettiva si concentra sul diritto di proprietà e sulle sue caratteristiche, perché attribuisce alla condizione il ruolo di imprimere al diritto di proprietà

²²² Il riferimento è a (Pelosi, 1975), che interpreta il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena in termini di affinità con i diritti reali su cosa altrui: si legga p. 448, dove afferma che non è consentito "configurare il subentrare del titolare dell'aspettativa (avveratasi con la condizione) al titolare della "proprietà risolubile" come una successione nel diritto di proprietà: realizzandosi, invece, sotto questo aspetto un fenomeno analogo a quello che si verifica allorché la nuda proprietà si "riespande" in seguito all'estinzione di un diritto reale su cosa altrui, di cui sia gravata."

un'attitudine particolare, dandogli appunto la conformazione di "proprietà risolubile", e lasciando poi che la proprietà si trasformi per forza propria²²³. Così facendo, di fatto, si attribuisce alla proprietà risolubile quel carattere di elasticità che è uno dei tratti più tipici del diritto di proprietà in senso tecnico²²⁴, risultando persino contraddittorio rispetto all'intento di riguadagnare la distanza della proprietà risolubile dalla proprietà.

La teoria appena richiamata non convince, perché interpreta la proprietà risolubile come un particolare modo d'essere o di atteggiarsi del diritto, sostenendo che *“venendo a mancare la condizione, il diritto del proprietario interinale si trasforma in proprietà tout court indipendentemente da un atto di disposizione (o da un ulteriore atto di disposizione) del titolare della aspettativa e indipendentemente anche da un'ulteriore manifestazione di volontà del proprietario interinale: quel diritto, dunque, si trasforma in proprietà per forza propria, in virtù di un'attitudine impressagli già con il negozio da cui trae origine. E in tal guisa si realizza un fenomeno per definizione estraneo alla figura dei diritti reali su cosa altrui”*²²⁵.

Il fatto che basti l'unica volontà, espressa in sede di conclusione del contratto, a consentire il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena, è interpretato da questa teoria come conferma che non sia necessaria la volontà delle parti a realizzare la trasformazione del diritto: se così fosse, però, questo vorrebbe dire considerare la proprietà come un'entità che vive di vita propria, come se, una volta impressa la volontà iniziale, poi, per così dire, faccia tutto da sé.

Per questo motivo, ci si intende allontanare dalla teoria sopra esposta, per intraprendere una strada diversa: il tentativo che si vuole proporre è quello

²²³ Per chiarire questa impostazione, si veda (Pelosi, 1975) p. 310 e 312, che, con riferimento alla condizione risolutiva afferma che “Questa non ha, anzitutto, un effetto estintivo in ordine al diritto dell'acquirente, la cui cessazione, in seguito all'avveramento, dipende da un'intrinseca modalità cronologica del suo contenuto; né tanto meno essa ha un'efficacia costitutiva diretta a far riacquistare il diritto dell'alienante, posto che il consolidarsi del diritto <<pieno>> in capo all'alienante, al momento dell'avveramento, è giustificato dall'aspettativa a lui riservata fin dalla stipulazione del negozio”.

²²⁴ Sulla capacità di compressione e di espansione del diritto di proprietà si rimanda a (Pugliatti, 1938), p. 5, che definisce l'elasticità “uno dei caratteri distintivi del diritto di proprietà”.

²²⁵ Così, letteralmente, in (Pelosi, 1975), p. 449.

di cambiare prospettiva, spostandosi dal piano della proprietà a quello del contratto.

Il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena, a seguito del mancamento della condizione, può essere interpretato non tanto come una trasformazione dello stesso diritto di proprietà, ma piuttosto come un trasferimento particolare, e in quest'ottica si vuole proporre un'ipotesi ricostruttiva²²⁶.

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

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

Il tratto distintivo consiste invece nel fatto di consentire il trasferimento della proprietà piena di un bene, del quale è già stata trasmessa la proprietà risolubile. Se ricostruiamo l'intera vicenda condizionale in termini di

²²⁶ Il tema della modalità di trasferimento del diritto nei contratti ad effetto traslativo è segnalato, tra gli altri, da (Di Prisco, 1979), che in proposito afferma a p. 130 "Il problema teorico importante in tale prospettiva riguarda lo schema legale del trasferimento della proprietà ed in tal senso si può dire che la tipicità riferita al contenuto della situazione non involge quella relativa allo schema dell'atto e quindi dello strumento negoziale in concreto utilizzato".

trasferimento del diritto, possiamo individuare il susseguirsi di due momenti traslativi:

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

L'ipotesi ricostruttiva che si propone interpreta il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena come il risultato di un trasferimento particolare, che si realizza in due momenti, in forza dell'iniziale manifestazione di volontà, espressa in sede di conclusione del contratto condizionato e senza necessità di conferme successive²²⁷. Questa singolare modalità di trasferimento del diritto trae origine dall'apposizione della condizione, per cui è il meccanismo condizionale che, fin dall'inizio, predispose il contratto in modo tale da trasferire il diritto in due momenti successivi. In quest'ottica, si sposta il baricentro sul modo in cui avviene il trasferimento del diritto, evitando così di attribuire alla proprietà la capacità di evolversi e di trasformarsi per forza propria.

A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che finisce per considerare come condizionato solo il secondo trasferimento, mentre il primo, quello della proprietà risolubile, avviene subito al momento della conclusione del contratto.

Una simile obiezione non trova spazio, dal momento che la suddivisione della vicenda circolatoria in due momenti è consentita solo all'interno del meccanismo condizionale, per cui entrambi i trasferimenti sono permeati dalla condizionalità.

²²⁷ Questa ipotesi ricostruttiva, che si incentra sull'importanza del trasferimento, potrebbe essere una chiave interpretativa attraverso la quale leggere anche i casi di vendita con patto di riscatto e di vendita con riserva della proprietà: essi potrebbero costituire, infatti, schemi tipizzati di passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena. D'altra parte, questi due tipi di vendita sono visti come negozi subordinati a condizione risolutiva: nella vendita con riserva della proprietà "il ruolo di << condizione risolutiva >> sarebbe svolto [...] dall'inadempimento del compratore" (Pelosi, 1975) p. 197; mentre la vendita con patto di riscatto sarebbe un negozio subordinato a condizione risolutiva potestativa. In entrambi i casi, quindi, si attribuisce inizialmente al compratore la sola proprietà risolubile: si veda (Pelosi, 1975) p. 195, che con riferimento alla vendita con riserva della proprietà afferma che "al compratore spetti, fin dalla stipulazione del contratto, una "proprietà risolubile", derivante, cioè, da un negozio a cui si applica, sia pur solo per analogia, la disciplina della condizione risolutiva"; mentre, per la vendita con patto di riscatto, sostiene che "configura un'ipotesi particolare di proprietà risolubile" (p. 367).

Il primo trasferimento, quello della proprietà risolubile, trova la sua ragion d'essere nella possibilità che si realizzi un secondo trasferimento, che è quello della piena proprietà: questi due momenti sono separabili solo idealmente, perché restano legati l'uno all'altro dalla condizionalità. E' infatti il meccanismo condizionale che rende possibile il trasferimento della proprietà in due momenti, ma non sarebbe corretto applicare questo meccanismo al di fuori della condizione.

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

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

La ragione per cui, nella ricostruzione proposta, si è attribuita importanza alla modalità in cui avviene il trasferimento, a scapito invece di una visione

che dia rilevanza al modo di conformarsi del diritto di proprietà, trova conferma nel fatto che la stessa proprietà risolubile è una figura che, come si cercherà di dimostrare, ha più affinità con la logica del contratto che con quella della proprietà e degli altri diritti reali.

E' stato affermato che "la proprietà risolubile si sottrae a un inquadramento nei rigidi schemi tradizionali e va collocata nell'ambito di una zona intermedia tra il paradigma della proprietà, di cui agli artt. 832 ss. c.c., e i diritti reali su cosa altrui"²²⁸. Si concorda con chi ritiene che la proprietà risolubile costituisca una distinta situazione giuridica rispetto alla proprietà piena, essendo fornite di un differente apparato di limitazioni e facoltà; si è d'accordo anche con il considerarla come una posizione di diritto reale, di appartenenza, opinione che si giustifica se si pensa alla facoltà di esercizio del diritto in capo al suo titolare.

Nonostante queste premesse, si crede, tuttavia, che la proprietà risolubile non costituisca una posizione intermedia tra proprietà e diritti reali, ma sia intrinsecamente legata al contratto.

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

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

²²⁸ Si veda (Pelosi, 1975) p. 440.

Se questi sono i caratteri del diritto risolubile, si conferma, nel caso di mancamento della condizione, lo sviluppo di una vicenda interna che segue le regole particolari dettate dal congegno condizionale. La conclusione che abbiamo raggiunto ci consente di affermare che, all'interno del meccanismo condizionale, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena si realizza mediante uno schema di trasferimento del diritto, che trova nella stessa apposizione della condizione la ragione della sua peculiarità.

Si tratta ora di capire se, anche in caso di eliminazione della condizione, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena possa svolgersi in maniera analoga a quanto avviene in ipotesi di mancamento della condizione.

La tesi che si propone ritiene che il mancamento della condizione, pur consentendo il passaggio dalla titolarità precaria a quella definitiva, costituisca, però, uno schema di trasferimento del diritto dotato di caratteristiche proprie, legate all'esistenza della clausola condizionale, e perciò non possa essere riproposto come modello per l'ipotesi di eliminazione della condizione, che invece si distingue per la volontà di uscire dalla logica della condizionalità. Si cercherà di dimostrare questa posizione attraverso tre distinti profili.

a) La conformazione del diritto e la sua dipendenza dalla condizione

La conformazione, che il diritto di proprietà assume nella fase di pendenza, è strettamente legata all'esistenza della clausola condizionale, trovando nella stessa condizione la sua unica possibilità di esplicarsi.

Questa tesi è valida anche se proviamo ad assumere la prospettiva che abbiamo in precedenza contestato, ossia quella che interpreta il passaggio dalla titolarità precaria a quella piena non come un trasferimento, ma come una trasformazione, giustificata in base a quella particolare modalità impressa al diritto dall'apposizione della condizione. Se, in base a tale tesi, si ritiene che la condizione faccia assumere al diritto uno specifico modo d'essere, che lo rende in grado di espandersi o di estinguersi, allora, per essere coerenti, si dovrebbe concludere che tale atteggiamento del diritto non possa trovare possibilità di manifestarsi al di fuori del meccanismo condizionale.

Non si concorda, invece, con l'affermazione per cui "*posto che la <<proprietà risolubile>> reca in sé la capacità di trasformarsi in proprietà definitiva nel caso di deficienza della condizione, non ci sembra vi siano difficoltà ad ammettere che codesta trasformazione si verifichi anche quando l'aspettativa venga ad estinguersi indipendentemente dalla deficienza della condizione*"²²⁹.

Si tratta infatti di osservare che la condizione può venir meno per varie ragioni, ma un conto è che la condizione manchi perché l'evento non si sia verificato, un altro conto è che la condizione venga meno perché sono le parti che l'hanno eliminata, cancellando la clausola condizionale.

In base alla tesi qui sostenuta, si crede che mancamento ed eliminazione della condizione siano due fattispecie diverse, e che "*la capacità di trasformarsi in proprietà definitiva*" sia ammissibile solo se intesa come una particolare modalità di trasferimento del diritto, che è possibile adottare soltanto rimanendo all'interno dello schema della condizione, tolta la quale, non sarà più possibile utilizzare uno schema analogo. D'altra parte, sembrerebbe contraddittorio ritenere che "*la capacità di trasformarsi in proprietà definitiva*" sia una modalità intrinseca impressa dalla condizione, e poi considerare comunque questo schema applicabile anche al di fuori del congegno condizionale.

b) Gli interessi delle parti e l'abbandono della precarietà

L'eliminazione della condizione mette in evidenza l'insufficienza dei concetti di proprietà risolubile e di aspettativa per descrivere la nuova situazione in cui si trovano le parti.

Aspettativa e proprietà risolubile nascono per tutelare le pretese contrapposte di venditore e compratore in un contesto di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda. Al di fuori di questo contesto di incertezza, non ha più senso fare riferimento alle figure della proprietà risolubile e dell'aspettativa, perché è venuta meno la situazione di precarietà rispetto alla quale esse fornivano tutela.

La condizione è eliminata non perché è mancato l'evento, ma perché le parti hanno deciso di cancellare la clausola condizionale dal contratto,

²²⁹ Così si legge in (Pelosi, 1975) p. 446.

esprimendo in tal modo una volontà forte, che è quella di porre fine all'incertezza e di abbandonare i meccanismi propri della condizionalità, che andavano bene quando ancora la situazione era precaria, ma non sono più adatti a descrivere un assetto di interessi che si impone come definitivo. Aspettativa e proprietà risolubile erano giustificate dall'esistenza della condizione, che aveva legato l'efficacia del contratto alle sorti di un evento individuato dalle parti. Eliminata la condizione, però, non sarà più possibile applicare questo schema, perché cade il presupposto su cui si fondava: ossia all'evento viene tolta la possibilità di influire sull'efficacia del contratto. Non si lascerà, perciò, che aspettativa e diritto risolubile seguano il proprio corso, aspettando che la sequenza condizionale si sviluppi a seconda che l'evento si verifichi oppure no. Tale svolgimento era conforme al precedente programma negoziale, ma quest'ultimo è venuto meno con l'eliminazione della condizione, che ha introdotto un nuovo regolamento e ha disapplicato la disciplina della condizione, in favore di uno schema nuovo.

Emerge quindi con chiarezza la necessità che l'eliminazione della condizione segua uno sviluppo diverso da quello che la vicenda avrebbe avuto, se fosse mancato l'evento dedotto in condizione, riaffermando, anche in base a questo profilo, la distanza tra eliminazione e mancato della condizione.

c) L'unitarietà del contratto e il raggiungimento di effetti definitivi

La possibilità di utilizzare lo schema di trasferimento proprio della condizionalità nel caso di eliminazione della condizione è compromessa dal fatto che, all'interno del congegno condizionale, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena si realizza con un unico contratto e un'unica manifestazione di consenso²³⁰.

²³⁰ Ribadisce la natura unitaria del contratto condizionato anche (Pelosi, 1975), p. 312, secondo il quale "D'altra parte, respinta la tesi che, nel tentativo di spiegare la nascita e la successiva eventuale risoluzione degli effetti, ravvisa nel negozio risolutivamente condizionato due distinti, seppur collegati, atti di autonomia privata, si profila inevitabile la conclusione che, se unitaria è la fattispecie che dà vita al negozio sotto condizione risolutiva, unitaria dev'essere altresì la natura degli effetti che da quel negozio discendono: come non sussiste, accanto alla fattispecie costitutiva, una distinta fattispecie estintivo-costitutiva, così non vi sono due ordini di effetti, costitutivi gli uni, ed estintivo-costitutivi gli altri, ma solo degli effetti costitutivi di contenuto più limitato rispetto agli effetti "puri", che, a differenza di questi ultimi, da un lato recano in sé la ragione stessa della loro cessazione, e cioè sono intrinsecamente soggetti all'eventualità di cessare, dall'altro lato, e

Una volta eliminata la condizione, però, non sarà più possibile ottenere degli effetti definitivi, restando al contempo all'interno dell'originario contratto e mantenendone l'unitarietà. Si raggiunge questa medesima conclusione anche adottando delle diverse ricostruzioni di come possano realizzarsi gli effetti definitivi, dopo che è stata eliminata la condizione risolutiva.

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

Si raggiunge la stessa conclusione anche ammettendo che l'eliminazione della condizione faccia risorgere la piena proprietà in capo al venditore, e che, in modo corrispondente, si esaurisca il diritto risolubile del compratore: si deve riconoscere, anche in tal caso, la necessità di un atto che renda possibile la trasmissione del diritto definitivo al compratore, occorrendo, quindi, un'ulteriore manifestazione di consenso.

I tre profili appena analizzati hanno fatto emergere la distanza tra l'ipotesi di mancamento e quella di eliminazione della condizione: la somiglianza tra le due figure si riduce al fatto che, in entrambe, da una iniziale situazione di proprietà precaria, si arriva al risultato di raggiungere la piena proprietà, ma si deve segnalare il diverso modo in cui si realizza questo passaggio.

Nel caso di mancamento della condizione, infatti, lo schema di trasferimento della proprietà dipende dal permanere della clausola condizionale, essendo infatti il mancamento della condizione uno degli esiti cui conduce l'evolversi della sequenza condizionale. Nel caso di eliminazione della condizione, invece, le parti vogliono abbandonare la logica della condizionalità, per cui non sarà più possibile ricorrere allo

correlativamente, proprio perché limitati rispetto agli effetti del negozio "puro", lasciano in vita in capo all'alienante una situazione giuridica di "aspettativa", idonea per il suo contenuto intrinseco ad attribuire il diritto "pieno" all'alienante in concomitanza con la cessazione degli effetti creatisi in capo all'acquirente e cioè in concomitanza con l'avveramento della condizione risolutiva." In tal senso anche (Di Prisco, 1979), p. 135 "Nel codice sono disciplinate varie ipotesi nelle quali il trasferimento si verifica automaticamente, senza bisogno di un ulteriore atto traslativo e per effetto del consenso originariamente manifestato: si pensi alle ipotesi dei negozi sospensivamente o risolutivamente condizionati o ad alcune figure di vendita c.d. obbligatoria, nelle quali il contratto si pone come strumento per la realizzazione dell'effetto traslativo che si verifica però in un momento successivo, quando si realizza un evento ulteriore". Si veda anche (Falzea, 1941), p. 238.

schema di trasferimento del diritto che si sarebbe applicato in caso di mantenimento della clausola condizionale.

La conclusione così raggiunta è quella di riconoscere l'impossibilità di ricondurre l'ipotesi di eliminazione della condizione a quella di mancamento, per cui si rende necessario individuare lo schema giuridico idoneo a rappresentarla.

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

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

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

Non si tratta nemmeno di paragonare un contratto di compravendita condizionato, con un altro contratto di compravendita, avente il medesimo oggetto e tra le stesse parti, ma privo della clausola condizionale: una simile

operazione non porterebbe ad altro risultato, se non quello di mettere in evidenza il carattere di accessorietà della condizione, così come viene normalmente inteso, ossia si limiterebbe a segnalare che l'apposizione della condizione non altera il tipo contrattuale, perché il contratto condizionato è ugualmente riconoscibile come quel tipo di contratto, sia che abbia, sia che non abbia la condizione. Si deve, invece, considerare che l'eliminazione della condizione non ripristina il contratto come se fosse sorto puro fin dall'inizio, ma porta ad ottenere un contratto – non – più – condizionato, che si caratterizza per la fase dinamica di passaggio da un assetto di interessi precari ad uno definitivo.

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

La tesi che si sostiene ritiene che l'atto di eliminazione della condizione si limiti a rimuovere la clausola condizionale, ma lasci persistere un contratto che, così decurtato, non sia più in grado di produrre gli effetti definitivi, che erano legati al verificarsi o al mancato verificarsi dell'evento dedotto in condizione. Gli unici effetti che il contratto potrebbe continuare a produrre sarebbero di identica natura rispetto a quelli prodotti fino all'eliminazione della condizione, ossia sarebbero proprio quegli effetti precari, che le parti vorrebbero eliminare insieme alla condizione.

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

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

decisione delle parti di scegliere la formula del contratto condizionato per il conseguimento dei loro interessi.

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

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

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

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

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

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

Al termine di questa analisi, possiamo quindi concludere che l'operazione di eliminazione della condizione non è sufficiente a produrre gli effetti

definitivi cui mirano le parti, ma, per consentire al compratore di raggiungere una situazione di titolarità piena, sarà necessario ricorrere ad un ulteriore trasferimento. Quest'ultimo si rende necessario per il fatto che il contratto originario, dopo essere stato privato della clausola condizionale, non è più in grado di completare il trasferimento del diritto nella sua forma piena, come sarebbe avvenuto se, ad esempio, non si fosse verificato l'evento e la condizione risolutiva fosse quindi mancata. Tale particolare modalità di trasmissione del diritto, che consente il passaggio della proprietà in due momenti, non costituisce uno schema generale di trasferimento della proprietà, ma è intrinsecamente legato all'esistenza della condizione, trovando applicazione solo là dove la vicenda condizionale possa seguire il proprio corso, dando come esito il mancamento o il verificarsi dell'evento. Eliminando la condizione, le parti hanno invece deciso di abbandonare la logica e gli schemi che regolano il contratto condizionato, per cui il contratto, così decurtato della condizione, non sarà più in grado di produrre effetti. Sarebbe, quindi, inutile intervenire sul contratto originario attraverso un atto modificativo, che presuppone invece la capacità del regolamento iniziale di costituire la fonte di ogni ulteriore effetto. La produzione degli effetti sarà quindi affidata ad un nuovo trasferimento, che consentirà alle parti di raggiungere una situazione di titolarità definitiva.

Un'ultima osservazione riguarda il fatto che, adottando una prospettiva che privilegia il momento circolatorio e il suo modo di realizzarsi, non è stato necessario impostare l'indagine in termini di retroattività o irretroattività degli effetti dell'eliminazione della condizione. Se ora, in conclusione, si vuole assecondare questa impostazione, possiamo affermare che, a seguito dell'eliminazione della condizione, gli effetti definitivi verranno prodotti dal nuovo atto di trasferimento, e non potranno che essere irretroattivi. Anche da questo punto di vista si conferma la distanza con il caso di mancamento della condizione, che opera invece con effetto retroattivo²³¹, secondo la disciplina dell'art. 1360 c.c. .

²³¹ Si veda (Bianca, Il contratto, 2000) p. 561 "La regola della retroattività riguarda anche il non avveramento della condizione. Se non si avvera la condizione il contratto è considerato definitivamente inefficace fin dal momento della sua stipulazione. D'altro canto, il non avverarsi della condizione risolutiva comporta la definitiva efficacia del contratto".

D'altra parte, in termini di rischi, è giusto che le parti, che decidono di neutralizzare la probabilità che il contratto resti improduttivo, rinuncino alla *chance* offerta dalla disciplina condizionale, preferendo degli effetti sicuri che operano da un certo momento in poi, piuttosto che sperare in un effetto retroattivo che potrebbe non realizzarsi mai.

5. L'eliminazione della condizione sospensiva

La decisione di eliminare la clausola condizionale esprime la volontà di modificare la disciplina impressa originariamente al negozio, sia in caso di condizione risolutiva, sia in caso di condizione sospensiva. Anche in quest'ultima ipotesi, l'eliminazione della condizione è da interpretare come volontà di azzerare il rischio che il negozio possa rimanere improduttivo, optando per la realizzazione degli effetti al di fuori del meccanismo condizionale. In tal modo, si esce dal contesto di precarietà proprio della fase di pendenza, e si stabilisce un nuovo assetto caratterizzato da interessi definitivi.

Si tratta quindi di capire come avviene il passaggio dalla fase di precarietà a quella definitiva, una volta eliminata la condizione sospensiva in un contratto ad effetti traslativi: su questo passaggio si misura infatti la possibilità di configurare l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo oppure come un diverso atto negoziale.

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

Come per il caso di eliminazione della condizione risolutiva, si prosegue l'analisi concentrando l'attenzione sullo schema di trasferimento del diritto che si realizza in caso di eliminazione della condizione sospensiva.

Fin da subito, si rileva che le riflessioni espresse in materia di condizione risolutiva non possono essere adottate per l'analisi della condizione sospensiva, perché, nella fase di pendenza, le parti assumono una diversa posizione rispetto al bene. In via generale, possiamo affermare che, in caso di condizione sospensiva, la produzione degli effetti si realizza se la condizione si verifica, mentre il contratto resta improduttivo se viene a mancare la condizione. In particolare, la verifica della condizione sospensiva²³² annessa ad un contratto di compravendita offre un esempio di come il compratore passi, da un'iniziale condizione di aspettativa²³³, alla proprietà piena, in seguito al verificarsi dell'evento.

Questo schema di trasferimento del diritto si differenzia da quello operante nel caso di mancamento della condizione risolutiva, nel quale abbiamo individuato due distinti momenti che scandiscono il processo di trasmissione della proprietà: in una prima fase, si può riconoscere il trasferimento al compratore della proprietà risolvibile, in una seconda fase, il passaggio della piena proprietà, realizzati entrambi in forza di un'unica, iniziale, manifestazione di volontà.

Un modello analogo non è replicabile nel caso di condizione sospensiva, dove non è possibile scomporre idealmente in due momenti la trasmissione

²³² Il contrario caso del mancamento della condizione sospensiva produce l'inefficacia definitiva del negozio, come osserva (Scognamiglio, 1962).

²³³ Per il concetto di aspettativa si rimanda a (Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1939), p. 302 e 303 “[...] per aspettativa può intendersi solo un *quid* che sorge durante il processo di formazione della fattispecie. Tutto ciò che cronologicamente sta prima e dopo non rientra nel concetto di aspettativa.” Si vedano anche (Cariota Ferrara, 1945); (Scognamiglio, 1958); (Perlingieri, 1962); (De Fina, 1968); in particolare, (Barbero, *Condizione*, 1959) p. 1104: “Se la condizione è sospensiva, non essendosi ancora realizzato l'evento reso decisivo per la produzione degli effetti negoziali, questi effetti sono appunto quelli che rimangono sospesi: il che vuol dire che non sono ancora una realtà, ma tuttavia devono considerarsi una possibilità.[...]Dal fatto peraltro che debba considerarsi una possibilità deriva la necessità di una sua tutela: la possibilità crea un'aspettativa che non può essere lasciata in balia delle parti, ma deve essere presa sotto la protezione della legge perché non sia impunemente frustrata a danno della parte (e nei contratti possono essere entrambe) che ha interesse al suo realizzarsi. Il contenuto di questa aspettativa valutato in termini giuridici si esprime sostanzialmente in una serie di effetti giuridici, che non potendo essere gli effetti *negoziali*, cioè perseguiti dalle parti e indirizzati dalla legge a realizzare il loro intento, rientrano nella sfera di quelli che la dottrina ha identificato come effetti *preliminari* del negozio giuridico: effetti caratterizzati dalla loro destinazione non a realizzare l'intento (che è ancora *sub condicione*) ma a conservarne la realizzabilità per l'ipotesi di avveramento dell'evento condizionante”; sempre sull'aspettativa si veda (Rescigno, voce *Condizione*, 1961) p. 797 “L'aspettativa è qualcosa di più di un mero potere di fatto e non è ancora il pieno diritto soggettivo. Con linguaggio immaginoso, ma di discutibile rigore, si parla di diritti in germe, di diritti embrionali, con riguardo alla fase di efficacia intermedia o intercalare o interimistica [...]”. Si rinvia anche a (Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, 1974), p. 643 ss.

della proprietà piena, ma questa si realizza in un'unica fase, coincidente con il verificarsi dell'evento. Durante la fase di pendenza della condizione sospensiva, il venditore non trasmette al compratore alcun diritto, mentre, in caso di condizione risolutiva, trasferisce la proprietà risolvibile.

Il motivo di questa distinzione risiede proprio nella diversa natura dell'aspettativa e della proprietà risolvibile, accomunate solo dal fatto di rappresentare situazioni di precarietà, in cui il compratore si trova a séguito di una vendita condizionata.

A differenza del diritto risolvibile, l'aspettativa esprime una relazione con il bene in termini non di appartenenza, ma di tutela²³⁴.

L'aspettativa non rappresenta un modo di essere del diritto di proprietà²³⁵, quanto piuttosto un modo di atteggiarsi del contraente in conseguenza della particolare configurazione del contratto, che è appunto il contratto condizionato: non è il diritto a costituire un'aspettativa, ma è il compratore ad essere in una posizione di aspettativa.

Ne deriva che non è attribuibile all'aspettativa un contenuto riconducibile al diritto di proprietà, come se fosse da collegare ad una situazione reale, ma è piuttosto da vedere come una conseguenza dell'aver stipulato un contratto condizionato, il quale, se è vero che non trasmette subito il diritto, deve comunque garantire alla controparte l'integrità di quel diritto durante la fase di pendenza, in vista della sua possibile attribuzione al compratore. L'aspettativa non costituisce quindi una relazione di appartenenza con il bene, ma esprime soltanto una posizione con facoltà limitate alla tutela del diritto oggetto del contratto, ossia alla tutela della posizione di una parte nei confronti dell'altra, quando il rapporto non ha ancora raggiunto un assetto definitivo, ma si trova in una fase soggetta a cambiamenti. Questa impostazione trova conferma nel fatto che l'acquirente sotto condizione sospensiva non ha un rapporto con il bene che gli consente di esercitare il

²³⁴ Si richiama (Gabrielli, 1974), p. 48 "Per aspettativa di diritto s'intende infatti, generalmente, la situazione giuridica, autonoma seppur strumentale, costituita dal complesso di effetti che l'ordinamento predispone a tutela del soggetto in cui favore viene maturando un diritto a séguito del progressivo svolgimento della fattispecie idonea ad introdurre un nuovo assetto definitivo di interessi".

²³⁵ In tal senso, anche (Pelosi, 1975) p. 237 "[...]verosimilmente va escluso che abbia natura di diritto reale di godimento la vera e propria "aspettativa".

diritto, ma può solo limitarsi al compimento di atti conservativi, secondo quanto previsto dall'art. 1356 c.c.

L'aspettativa rappresenta una forma di tutela del compratore in quanto contraente, non in quanto proprietario (visto che infatti non può ancora dirsi tale), e, come tale, si conferma intrinsecamente connessa al rapporto contrattuale.

Solo nell'ambito di un rapporto contrattuale ha senso parlare di aspettativa, cioè è possibile limitare l'esercizio del diritto della controparte, affinché questo sia esercitato dal proprietario secondo buona fede, nell'eventualità che si realizzi in concreto uno dei due possibili esiti, cui può portare il contratto condizionato. Se così è, allora si capisce che l'aspettativa non rientra nel contenuto del diritto di proprietà, e nemmeno è assimilabile alla generica facoltà del proprietario di tutelarsi nei confronti delle pretese da chiunque gli siano rivolte, ma è una posizione che si può esercitare nei confronti di quel soggetto determinato che è la controparte.

Si tratta quindi di una situazione che sorge in capo al compratore a séguito della conclusione del contratto condizionato, e non proviene da un trasferimento posto in essere dal venditore. L'aspettativa non viene trasmessa dal venditore al compratore, dal momento che, prima della stipulazione del contratto condizionato, non sussiste in capo al venditore una posizione analoga all'aspettativa, che egli possa trasferire ad altri.

A questa ricostruzione si potrebbe però obiettare che, in conseguenza di una vendita sospensivamente condizionata, il venditore rinuncia a qualcosa, dal momento che il compratore può legittimamente limitare le facoltà e i poteri del venditore, che è infatti tenuto a comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni di controparte (art. 1358 c.c.): si nega comunemente, ad esempio, che il venditore possa distruggere il bene, o comunque disporne con quell'ampiezza di poteri e facoltà di cui ancora godrebbe, se conservasse intatta la piena proprietà.

A questa obiezione si risponde osservando che le limitazioni imposte al venditore non sono dovute al fatto che egli si sia privato in qualche misura di quel diritto di proprietà, di cui in precedenza poteva vantare la piena titolarità, come se ne avesse trasmesso al compratore una parte coincidente all'aspettativa. Al contrario, si deve ritenere che le limitazioni del venditore

derivino dal contratto stesso di vendita, così come è stato previsto dalle parti: stipulando il contratto condizionato, il venditore si impegna a conservare integro il bene nell'eventualità che questo possa trasferirsi al compratore.

Si conferma quindi che l'aspettativa non è un *quid* esistente prima del contratto condizionato, come se fosse ricompreso nel diritto di proprietà, e di cui il proprietario si potesse privare, per trasmetterlo al compratore: prima del contratto condizionato, non esiste alcuna aspettativa, la quale sorgerà in capo al compratore solo a séguito della stipulazione.

Aver rilevato le differenze tra proprietà risolubile e aspettativa si rivela uno snodo fondamentale, perché tali differenze si riflettono direttamente sul diverso schema di trasferimento della proprietà, che si pone in essere in caso di condizione risolutiva e sospensiva.

Mentre la proprietà risolubile può infatti essere vista come un trasferimento della proprietà che si realizza in due momenti, non è invece possibile applicare lo stesso schema nel caso di aspettativa, che abbiamo invece ricostruito come una posizione non riconducibile al diritto di proprietà, e che sorge in capo al compratore in modo autonomo, senza che sia necessario un comportamento da parte del venditore.

In entrambi i tipi di condizione, il passaggio della proprietà avviene in forza di un'unica, iniziale, manifestazione di volontà, prestata al momento della conclusione del contratto condizionato, ma, in quest'aspetto, si esaurisce la somiglianza tra gli schemi di trasferimento del diritto, realizzati in sede di contratto sospensivamente e risolutivamente condizionato.

Nel caso di condizione risolutiva, possiamo infatti individuare un modello di trasmissione del diritto scandito in due momenti: il primo, coincidente con la fase di pendenza, che vede il trasferimento della proprietà risolubile; il secondo momento, che realizza il passaggio della piena proprietà, in coincidenza con il venir meno dell'evento.

Se, invece, il contratto è sospensivamente condizionato, si determina un unico trasferimento della proprietà piena, al momento del verificarsi dell'evento, mentre, nella precedente fase di pendenza, non si pone in essere alcun trasferimento del diritto.

Si può ulteriormente notare che lo schema di trasferimento del diritto, che avviene in sede di contratto sospensivamente condizionato, non subisce variazioni a seconda che gli effetti della condizione operino retroattivamente oppure no. Anche in caso di irretroattività della condizione, infatti, si ripropone identico il modello di successione della proprietà dal venditore al compratore in un unico passaggio.

Così individuati i caratteri dello schema di trasmissione del diritto, che si realizza in caso di verifica della condizione sospensiva, l'analisi prosegue con l'obiettivo di capire se tale modalità di trasferimento trovi nella condizione stessa la sua unica possibilità di esplicarsi. Si tratta infatti di stabilire se lo schema di trasmissione del diritto, proprio dell'avveramento della condizione sospensiva, possa essere applicato al caso in cui viene eliminata la clausola condizionale: cancellando la condizione, infatti, le parti mirano alla produzione di effetti definitivi e si rende quindi necessario determinare il modo in cui tali effetti possano essere realizzati. La possibilità di applicare anche al caso di eliminazione della condizione lo stesso schema di trasferimento, che opera in caso di verifica della condizione, dipenderà dal fatto che tale ultimo schema non sia strettamente legato alla permanenza della clausola condizionale.

La tesi che si propone ritiene possibile applicare all'eliminazione della condizione sospensiva lo stesso schema di trasferimento del diritto che opera in caso di verifica della condizione. La prova della correttezza di questa affermazione è data dal fatto che è possibile individuare uno schema di trasferimento del diritto, analogo a quello della verifica della condizione, in un contesto estraneo alla logica della condizionalità e, precisamente, nel contratto a termine iniziale. Si cercherà quindi di dimostrare che il contratto a termine iniziale presenta uno schema di trasferimento del diritto analogo a quello del contratto sospensivamente condizionato.

Si propone di seguito un parallelismo tra il contratto a termine e il contratto sospensivamente condizionato²³⁶ esclusivamente dal punto di vista dei

²³⁶ Il confronto tra condizione sospensiva e termine è svolto da numerosi autori con riguardo allo stato di aspettativa. In particolare, si richiama Rubino, p. 107 "Diciamo che gli effetti, i quali sorgono durante la pendenza di una condizione sospensiva o durante il decorso di un termine iniziale, sono effetti preliminari in senso tecnico (cioè effetti che si producono

meccanismi di trasmissione del diritto, senza coinvolgere altri aspetti e senza voler forzare il dato normativo nel tentativo di avvicinare le due figure, che mantengono notevoli differenze non riducibili ad unità: per tutte, si pensi, ad esempio, al differente operare del rischio nella fase di pendenza. Con questa precisazione, è possibile procedere all'indagine.

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

Queste identiche caratteristiche si ritrovano anche nel caso di contratto a termine iniziale, nel quale è la volontà stessa delle parti a programmare un contratto che abbia effetto dal sopraggiungere del termine in poi, mentre, per il periodo precedente, il compratore si trova in una fase di aspettativa del tutto simile a quella in cui si trova il compratore di una vendita sottoposta a condizione sospensiva. In entrambi i casi, al compratore è attribuita un'identica possibilità di tutelare la propria pretesa nei confronti del venditore nell'attesa che si verifichi, in un caso, l'evento, nell'altro caso, il decorso del termine.

Se identica è l'aspettativa, diversa è però la situazione di sospensione che dovrebbe costituire il presupposto per attribuire al compratore questi poteri di tutela, fintanto che il contratto non produca effetti. Mentre nel caso della condizione sospensiva, la fase di pendenza si caratterizza per essere una situazione di precarietà, ossia di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda; nel caso di contratto a termine, la fase di sospensione non è incerta, ma solo futura. Di fatto, però, la sospensione legittima in entrambi i casi il compratore (futuro, in un caso, e probabile, nell'altro) a porsi in un'identica

prima della nascita dell'effetto definitivo), e rientrano pertanto in una categoria unitaria con quegli effetti preliminari, che sorgono mentre ancora manchi un elemento tipico della fattispecie. Diciamo questo perché riteniamo che, tanto in un negozio sottoposto a condizione sospensiva quanto in un negozio sottoposto a termine iniziale, gli effetti definitivi sorgono solo al verificarsi della condizione o allo scadere del termine". Si veda ad esempio anche (Pelosi, 1975), p. 313, secondo il quale la clausola condizionale risolutiva e il relativo evento svolgono una funzione analoga al termine finale, in presenza del quale si producono degli effetti temporanei, che si risolveranno alla scadenza. In particolare, per l'aspettativa derivante dal negozio a termine si rimanda a (Gabrielli, 1974), p. 227 ss.

situazione di tutela rispetto al bene, la quale risulta motivata non tanto dall'incertezza del risultato finale, quanto piuttosto dall'esistenza di uno iato tra il momento della conclusione del contratto e quello del compimento degli effetti.

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

La conclusione così raggiunta ci permette di affermare che, anche in un contesto estraneo alla logica della condizionalità, come è appunto il contratto a termine iniziale, è possibile individuare uno schema di trasferimento del diritto del tutto analogo a quello che si realizza in caso di verifica della condizione sospensiva. Questa osservazione ci permette di dimostrare che lo schema di trasferimento che opera nel caso di verifica della condizione sospensiva non dipende dall'esistenza della clausola condizionale, e può quindi essere riprodotto anche al di fuori del meccanismo della condizione. Si sono in tal modo poste le basi per dimostrare che tale schema di trasferimento del diritto potrà essere applicato anche al caso di eliminazione della condizione sospensiva.

In un contratto sospensivamente condizionato, l'eliminazione della condizione interrompe la fase di pendenza, durante la quale è sospesa l'efficacia del contratto. Il diritto di proprietà non è stato ancora trasferito, ma è sorta in capo al compratore una posizione di aspettativa, del tutto analoga a quella che abbiamo visto esserci in capo al compratore di una vendita a termine iniziale. Poiché quindi il venditore ha ancora la piena proprietà del bene, questa potrà essere trasmessa al compratore, a séguito dell'eliminazione della condizione, che ostacolava l'immediata produzione degli effetti traslativi.

Lo schema di trasferimento che si viene a realizzare è quindi del tutto analogo a quello che avviene in caso di verifica della condizione sospensiva, perché, in entrambi i casi, 1) durante la fase di pendenza si crea solamente una posizione di aspettativa in capo al compratore; 2) il trasferimento del diritto è differito rispetto al perfezionamento del contratto; 3) il trasferimento della proprietà piena avviene in un unico momento, e non contempla il precedente passaggio della proprietà risolvibile.

Un ultimo elemento resta da analizzare, e riguarda la manifestazione di volontà, che, in caso di verifica della condizione, abbiamo visto essere unica, prestata al momento della conclusione del contratto, ed in grado di consentire il trasferimento del diritto in un periodo differito. Anche rispetto all'elemento della volontà, possiamo individuare un'analogia con quanto avviene in caso di verifica della condizione sospensiva. In caso di eliminazione della condizione, infatti, la volontà della parti si esprime nel senso di rimuovere l'elemento di incertezza rappresentato dalla stessa apposizione della condizione, mentre non è necessaria una nuova e ulteriore manifestazione di volontà per consentire la produzione degli effetti traslativi. Possiamo infatti osservare che il contratto sospensivamente condizionato è un contratto programmato per produrre effetti differiti rispetto alla sua conclusione, a partire dal momento in cui si pone fine alla precarietà e si raggiunge un assetto di interessi definitivo.

La rimozione della clausola condizionale comporta la fine dello stato di pendenza e, limitatamente a questo aspetto, parrebbe non esserci differenza se l'esaurirsi dell'incertezza sia determinato da un fatto (il verificarsi dell'evento) previsto nel contratto fin dall'inizio, oppure se venga meno a seguito di un altro fatto (l'eliminazione della condizione) non originariamente previsto dal contratto. In entrambi i casi, si arriva allo stesso risultato di eliminazione della precarietà, a seguito della quale il contratto potrà iniziare a produrre gli effetti, che sono stati sospesi durante la pendenza della condizione.

Alla luce di queste osservazioni possiamo quindi arrivare ad una duplice conclusione: la prima ci consente di affermare che l'ipotesi di eliminazione della condizione sospensiva segue uno schema di trasferimento del diritto

analogo a quello che opera in caso di verifica della condizione o – essendo lo stesso– in caso di contratto a termine.

La seconda conclusione che si ricava dall'analisi che abbiamo proposto riguarda il fatto che la realizzazione dell'effetto traslativo, a séguito dell'eliminazione della condizione, non necessita di nuove manifestazioni di volontà o di ulteriori atti di trasferimento, ma può essere posto in essere dall'originario contratto, seppur privato della clausola condizionale. Proprio sul fatto che sia il contratto iniziale a consentire la produzione degli effetti definitivi, si misura la possibilità di costruire l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo.

Abbiamo infatti visto che l'eliminazione della condizione non produce direttamente effetti traslativi, ma rende possibile la produzione degli effetti in modo indiretto, rimuovendo la clausola condizionale, che era un elemento impeditivo rispetto alla produzione degli effetti. L'atto traslativo trova la sua fonte nel contratto originario, che era stato fin dall'inizio programmato per produrre effetti in modo differito rispetto alla conclusione del contratto, e precisamente nel momento in cui sarebbe venuta meno la fase di incertezza. Se quindi la produzione degli effetti è da ricondurre al contratto originario, pur privato di un suo elemento, allora si può concludere che l'eliminazione della condizione agisce come un contratto modificativo, che altera la struttura contrattuale originaria con la rimozione di un elemento, ma lasciando al contratto originario la possibilità di produrre gli effetti finali voluti dalle parti²³⁷.

Rispetto a tale conclusione, si vuole prevenire una possibile obiezione, ponendo una precisazione con riguardo al caso di eliminazione della condizione risolutiva. Si potrebbe infatti dubitare del fatto che l'eliminazione della condizione, se sospensiva, possa essere realizzata con un contratto modificativo, mentre, se risolutiva, si debba ricorrere ad un altro contratto per la produzione degli effetti. In entrambi i casi, l'eliminazione della condizione produce il medesimo effetto di rimuovere

²³⁷ Nel senso di interpretare come modificativo la rinuncia alla condizione, si veda (Piras, 1948), p. 41 in nota, secondo il quale essa non dà luogo ad una estinzione, bensì ad una "modifica oggettiva qualitativa nel contenuto del rapporto o posizione giuridica in questione, mantenendosi questa in vita nonostante la detta vicenda".

l'incertezza e porre fine allo stato di precarietà. Si deve quindi chiarire da cosa dipenda il diverso esito cui giungono i due tipi di condizione.

Abbiamo visto che, nel caso di eliminazione della condizione risolutiva, non è data alle parti la possibilità di ricreare lo stesso schema previsto nell'ipotesi di mancamento della condizione, perché quest'ultimo realizza un doppio trasferimento, della proprietà risolubile, prima, e della piena proprietà, dopo, mantenendo, però, l'unicità del contratto. Eliminata la condizione, il contratto – non – più – condizionato si ritrova con il primo trasferimento già realizzato, ma necessita di porre in essere il secondo trasferimento per la produzione degli effetti definitivi, occorrendo, quindi, una nuova manifestazione di volontà, e pregiudicando così l'unità del contratto originario.

Nel caso di condizione risolutiva, secondo l'impostazione da noi proposta, è l'esistenza della condizione che predispone una particolare modalità di trasferimento del diritto, che si realizza in più momenti: tale caratteristica non è riproducibile al di fuori del meccanismo condizionale, ed è per questo che, senza la condizione, il trasferimento della piena proprietà richiede una nuova prestazione di consenso. Si compromette, così, definitivamente la possibilità di ricostruire la vicenda come un contratto modificativo, che dovrebbe, invece, consentire al contratto originario, seppur modificato, di produrre gli effetti definitivi voluti dalle parti.

Nel caso di eliminazione della condizione sospensiva è possibile, invece, riconoscere un contratto modificativo, perché è mantenuta l'unitarietà del contratto originario, che riesce comunque a costituire la fonte del momento traslativo, nonostante la rimozione della clausola condizionale. L'unitarietà del contratto è consentita dal fatto che si pone in essere un unico trasferimento della proprietà, al momento dell'eliminazione della condizione: durante la fase di pendenza, invece, sorge in capo al compratore una semplice aspettativa di acquisto. Il contratto sospensivamente condizionato è un contratto che è stato programmato per produrre effetti in modo differito, a partire dal momento in cui si esaurisce l'incertezza della fase di pendenza: l'eliminazione della condizione rimuove tale incertezza e consente al contratto originario di produrre gli effetti per il quale era stato concluso.

Il contratto– non– più– sospensivamente condizionato non si differenzia, quindi, dallo schema realizzato in caso di verifica della condizione sospensiva. Questo risultato non si contraddice con la volontà delle parti di uscire dalla logica della condizionalità, perché tale schema non è legato all'esistenza della condizione, ma è riproducibile anche al di fuori del meccanismo condizionale, essendo operante anche nel contratto a termine iniziale.

6. Il possibile operare retroattivo del contratto non più condizionato sospensivamente

Considerare il contratto originario, pur se modificato, la fonte degli effetti traslativi, consente di interrogarsi su un suo possibile agire retroattivo. Non si tratterebbe, infatti, di sostenere la retroattività della modifica: quest'ultima, abbiamo visto, comporta la sola eliminazione della condizione, la quale non può prodursi se non dal momento in cui è stata posta in essere. La modifica, invece, non realizza il trasferimento della proprietà, ma lo rende possibile in modo indiretto, rimuovendo un ostacolo alla produzione degli effetti.

Confermata, quindi, l'irretroattività della modifica, ci si domanda cosa impedisce al contratto di realizzare i suoi effetti retroattivamente. Se infatti la disciplina della condizione offre alle parti la possibilità di “regolare la pendenza secondo il criterio della retroattività”²³⁸, ci si chiede se questa possibilità venga compromessa a causa dell'eliminazione della condizione.

A favore dell'operare retroattivo del contratto risultante dalla modifica possiamo portare due argomenti. Il primo riguarda il fatto che la retroattività non troverebbe ostacolo nella situazione di pendenza, la quale è eliminata insieme alla clausola condizionale. Durante la fase di pendenza, il contratto resta inefficace e sorge in capo al compratore solo una situazione di aspettativa, che non comporta nessuna relazione di appartenenza con il bene, e non dovrebbe quindi impedire la retroazione degli effetti del contratto.

²³⁸ Così afferma (Gabrielli, 1974), a p. 85. Si rinvia anche a p. 83 “Non mi sembra invero da condividere l'opinione secondo la quale non sarebbe dato all'autonomia privata di disporre effetti retroattivi. Essa trova un fondamento sicuro solo nella misura in cui si richiama all'impossibilità di ammettere che agli autori di un negozio sia consentito di pregiudicare la sfera giuridica dei terzi[...]”.

Il secondo argomento a favore dell'operare retroattivo del contratto riguarda il fatto che lo schema di trasferimento del diritto, operante in caso di condizione sospensiva, non subisce variazioni a seconda che sia stata prevista la retroattività o meno degli effetti, perché, in entrambi i casi, il trasferimento si realizza attraverso un solo passaggio.

Di fatto, l'unica obiezione è quella di osservare che, se il contratto risultante dalla modifica producesse effetti retroattivi, allora non ci sarebbe nessuna differenza con l'ipotesi di verifica della condizione, che, ai sensi dell'art. 1360 c.c., dovrebbe di regola agire retroattivamente. Ci si domanda quindi se sia possibile ottenere, pur in assenza di condizione, gli stessi effetti che si sarebbero ottenuti in caso di verifica della condizione, oppure se l'eliminazione della condizione non esprima piuttosto l'intento di uscire dalla logica della condizionalità, ed entrare in uno schema nuovo, che vuole legare l'efficacia del contratto non alle sorti di un evento, ma alla volontà delle parti.

La retroattività degli effetti porterebbe, inoltre, ad una situazione identica a quella che ci sarebbe, se il contratto sorgesse puro fin dall'inizio, ma si nega la possibilità di recuperare un presunto contratto non condizionato *ab origine*, dal momento che questo non è mai stato concluso.

Al di là di queste ultime due considerazioni, l'ostacolo più importante alla retroattività del contratto è forse quello di consentire alle parti la possibilità di produrre effetti traslativi della proprietà con efficacia *ex tunc* al di fuori del congegno condizionale.

7. Il rapporto con i terzi e le conseguenze sugli atti compiuti dopo l'eliminazione della condizione

Da ultimo, rimane da chiarire come disciplinare gli atti di disposizione che siano compiuti dalle parti, successivamente all'eliminazione della condizione.

Non si pongono, invece, particolari problemi nel caso in cui gli atti di disposizione siano posti in essere nel periodo di pendenza: l'eliminazione della condizione non è ancora intervenuta, e quindi troverà applicazione la normale disciplina del contratto condizionato.

Per quanto riguarda la condizione sospensiva, abbiamo visto che l'eliminazione della condizione si comporta come un contratto modificativo, per cui gli effetti traslativi della proprietà sono prodotti subito dopo la rimozione della clausola condizionale, senza soluzione di continuità. In tal caso, non c'è uno iato, né temporale né giuridico, tra l'eliminazione della condizione e il prodursi degli effetti traslativi in capo al compratore. Quest'ultimo acquista subito la proprietà al momento dell'eliminazione della condizione, e non sarà possibile per il venditore trasferire ulteriormente ad altri la proprietà della cosa, che è già passata nella titolarità del primo compratore.

Nessun problema sorge, invece, nel caso sia stato l'acquirente a trasferire a terzi la propria posizione di aspettativa.

Anche per la condizione risolutiva si ripropone il problema degli atti di alienazione compiuti dal venditore successivamente all'eliminazione della clausola condizionale, ma tale ipotesi presenta maggiori difficoltà rispetto alla condizione sospensiva.

Nel caso di eliminazione della condizione risolutiva, infatti, abbiamo visto esserci uno iato tra l'eliminazione della condizione e il passaggio della proprietà in capo al compratore, che si realizza attraverso un ulteriore e successivo atto di trasferimento. Da un lato, la proprietà risolubile si esaurisce al momento dell'eliminazione della condizione, perché è venuta meno la precarietà; dall'altro lato, il contratto originario, che era stato programmato per realizzare uno schema di trasferimento del diritto del tutto particolare, vede definitivamente compromessa la possibilità di realizzare gli effetti traslativi in assenza della condizione. Il passaggio della proprietà piena in capo al compratore sarà quindi affidato ad un successivo contratto, dal contenuto identico al primo, ma non più condizionato: tra le more del secondo contratto, il venditore potrebbe trasferire la proprietà ad un terzo, e in tal caso troveranno applicazione le normali regole che disciplinano il conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore.

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

Le conclusioni raggiunte in merito all'eliminazione della condizione nei contratti ad effetti traslativi non possono essere applicate ai contratti ad effetti obbligatori.

Da un lato, il concetto di proprietà risolubile non è riferibile ai contratti che hanno ad oggetto prestazioni a carattere non traslativo; dall'altro lato, in questa tipologia di contratti, la stessa apposizione della condizione viene ad assumere un significato peculiare.

Se iniziamo l'analisi prendendo a modello la condizione risolutiva, si può notare che l'eliminazione della condizione andrebbe ad operare su un contratto che, durante la pendenza della condizione, non solo ha già prodotto effetti, ma ha visto il rapporto stesso ormai esaurirsi²³⁹. In caso di condizione risolutiva, infatti, se il contratto è stato eseguito correttamente, si realizza l'adempimento già durante la fase della pendenza della condizione risolutiva, estinguendo di conseguenza l'obbligazione. Si capisce quindi che l'adempimento, se avviene prima del verificarsi dell'evento, va a frustrare la stessa funzione della condizione risolutiva, in quanto il rapporto si è già estinto a seguito dell'adempimento, e non può essere più risolto.

L'adempimento, che si realizza prima del verificarsi della condizione, mal si concilia con lo stesso meccanismo condizionale, perché, di fatto, va a togliere rilevanza all'evento; inoltre, dal punto di vista strutturale, lascia aperto un interrogativo, che è quello di domandarsi come possa

²³⁹ In senso analogo si richiama (Costanza, 1997) p. 130 "Le considerazioni svolte in relazione alla c.d. proprietà risolubile non sono, però, suscettibili di generalizzazione e, soprattutto, di estensione alle situazioni creditorie, che si estinguono con l'esecuzione della prestazione. Rispetto ai contratti ad effetti obbligatori e ad esecuzione istantanea l'avveramento della condizione risolutiva non può determinare la caducazione di un rapporto che si è ormai esaurito, con l'adempimento. L'efficacia immediata dell'atto sottoposto a condizione risolutiva comporta l'esigibilità della prestazione e quindi l'obbligo di attuare gli impegni assunti. Se interviene la risoluzione, la prestazione non può essere eliminata; essa, al più, può essere restituita perché viene meno la sua ragione giustificativa. Ma l'insussistenza della causa giustificativa non può che essere riferita al momento dell'avveramento." L'Autrice prosegue prendendo una posizione rispetto alla quale, come si vedrà, ci si discosta "Perché possa sussistere una condizione risolutiva, occorre, perciò, che il rapporto contrattuale sia destinato a durare nel tempo. Se questa è la sola situazione che connota la condizione risolutiva, viene meno ogni problema di retroattività. Il 2° comma della norma in esame stabilisce espressamente che nei contratti di durata l'avveramento della condizione risolutiva non intacca le prestazioni svolte. Si può quindi affermare che la condizione risolutiva e non la sua efficacia retroattiva, trovano un limite operativo nel caso di contratti obbligatori non di durata."

un'obbligazione, che si è estinta mediante l'adempimento, continuare a sopravvivere per quanto riguarda la condizione.

Le difficoltà sopra segnalate, rispetto all'operare della condizione risolutiva nei contratti ad effetti obbligatori, non dipendono dal fatto che, in questa tipologia di contratti, non possa dispiegarsi l'effetto retroattivo della condizione risolutiva. Non sarebbe infatti corretto distinguere i rapporti obbligatori istantanei da quelli di durata, solo per il fatto che nei primi, estinguendosi il rapporto nel momento dell'esecuzione, non sarebbe possibile far retroagire gli effetti della condizione, mentre, nei rapporti di durata, è lo stesso codice a disciplinare gli effetti della condizione, facendo salve le prestazioni già eseguite. Un simile ragionamento presuppone di considerare i contratti obbligatori istantanei come sempre rientranti nella categoria di quei contratti rispetto ai quali “per la natura del rapporto, gli effetti [...] della risoluzione debbano essere riportati ad un momento diverso” dalla loro retroazione (art. 1360 c.c.).

Si deve, invece, osservare che la retroattività delle prestazioni già eseguite trova di fatto un ostacolo solo laddove la prestazione abbia ad oggetto un *facere*, ossia un comportamento esecutivo, materiale, rispetto al quale non è sempre possibile un contro-operare nel senso di porre in essere lo stesso comportamento, ma di segno opposto. Se questo è vero, nulla però esclude che le restituzioni, che sono materialmente impossibili, possano comunque trovare luogo, se si considera il valore economico dell'operazione compiuta: in tal caso, rinunciando ad un concetto di restituzione, per così dire, “in natura”, si potrà invece sempre restituire il valore di mercato di quanto è stato materialmente eseguito da una delle parti²⁴⁰.

²⁴⁰ Si ripropone, in modo sostanzialmente analogo, la riflessione svolta da (Gabrielli, Recesso e risoluzione per inadempimento, 1974) p. 735, per contestare chi sostiene che nei rapporti di durata la risoluzione debba necessariamente operare in senso irretroattivo “Né maggior pregio ha l'affermazione [...] secondo cui la natura stessa delle prestazioni dedotte in alcuni tipici rapporti di durata escluderebbe la possibilità di quegli effetti restitutori che la retroattività *inter partes*, genericamente attribuita dalla legge alla risoluzione, di necessità comporta. Si è detto, per esempio, che il locatario non potrebbe comunque restituire il godimento tratto dalla cosa nonostante l'inadempimento del locatore; donde, in pratica, l'irretroattività della risoluzione. Ed è chiaro che un'ugual argomentazione potrebbe prospettarsi con riguardo alla prestazione di lavoro. Ma deve subito obiettarsi che l'impossibilità di restituire in natura l'ormai avvenuta fruizione di certe prestazioni lascia sussistere la possibilità di una restituzione per equivalente, la quale è parimenti idonea a rimettere ciascuna parte nella situazione economica in cui sarebbe stata, se, a partire da un certo momento, non si fosse verificato l'inadempimento.” Per un approfondimento sul

Intesa in questo senso, la retroattività non incontra ostacoli nemmeno nei contratti obbligatori istantanei e, in tal modo, si capisce che la difficoltà di pensare la condizione risolutiva rispetto ai contratti obbligatori non dipende dall'operare retroattivo della condizione.

Aiuterà a far chiarezza su questo punto, allontanarci dalla condizione risolutiva ed osservare il modo in cui la condizione sospensiva opera nei contratti ad effetti obbligatori.

La condizione sospensiva, come noto, determina l'inesistenza dell'obbligazione e del corrispondente diritto di credito durante lo stato di pendenza²⁴¹: il credito sottoposto a condizione sospensiva non è né esigibile né compensabile, in quanto è inesistente²⁴².

Possiamo quindi osservare che durante il periodo di pendenza, da un lato, il credito sottoposto a condizione risolutiva è esistente e, essendo esigibile, potrebbe essere già stato adempiuto; in modo opposto, il credito sottoposto a condizione sospensiva è inesistente e quindi anche inesigibile. Da ciò si deduce che lo stato di pendenza della condizione, qualunque essa sia, non vada ad incidere sul modo di conformarsi del diritto di credito, il quale o è esistente nella sua forma piena e definitiva, come avviene in caso di condizione risolutiva; oppure è inesistente, come avviene in caso di condizione sospensiva.

Nei contratti ad effetti obbligatori, le difficoltà legate alla condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, non riguardano la possibilità di far retroagire gli effetti, ma quanto piuttosto il fatto che non si possa predicare l'incertezza rispetto alla posizione di creditore o di debitore.

Mentre rispetto ai diritti reali si può trasmettere una situazione di titolarità precaria come la proprietà risolubile; al contrario, non è possibile ammettere una situazione di precarietà rispetto ai diritti di credito, perché in questi l'obbligazione determina la misura dell'impegno richiesto al debitore, e si

l'operare della irretroattività nei contratti di durata si rinvia alla riflessione di (Pagliantini, 2006), p. 61 ss.

²⁴¹ Si veda (Amadio, 1996) p. 462.

²⁴² (Bianca, Le obbligazioni, 1990), p. 484, parla di incertezza del credito, più che di inesistenza: "il credito incerto è solo quello sottoposto a condizione sospensiva. La condizione risolutiva invece non influisce sulla certezza attuale, ma casomai solo sulla sua certezza futura."

può solo ammettere che un soggetto sia obbligato o che non lo sia, non invece che sia “quasi obbligato”.

Questo non significa che non si possa apporre la condizione ai contratti ad effetti obbligatori, ma che si dovrà tener conto del diverso modo di operare della condizione in questo tipo di contratti, rispetto a quelli traslativi.

Il fatto che nei diritti di credito non si riesca ad individuare una situazione giuridica diversa dalla piena titolarità del credito, viene dimostrato richiamando i modi di esercizio del diritto di credito durante la fase di pendenza.

Nei contratti obbligatori, la disciplina fissata dal codice per la fase di pendenza trova applicazione solo rispetto all’art. 1357 c.c. relativo agli atti di disposizione del diritto, come ad esempio la cessione del credito condizionale; mentre le norme previste in merito all’esercizio del diritto e al comportamento delle parti nello stato di pendenza (artt. 1356 e 1358 c.c.) incontrano un ostacolo proprio in relazione al principale modo di esercizio del diritto di credito, ossia l’adempimento.

Se il debitore si offre di adempiere un credito sottoposto a condizione risolutiva, e il creditore accetta, ci si domanda come sia possibile accettare l’adempimento e, allo stesso tempo, “conservare integre le ragioni dell’altra parte” (art.1358 c.c.). La risposta a questa domanda la si ricava pensando alla stessa funzione dell’adempimento come modo di estinzione dell’obbligazione, per cui l’adempimento, anche se si svolge durante la fase di pendenza della condizione, è pienamente idoneo a condurre il rapporto alla sua estinzione, negandosi in radice la possibilità di configurare un “adempimento precario”.

Il fatto che in caso di condizione risolutiva si ritenga ammissibile la disciplina dell’indebito, non inficia la validità dell’adempimento ad estinguere l’obbligazione, ma rivela piuttosto un’incongruenza, che consiste nel consentire al meccanismo condizionale di funzionare anche quando l’obbligazione, cui è apposta la condizione, è stata estinta per adempimento. Non si può, peraltro, fare a meno di notare che la disciplina dell’indebito non è prevista dal codice in materia di condizione, per cui il ricorso all’indebito altro non sarebbe che un’applicazione alla condizione risolutiva della disciplina prevista per il caso di risoluzione per impossibilità

sopravvenuta (art. 1463 c.c.) che, come noto, non è invece applicabile alla risoluzione per inadempimento. Questo rilievo contribuisce a rafforzare i dubbi in merito alla possibilità di applicare la disciplina dell'indebito in caso di condizione risolutiva.

L'unico modo per superare queste difficoltà è quello di considerare la condizione operante solo rispetto ad un rapporto non ancora esaurito²⁴³: non importa quindi se il rapporto obbligatorio sia istantaneo o di durata, ma è necessario invece che l'adempimento non si sia ancora realizzato²⁴⁴.

Questa conclusione può portare ad un'ulteriore riflessione, relativa al fatto che, se il debitore offre di adempiere il debito risolutivamente condizionato, e il creditore accetta l'adempimento, la volontà delle parti si muove nel senso di produrre gli effetti e di renderli definitivi, ossia di considerare il contratto come se non fosse più condizionato.

L'adempimento del contratto assume il significato di eliminazione della condizione, dal momento che, nei contratti obbligatori, la condizione apposta, sia essa sospensiva o risolutiva, impedisce in ogni caso la produzione degli effetti nello stato di pendenza.

Per quanto riguarda la condizione sospensiva, infatti, abbiamo visto che, durante la sua pendenza, il vincolo è inesistente, perciò il credito non potrà essere esigibile, finché non si avvera la condizione.

Nella condizione risolutiva, sebbene il credito sia esistente ed esigibile, si deve considerare che, se le parti vogliono che il contratto si risolva a seguito del verificarsi dell'evento condizionale, allora è logico che non potranno eliminare il rapporto mediante il suo adempimento. Se vogliono far sì che la sorte del contratto dipenda dalla condizione, dovranno astenersi dall'eseguire il contratto²⁴⁵, finché l'evento non sia verificato o mancato.

²⁴³ Si segnala la vicinanza del tema rispetto al recesso convenzionale, in relazione al quale "la stessa norma generale dell'art. 1373 c.c. preveda, nell'ultimo comma, la possibilità di pattuire l'esercizio del recesso *re non integra*, anche dopo, cioè, che il contratto abbia avuto compiuta esecuzione": la citazione è di (Gabielli, 1985), p. 94. E' comunque da rilevare la differenza che intercorre tra il contratto che abbia avuto un principio di esecuzione e quello invece che sia stato adempiuto.

²⁴⁴ Questa conclusione trova conferma nella disciplina prevista all'art. 1360 c.c. per i rapporti di durata, rispetto ai quali la condizione non opera per le prestazioni che sono già state eseguite.

²⁴⁵ Abbiamo visto però che la condizione risolutiva non impedisce di porre in essere atti di disposizione del diritto, che non implicano però la sua esecuzione, come la cessione.

In entrambi i casi, quindi, la condizione ostacola la produzione degli effetti del contratto durante la fase di pendenza: ne segue che la volontà che il contratto produca effetti e, a maggior ragione, l'adempimento, assumono il significato di eliminare la condizione precedentemente apposta. Si potrà quindi in questi casi eliminare la condizione per fatti concludenti, semplicemente attraverso l'esecuzione del contratto, senza bisogno di alcuna ulteriore pattuizione.

9. L'eliminazione della condizione di un contratto e il contratto modificativo

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

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

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

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

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

La modifica della disciplina che abbiamo così descritto, però, non corrisponde sempre ad un'operazione di tipo modificativo del contratto, perché tale modifica può essere realizzata anche con altri strumenti, che abbiamo visto essere o la conclusione di un nuovo contratto, dal contenuto identico ma privo della condizione, oppure l'esecuzione del contratto.

Possiamo quindi riproporre la medesima conclusione che abbiamo presentato per il caso di eliminazione del termine, ossia che un'operazione di modifica del negozio può essere realizzata anche con strumenti giuridici diversi sia dal contratto modificativo, sia dalla novazione, la quale non costituisce il termine di paragone obbligato per il contratto modificativo.

Si conferma quindi che l'ambito delle modifiche del contratto è più vasto rispetto a quello che può essere raggiunto attraverso lo strumento del contratto modificativo.

Conclusione

La definizione di contratto modificativo è legata al particolare tipo di effetto che questo contratto produce: l'effetto modificativo, infatti, è distinto sia dalla costituzione di nuova obbligazione, sia dalla eliminazione del precedente rapporto.

Si è osservato, altresì, che una volta intervenuta la modifica, l'esecuzione della prestazione originaria – pur non estinta – non è più soddisfattiva: questo elemento ci consente di riconoscere come effetto modificativo, e non estintivo, quello nel quale l'obbligazione originaria non viene eliminata, ma allo stesso tempo il suo adempimento non risulta più attuale e soddisfacente. Abbiamo spiegato la perdita del carattere soddisfattivo dell'adempimento dell'obbligazione originaria alla luce delle conseguenze che la modifica produce sul rapporto originario, nonostante quest'ultimo, come abbiamo visto, non venga né eliminato, né sostituito dalla costituzione di una nuova obbligazione.

Il fatto che il contratto modificativo non produca un effetto di tipo costitutivo o eliminativo dell'obbligazione non impedisce alla modifica di determinare un'alterazione del contenuto obbligatorio originario, ma incide soltanto sul contenuto che la modifica può assumere. Si dovranno, infatti, escludere dal raggio di azione della modifica, tutte le espressioni che rientrano nel concetto di costituzione e di eliminazione dell'obbligazione, ricavandone così, in via residuale, quale possa essere il contenuto del contratto modificativo.

Individuato l'ambito di applicazione della modifica, si deve concludere che non esiste una “prestazione di modificazione del contratto”, ossia bisogna osservare che l'effetto modificativo non si traduce in una prestazione dal contenuto di tipo esecutivo, ma agisce piuttosto come un'ulteriore prestazione di consenso, che influisce sul consenso originariamente

manifestato. L'unico contenuto che può assumere il contratto modificativo è quello di incidere sul contenuto del contratto originario, integrandone la portata, e in questo esaurisce la sua funzione.

Di qui la distanza del contratto modificativo dal contratto originario: il primo non può essere inteso come un contratto corrispondente a quello originario e dal contenuto più o meno simile, dal momento che il contenuto del contratto modificativo si esaurisce nell'effetto modificativo, risultando così estraneo a qualsivoglia altra prestazione. In base a questa impostazione, è possibile riconoscere un'autentica funzione modificativa, senza dover confondere il contratto modificativo con quello che è il risultato della modifica.

Siamo, infine, giunti a scandire le tre fasi cui si articola la vicenda modificativa: quella iniziale, corrispondente al contratto originario; quella intermedia, avente ad oggetto il contratto modificativo; e quella finale, relativa al contratto risultante dalla modifica. Una simile distinzione è possibile solo in linea teorica, ma si rivela utile, in particolare, per non confondere tra loro il contratto modificativo e il contratto finale. Quest'ultimo contiene in sé le modifiche che sono state apportate, e ciò consente di riconoscere una corrispondenza diretta tra il contratto finale e quello originario: entrambi sono contratti che hanno un contenuto di tipo esecutivo, a differenza del contratto modificativo, che invece ha ad oggetto solo l'imposizione di una modifica, cioè attiene al momento di prestazione del consenso tra le parti, non invece a quello operativo. Mentre il contratto originario e quello modificato contengono una prescrizione di comportarsi in un certo modo, il contratto modificativo non obbliga le parti ad alcunché, ma si limita ad impostare diversamente il consenso originariamente prestato. Abbiamo, così, individuato una definizione di contratto modificativo che ci consente di attrarre nella sua sfera di applicazione le modifiche del tempo e del luogo dell'esecuzione e delle altre modalità dell'adempimento, trattandosi di modifiche che non importano un effetto costitutivo o eliminativo dell'obbligazione.

Al contrario, si è osservato che le modifiche relative all'oggetto dell'obbligazione, sia esso inteso come bene oppure come prestazione, comportano un effetto di tipo costitutivo di una nuova obbligazione, sia

quando incidano sul *quantum* dell'oggetto, sia quando ne modifichino qualitativamente il contenuto. Ne deriva, quindi, che le modifiche apportate all'oggetto dell'obbligazione restano escluse dall'ambito del contratto modificativo.

L'indagine prosegue attraverso un confronto con la prestazione in luogo dell'adempimento, dal momento che è stata interpretata come un esempio di modifica dell'oggetto dell'obbligazione non comportante novazione.

Nel corso del lavoro si è proposta una differente impostazione, che ha permesso di configurare la prestazione in luogo dell'adempimento attraverso un meccanismo di tipo condizionale e di ricondurla ai modi di estinzione dell'obbligazione, negandone in tal modo l'appartenenza al concetto di contratto modificativo. La teoria qui adottata ha inoltre fornito una risposta a molte delle criticità legate alla figura della prestazione in luogo dell'adempimento.

In primo luogo, l'art. 1197 c.c. contempla una fattispecie autonoma, con una propria disciplina specifica, che non può essere appiattita né sulla figura della novazione, né sul contratto modificativo: abbiamo dimostrato, infatti, che la prestazione in luogo dell'adempimento possiede una struttura lontana dal binomio novazione-contratto modificativo.

La distanza dalla fattispecie modificativa ha consentito di ottenere dei primi risultati importanti, riaffermando la libertà delle parti di prevedere, come prestazione in luogo dell'adempimento, qualsiasi tipo di comportamento. Si evita in tal modo di trasferire sull'art. 1197 c.c. la logica del modificativo dell'oggetto: se per quest'ultimo ha senso il limite di non realizzare delle modifiche non accessorie, a pena di attrazione nel campo della novazione, questo limite perde di significato se applicato all'art. 1197c.c., restringendo in modo arbitrario quell'ampiezza di decisione che invece il codice consente.

Un'ulteriore risultato è stato raggiunto in relazione al secondo comma, perché il fatto di riconoscere, come evento dedotto in condizione, la seconda prestazione integrata dalle garanzie, ha fornito una lettura unitaria di tutti i commi dell'art. 1197 c.c. L'alternativa concessa al creditore, a fronte dei vizi o dell'evizione della seconda prestazione, di chiedere a sua scelta le garanzie oppure l'adempimento della prestazione originaria, non è più vista

come l'accostamento di rimedi risalenti a due opposte concezioni della norma, ma assume coerenza, se spiegata attraverso il meccanismo dell'avveramento o del mancato della condizione. In tal modo, si è sottratto il secondo comma dell'art. 1197 c.c. dal campo dei rimedi per l'inadempimento, rispetto al quale se ne è dimostrata l'estraneità, mancando sia la possibilità di ricondurlo alle forme di tutela predisposte dall'ordinamento per i casi di inadempimento, sia lo stesso presupposto di attivazione di questi rimedi, ossia l'inadempimento.

Questa impostazione ci ha consentito di affrontare diversamente il concetto di realtà, che tende ad unificare l'effetto proprio della seconda prestazione con quello estintivo dell'obbligazione. Il meccanismo condizionale, invece, riesce a spiegare il realizzarsi di questa duplicità di effetti, creando un nesso qualificato che consenta l'estinzione dell'obbligazione nel momento in cui si verifica l'evento dedotto in condizione.

Da ultimo, si è affermata l'appartenenza dell'art. 1197 ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, consentendo così all'obbligazione di conservare la sua identità originaria, anche dopo l'esecuzione della diversa prestazione.

La seconda parte del lavoro è dedicata alle modifiche relative ai cosiddetti elementi accidentali del negozio.

Con riguardo al termine, abbiamo osservato che l'esecuzione degli effetti si pone come limite per l'ulteriore modifica del termine del contratto: per la realizzazione di un risultato equivalente, sarà invece necessario eliminare gli effetti già prodotti e costituire un nuovo contratto dall'identico contenuto.

Se la produzione degli effetti ostacola la modifica, non si deve, però, pensare che la mancata esecuzione del contratto costituisca, in ogni caso, terreno idoneo alla modifica. Quando l'inattuazione del contratto assume la forma dell'inadempimento, non è più consentito alle parti disporre ulteriormente del contratto, né nel senso di una modifica, né nel senso di eliminare gli effetti dell'intervenuto inadempimento. La modifica del contratto non rappresenta, infatti, un modo per sanare l'inesatta esecuzione che integri inadempimento.

Questa osservazione ha permesso di segnare la distanza con la dilazione, che non modifica il contratto cui è apposta, ma limita per un certo tempo la facoltà del creditore di chiedere l'adempimento coattivo al debitore inadempiente.

Da ultimo, ci siamo occupati dell'eliminazione della condizione, con particolare riguardo ai contratti ad effetti traslativi. L'attenzione si è concentrata sulla peculiare modalità di trasferimento del diritto che si realizza nell'ambito della vicenda condizionale. La possibilità di costruire l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo si misura sul fatto che, a seguito dell'eliminazione della condizione, il contratto iniziale sia in grado o meno di consentire la produzione degli effetti definitivi. Siamo così giunti a due differenti conclusioni per quanto riguarda la condizione risolutiva e quella sospensiva.

Nel primo caso, abbiamo visto che l'operazione di eliminazione della condizione non è sufficiente a produrre gli effetti definitivi cui mirano le parti, ma, per consentire al compratore di raggiungere una situazione di titolarità piena, sarà necessario ricorrere ad un ulteriore trasferimento. Quest'ultimo si rende necessario per il fatto che il contratto originario, dopo essere stato privato della clausola condizionale, non è più in grado di completare il trasferimento del diritto nella sua forma piena, come sarebbe avvenuto se, ad esempio, non si fosse verificato l'evento e la condizione risolutiva fosse quindi mancata. La condizione risolutiva vede il realizzarsi di una particolare modalità di trasmissione del diritto, che consente il passaggio della proprietà in due momenti, ma che non costituisce uno schema generale di trasferimento della proprietà, in quanto intrinsecamente legato all'esistenza della stessa condizione. Questo schema circolatorio, infatti, trova applicazione solo là dove la vicenda condizionale possa seguire il proprio corso, dando come esito il mancamento o il verificarsi dell'evento; mentre non si realizza in caso di eliminazione della condizione. In quest'ultimo caso, le parti hanno deciso di abbandonare la logica e gli schemi che regolano il contratto condizionato, per cui il contratto, una volta rimossa la condizione, non sarà più in grado di produrre effetti. Sarebbe quindi inutile intervenire sul contratto originario attraverso un atto modificativo, che presuppone invece la capacità del regolamento iniziale di

costituire la fonte di ogni ulteriore effetto. La produzione degli effetti sarà quindi affidata ad un nuovo trasferimento, che consentirà alle parti di raggiungere una situazione di titolarità definitiva.

Diversamente dobbiamo concludere per l'ipotesi di eliminazione della condizione sospensiva, dal momento che la realizzazione dell'effetto traslativo, a séguito dell'eliminazione della condizione, non necessita di nuove manifestazioni di volontà o di ulteriori atti di trasferimento, ma può essere posto in essere dall'originario contratto, seppur privato della clausola condizionale. Abbiamo infatti visto che l'eliminazione della condizione non produce direttamente effetti traslativi, ma rende possibile la produzione degli effetti in modo indiretto, rimuovendo la clausola condizionale, che era un elemento impeditivo rispetto alla produzione degli effetti. L'atto traslativo trova la sua fonte nel contratto originario, che era stato fin dall'inizio programmato per produrre effetti in modo differito rispetto alla conclusione del contratto, e precisamente nel momento in cui sarebbe venuta meno la fase di incertezza. Se quindi la produzione degli effetti è da ricondurre al contratto originario, pur privato di un suo elemento, allora si può concludere che l'eliminazione della condizione sospensiva agisce come un contratto modificativo, che altera la struttura contrattuale originaria con la rimozione di un elemento, ma lasciando al contratto originario la possibilità di produrre gli effetti finali voluti dalle parti.

Abbiamo, così, indagato in quali casi si possa affermare l'esistenza di un contratto modificativo, tenendo fede al criterio dell'assenza di un effetto costitutivo ed eliminativo dell'obbligazione. Il percorso svolto ci ha inoltre permesso di individuare varie ipotesi nelle quali il concetto di modifica del rapporto è slegato da quello di contratto modificativo, arrivando a riconoscere che la modifica di un contratto può essere realizzata in vari modi, non sempre coincidenti con lo strumento del contratto modificativo.

Bibliografia

- Al Mureden, E. (2004). *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*. Padova: Cedam.
- Allara, M. (1927). *La prestazione in luogo di adempimento*. Annali del seminario giuridico di Palermo.
- Alpa, G., & Delfino, R. (2005). *Il contratto nel common law inglese*. Padova: Cedam.
- Amadio, G. (1996). *La condizione di inadempimento*. Padova: Cedam.
- Amadio, G. (2001). Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche. *Rivista di diritto civile* , 864-909.
- Amadio, G. (2004). Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo. *Rivista di diritto civile* , 127-146.
- Amadio, G. (2005). *Lecture sull'autonomia privata*. Padova: Cedam.
- Amadio, G. (2014). *Lezioni di diritto civile*. Torino: Giappichelli Editore.
- Amadio, G., & Macario, F. (2014). *Diritto civile*. Bologna: Il Mulino.
- Ambrosetti, T. (s.d.). Datio in solutum. *Il digesto italiano* , 122-142.
- Aubert, J., & Goldie-Genicon, C. (2016). Novation. *Répertoire de droit civil, Dalloz* .
- Azzariti, G. (1982). *Le successioni e le donazioni*. Cedam: Padova.
- Balbi, G. (1964). *La donazione*. Milano: Vallardi .
- Barassi, L. (1963). *La teoriagenerale delle obbligazioni*. Milano : Giuffrè.
- Barbero, D. (1959). Condizione. *Novissimo digesto italiano* , 1097-1109.
- Barbero, D. (1937). *Contributo alla teoria della condizione*. Milano: Giuffrè.
- Benedetti, A. (2002). *Autonomia privata procedimentale*. Torino: Giappichelli editore.
- Betti, E. (1994). *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Bianca, C. M. (1990). *Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
- Bianca, C. M. (2000). *Il contratto*. Milano: Giuffrè.
- Biondi, B. (1961). *Le donazioni*. Torino: Utet.

- Biscontini, G. (1984). Adempimento parziale e datio in solutum. *Rassegna di diritto civile* , 613-634.
- Buccisano, O. (1968). *La novazione oggettiva*. Milano: Giuffrè.
- Buffelan-Lanore, Y., & Larribau-Terneyre, V. (2014). *Droit civil, Les obligations*. Sirey.
- Cabella Pisu, L. (1983). *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*. Milano: Giuffrè.
- Candian, A. D. (s.d.). Prestazione in luogo dell'adempimento. *Digesto delle discipline privatistiche* .
- Capozzi, G. (1973). quesito in tema di mutuo dissenso. *Vita notarile* , 605-613.
- Capozzi, G. (1993). Il mutuo dissenso nella pratica notarile. *Vita notarile*, 635-645.
- Capozzi, G. (2015). *Successioni e donazioni*. Milano: Giuffrè.
- Carbone, V. (2/1993). La condizione unilaterale tra dottrina e giurisprudenza. *Il corriere giuridico* , 180-184.
- Cariota Ferrara, L. (1945). Il diritto al diritto. *Diritto e giurisprudenza* , 145-158.
- Carresi, F. (1963). Il contenuto del contratto. *Rivista di Diritto Civile* , 365-413.
- Carusi, D. (2000). Ancora appunti in tema si condizione potestativa ed unilaterale. *Rassegna di diritto civile* , 675-696.
- Casella, M. (1974). *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*. Milano: Giuffrè .
- Catalano, G. (1993). Commento a Cass. Civ., II sez.,30.10.1992,n. 11816. *La nuova giurisprudenza civile commentata* , 654-665.
- Ceolin, M. (2014). Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione. *Studio civilistico n. 52-2014/C* .
- Cerrai, C. (2008). *La successione ereditaria, la divisione dei beni e le donazioni*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli editore.
- Cesàro, V. (2000). *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

- Chen-Wishart, M. (2010). A bird in the hand: Consideration and Contract Modifications. In A. Burrows, & E. Peel, *Contract formation and parties*. Oxford: Oxford University Press.
- Ciatti Càimi, A. (2007). *Retroattività e contratto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Costantini, A. (1970). Appunti sulla condizione unilaterale. *Diritto e giurisprudenza*, 13-20.
- Costanza, M. (1997). (commento) art. 1360 c.c. *Commentario del codice Scialoja Branca*, Zanichelli.
- Criscuoli, G. (1957). Contributo alla specificazione del negozio modificativo. *Giustizia civile*, 847-859.
- Criscuoli, G. (1959). *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*. Milano: Giuffrè.
- Criscuoli, G. (1964). Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà. *Rivista di Diritto Civile*.
- D'Adda, A. (2008). *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*. Padova: Cedam.
- De Fina, G. (1968). Legittimazione del titolare della situazione giuridica di aspettativa all'esperimento delle azioni conservative. *Giurisprudenza civile*, 1817-1821.
- De Simone, M. (1961). In tema di novazione oggettiva. *Diritto e giurisprudenza*.
- Deiana, G. (1939). *contrarius consensus*. *Rivista di diritto privato*, 89.
- Di Majo, A. (1972). *Rilevanza del termine e poteri del giudice*. Milano: Giuffrè.
- Di Majo, A. (1993). *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè.
- Di Majo, A. (2009). *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli.
- Di Prisco, N. (1979). *La proprietà temporanea*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Diana, G. (2004). *La nullità parziale del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Dissaux, N., & Jamin, C. (2016). *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: Dalloz.
- Dogliotti, R. (1993). Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte. *Rivista del notariato*, 1235-1242.

- Doria, G. (2012). *La novazione dell'obbligazione*. Milano: Giuffrè.
- Esu, M. (1993). Surrogazione reale. *Enciclopedia giuridica* .
- Falzea, A. (1941). *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Falzea, A. (1988). voce condizione. *Enciclopedia giuridica Treccani* , 1-13.
- Fragali, M. (1959). Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio. *Giustizia Civile* , 312-329.
- Fragali, M. (1957). Della Fideiussione. In A. Scialoja (A cura di), *Commentario del Codice Civile*. Zanichelli.
- Furmston, M., & Tolhurst, G. (2016). *Contract formation. Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Gabrielli, G. (1972). Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti. *Diritto e Giurisprudenza* , 253-271.
- Gabrielli, G. (1974). *Il rapporto giuridico preparatorio*. Milano: Giuffrè.
- Gabrielli, G. (1974). Recesso e risoluzione per inadempimento. *Rivista trimestrale di diritto processuale civile* , 725-751.
- Gabrielli, G. (1985). *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*. Milano: Giuffrè.
- Gabrielli, G. (1991). Pubblicità degli atti condizionati. *Rivista di diritto civile* , 21-47.
- Gallo, F. (1960). Sulla asserita sopravvivenza del “pactum de non petendo” nel diritto civile italiano. *Foro italiano* , 129-145.
- Gambino, F. (2000). *Problemi del rinegoziare*. Milano: Giuffè.
- Gardani Contursi-Lisi, L. (s.d.). Delle donazioni. *Commentario del Codice civile Scialoja A. Branca G.*
- Gazzoni, F. (1994). Condizione unilaterale e conflitti con i terzi. *Rivista del notariato* , 1195-1208.
- Ghestin, J., & Desché, B. (1990). *Traité des contrats. La vente*. Paris: Persée.
- Ghestin, J., Billiau, M., & Loiseau, G. (2005). *Le régime des créances et des dettes*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Ghozi, A. (1980). *La modification de l'obligation par la volonté des parties*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence.

Gianola, A. (1999). Surrogazione reale. *Digesto civile* , 238-241.

Giorgi, G. (1925). *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze: Casa Editrice Fratelli Cammelli.

Gorla, G. (1933). *La riproduzione del negozio giuridico*. Padova: Cedam.

Gorla, G. (1934). *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*. Padova: Casa editrice dott. Antonio Milani.

Gorla, G. (1952). La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella Civil Law e nella Common Law. *Rivista di Diritto Commerciale* , 341-363.

Gorla, G. (1966). Quid dei pacta adiecta ex intervallo spunti per una ricerca comparatistica. *Rivista di diritto commerciale* , 262-298.

Granelli, C. (1988). *Riproduzione e rinnovazione del contratto*. Milano: Giuffrè.

Guglielmetti, G. (1969). *I contratti normativi*. Padova: Cedam.

Guglielmo, R. (1993). Considerazioni in tema di condizione unilaterale. *Rivista del notariato* , 835-847.

Irti, N. (1970). *La ripetizione del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè .

La Torre, A. (1952). Concessione di dilazione e rinuncia al potere risolutivo. *Foro italiano* , 822-826.

Lanotte, A. (2006). Impegno di riparare il bene difettoso come riconoscimento del debito. *Foro Italiano* .

Luminoso, A. (1980). *Il mutuo dissenso*. Milano: Giuffrè.

Macario, F. (1996). *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene Editore.

Macario, F. (2008). Revisione e rinegoziazione del contratto. *Enciclopedia del diritto, Annali* , 1026-1084.

Magazzù, A. (1990). La surrogazione reale. *Enciclopedia del diritto* , 1497-1519.

Maiorca, S. (s.d.). voce Condizione. *Digesto delle discipline privatistiche* , 273-333.

- Malaurie, P., & Aynès, L. (2011). *Les obligations*. Paris : Defrénois, Lextenso éditions.
- Malinvaud, P., & Fenouillet, D. (2012). *Droit des obligations*. Paris: Lexis Nexis.
- Marasco, G. (2006). *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam.
- Marchio, A. (s.d.). Dazione in pagamento . *Enciclopedia giuridica* .
- Martorana, M. (1924). *La novazione nel diritto civile italiano*. Palermo: Società editrice libraria Orazio Fiorenza.
- Mauceri, T. (2007). Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto. *Europa e diritto privato* , 1095-1127.
- Mengoni, L. (1953). Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita. *Rivista di diritto commerciale* , 3-25.
- Micheli, G. (1949). Revoca del pagamento della cambiale e reviviscenza dell'avallo. *Banca, borsa, titoli di credito* , 369-380.
- Miraglia, C. (2006). *La divisione ereditaria*. Padova: Cedam.
- Moscarini, L. (1971). La surrogazione reale. *Novissimo Digesto Italiano* , 969-975.
- Moschella. (1939). voce Pactum de non petendo. In *Dizionario pratico del diritto privato* (p. 18-22).
- Natoli, U. (1974). *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè.
- Natucci, A. (2008). L'annullabilità parziale del contratto. *Rivista di Diritto Civile* .
- Oppo, G. (1943). I contratti di durata. *Rivista di diritto commerciale* , 143-180.
- Osti, G. (1913). Appunti per una teoria della "sopravvenienza"(La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno). *Rivista di diritto civile* , 471-697.
- Pagliantini, S. (2006). *La risoluzione dei contratti di durata*. Milano: Giuffè.
- Paladini, M. (2010). *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*. Torino: Utet .
- Patti, F. P. (2013). Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione. *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* .

- Patti, S. (1978). *Profili della tolleranza nel diritto privato*. Napoli: Jovene Editore.
- Pelosi, A. C. (1975). *La proprietà risolubile*. Milano: Giuffrè.
- Perlingieri, P. (1962). *I negozi su beni futuri*. Napoli: Jovene.
- Perlingieri, P. (1967). Cessione del credito ed eccezione d'inesigibilità. *Rivista di diritto civile* , 502-510.
- Perlingieri, P. (1969). La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto. *Diritto e Giurisprudenza* , 699-704.
- Perlingieri, P. (1971). *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Iovene Editore.
- Perlingieri, P. (1975). art. 1231 Novazione. In A.Scialoja, & G.Branca (A cura di), *Commentario del Codice civile*.
- Perlingieri, P. (1975). art. 1243 Compensazione. In A.Scialoja, & G.Branca (A cura di), *Commentario del Codice civile*.
- Perlingieri, P. (1975). art. 1244 Dilazione. In A.Scialoja, & G.Branca (A cura di), *Commentario del Codice civile* (p. 327).
- Petrelli, G. (2/2001). Clausole condizionali e prassi notarile. *Notariato* , 165-181.
- Piras, S. (1948). *Appunti sulla novazione*. Sassari: Gallizzi.
- Planiol, M., & Ripert, G. (1954). *Traité pratique de droit civil français*.
- Polacco, V. (1888). *Dazione in pagamento*. Padova: Drucker Editore.
- Pugliatti, S. (1938). *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè.
- Pugliese, C. (2010). La novazione. In M. Paladini, *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*. Utet Giuridica.
- Ragusa Maggiore, G. (1961). voce Compensazione. In *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè.
- Rescigno, P. (1957). Novazione . *Novissimo Digesto Italiano* , p. 431-438.
- Rescigno, P. (1961). voce Condizione. *Enciclopedia del diritto*, VIII, Giuffrè , 762-801.
- Rigalle-Dumetz, C. (2003). *La résolution partielle du contrat*. Paris: Dalloz.
- Rodotà, S. (s.d.). Dazione in pagamento. *Enciclopedia del diritto* , 727-739.
- Roppo, V. (2011). *Il contratto*. Milano: Giuffrè .

Rubino, D. (1939). *La fatispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè.

Rubino, D. (1961). Delle obbligazioni alternative. *Commentario del codice civile A. Scialoja V.Branca* .

Rubino, D. (1962). *La compravendita*. Milano: Giuffrè.

Ruscello, F. (1976). "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. *Rivista di diritto civile* , 198-212.

Russo, E. (1973). *Il termine del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè.

Sacchi, A. (1896-1899). voce compensazione. *Il digesto italiano* .

Sangiorgi, S. (1965). *Rapporti di durata e recesso ad nutum*. Milano: Giuffrè.

Sargenti, M. (1959). <<Pactum de non petendo>> e remissione del debito. *Foro Padano* , 299.

Schlesinger, P. (1958). Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva. *Rivista di Diritto Civile* .

Scognamiglio, R. (1958). voce Aspettativa di diritto. *Enciclopedia del diritto* , 226-232.

Scognamiglio, R. (1962). Sulla mancanza definitiva della condizione e la conseguente inefficacia del negozio. *Foro Padano* , 253-258.

Sesta, M. (2011). *Codice delle successioni e delle donazioni*. Milano: Giuffrè.

Sicchiero, G. (3/2002). La prestazione in luogo dell'adempimento. *Contratto e impresa* , 1380-1449.

Smiroldo, A. (1957). Scadenza del termine, tolleranza e dilazione da parte del creditore: "mora debendi" ed eccezione di inadempimento. *Giurisprudenza italiana* , 781-814.

Smiroldo, A. (1976). Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia. *Giurisprudenza italiana* , 551-576.

Stella, G. (2010). *Le garanzie del credito*. Milano: Giuffrè.

Terré, F. (2016). *La réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz.

Torrente, A. (2006). *La donazione*. Milano: Giuffrè.

Tucci, G. (s.d.). Garanzia (voce). *Digesto delle discipline privatistiche* , 581-596.

Villani, A. (1975). Condizione unilaterale e vincolo contrattuale. *Rivista di diritto civile* , 557-589.

Zaccaria, A. (1987). *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*. Milano: Giuffrè.