



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La finzione di avveramento della condizione quale tecnica di tutela.In : La condizione nel contratto tra atto e attività.

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La finzione di avveramento della condizione quale tecnica di tutela.In : La condizione nel contratto tra atto e attività / BELLIZZI di SAN LORENZO, Antonio. - STAMPA. - (2008), pp. 163-193.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/621183> of the repository was last updated on 2016-02-08T17:44:22Z

Publisher:

CEDAM

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

CAPITOLO V

LA FINZIONE DI AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE QUALE TECNICA DI TUTELA

(ANTONIO BELLIZZI)

SOMMARIO: 1. Dinamica di realizzazione dell'evento condizionale e tecnica di tutela della finzione di avveramento della condizione; tutela dell'affidamento sulla casualità della realizzazione dell'evento condizionale e rilevanza dell'impedimento di detto evento; contratto, evento condizionale e *procedimento*. La questione dell'equiparazione tra condotta impediente l'avveramento e condotta concretante l'avveramento: necessità di distinguere tra condizione sospensiva e condizione risolutiva. – 2. Specificità dell'evento condizionale e *procedimento*; valore della pendenza e rischio; parallelo tra realizzazione dell'evento condizionale ed adempimento; rilevanza procedimentale della retroattività della condizione. – 3. Eccentricità della condizione potestativa rispetto al fenomeno della condizione: abuso di condizione potestativa come presupposto di operatività della finzione; condizione potestativa ed *attività*; ammissibilità della condizione potestativa solo nell'ipotesi sospensiva: conferma; condizione unilaterale e rinunciabilità alla stessa come ipotesi opposta alla finzione di avveramento. – 4. Rilevanza del mero tentativo di impedimento dell'evento condizionale; funzione riparatoria della finzione; applicabilità del rimedio risolutorio. – 5. Finzione di avveramento della condizione e decadenza dal beneficio del termine: parallelo sistematico. – 6. Prescendenza della finzione di avveramento dal dolo e dalla colpa, suo incardinamento nel concetto di buona fede; diligenza come *obbligo esecutivo* e buona fede come *obbligo espressivo*. – 7. Il concetto di interesse contrario all'avveramento dell'evento condizionale; radicamento della rilevanza della mutabilità di detto interesse nella dialettica tra causa e motivi nonché tra elementi essenziali ed elementi accidentali. – 8. Le massime delle sentenze citate.

1. *Dinamica di realizzazione dell'evento condizionale e tecnica di tutela della finzione di avveramento della condizione; tutela dell'affidamento sulla casualità della realizzazione dell'evento condizionale e rilevanza dell'impedimento di detto evento; contratto, evento condizionale e procedimento. La questione dell'equiparazione tra condotta impediente l'avveramento e condotta concretante l'avveramento: necessità di distinguere tra condizione sospensiva e condizione risolutiva.*

L'analisi della tecnica di tutela negoziale della c.d. "finzione ⁽¹⁾ di avveramento della condizione" ⁽²⁾, soprattutto se intende porsi in una prospettiva empirico-giurisprudenziale, richiede l'osservazione del fenomeno condizionale al momento del suo positivo verificarsi ⁽³⁾: è, infatti, grazie all'avverarsi di un evento registrato dal programma negoziale ⁽⁴⁾ come "futuro ed incerto" ⁽⁵⁾ che il contratto produce l'effetto

⁽¹⁾ Sulla complessità creativa del concetto di «finzione» nel diritto, v. S. ROMANO, voce *Realtà giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. 1983 p. 204 e ss.; v. anche RABAGNY, *L'image juridique du monde*, Paris 2003, p. 80 e ss.; tale impostazione s'inserisce nella più ampia considerazione per cui «diversamente dagli animali esclusivamente l'uomo è un soggetto istituyente», v. B. ROMANO, *Il giurista è uno zoologo metropolitano? A partire da una tesi di Derrida – Lezioni 2006-07*, Torino 2007, p. 57.

⁽²⁾ V. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 809 e ss.; FAVARÒ, *L'art. 1359 c.c. e la cosiddetta finzione di avveramento della condizione*, in *Foro pad.*, 1980, p. 154 e ss.; COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*, in *Giur. civ.*, 1983, I, p. 1528 e ss.; SOMARÈ, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Giur. civ.*, 1983, I, p. 1826 e ss.; BELFIORE, *nota in Cass. civ. 13.04.1985 n. 2464*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 616; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova 1994; VITUCCI, *Condicio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 12 e ss.

⁽³⁾ È proprio la giurisprudenza di merito a focalizzare che ai fini dell'operatività della finzione non può rilevare il comportamento della parte prima del perfezionamento del contratto: infatti l'originaria impossibilità della condizione preclude la stessa efficacia contrattuale, delineandosi semmai il distinto profilo della responsabilità precontrattuale della parte che sapeva o doveva sapere di tale impossibilità di efficacia contrattuale: v. Trib. di Monza, 18 dicembre 1978, in *Foro pad.*, 1980, I, p. 154 con nota, *cit. supra*, di FAVARÒ.

⁽⁴⁾ Chiarissima la prospettiva funzionale di DEROUIN in *Pour une analyse fonctionnelle de la condition*, *Rev. trim. dr. civil*, 1978, p. 1 e ss.

⁽⁵⁾ Ma, secondo la via additata da SCOGNAMIGLIO, ciò implica l'incertezza so-

rimasto sospeso (condizione sospensiva) ovvero vede risolto l'effetto già prodotto (condizione risolutiva) ⁽⁶⁾. Ecco dunque che l'autonomia privata ⁽⁷⁾ ha una duplice facoltà convergente nel limitare il regolamento d'interessi *sub specie condicionis*: da un lato, i soggetti possono selezionare nell'ambito lecito del possibile futuribile un evento estrinseco di regola alla propria sfera d'azione ⁽⁸⁾, virtualmente esaustiva delle proprie conseguenze; dall'altro, gli stessi soggetti possono scegliere il regime d'incidenza di quell'evento sul contratto, nel senso determinativo di sospensione ovvero di risoluzione degli effetti finali ⁽⁹⁾. Ma una volta operata tale duplice scelta, è proprio dalla rilevanza assegnata a quell'evento nel divisato programma negoziale, che discende il problema della rilevanza di comportamenti delle parti volti ad impedire la realizzazione di quell'evento come comportamenti contrari all'obbligo di buona fede o correttezza ⁽¹⁰⁾ e come tali suscettibili di tec-

lo degli "effetti finali", che realizzeranno pienamente il contenuto contrattuale e non dei già enucleabili "effetti negoziali", che, *pendente condicione*, già assicurano la vincolatività contrattuale (v. in *Tratt. dir. civ. dir.* da Grosso e Santoro-Passerelli, Milano 1980, *Contratti in generale*, p. 191); in una prospettiva quindi diversa dal RUBINO, per cui il contratto condizionato rappresenterebbe una fattispecie incompleta, della quale la vincolatività costituirebbe un effetto preliminare: il riferimento è ovviamente a quel capolavoro di logica giuridica che è *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939 (rist. Camerino 1978), p. 107.

⁽⁶⁾ Per tali profili generali si rinvia per tutti, all'adamantina analisi di SANTORO-PASSERELLI in *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., rist., Napoli 1986, p. 197.

⁽⁷⁾ In tal senso chiarissimo SACCO, che intitola il I paragrafo di trattazione di tale "contenuto speciale" del contratto: «La condizione, strumento di autonomia privata», in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, *Il contratto* di Sacco e De Nova, II, Torino 1993, p. 138.

⁽⁸⁾ Il riferimento è al concetto di «azione privata ordinante» di Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione-il potere*, Napoli 1970, pp. 91 e ss. e 125 e ss.

⁽⁹⁾ V. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*

⁽¹⁰⁾ V. già la maggioranza dei classici: GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Firenze 1925, p. 412; STOLFI, *Culpa pro impleta condicione est*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 73; RUBINO, *op. cit.*, p. 262; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 206; BETTI, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da Vassalli, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955, p. 541; SCOGNAMIGLIO, *ult. loc. cit.* Minoritaria la lettura in termini di presupposizione di GROSSO, *La finzione di adempimento della condizione*, Modena 1930.

Nella dottrina più recente, considerano la sanzione dell'art. 1359 c.c. una filiazione del principio di buona fede ex art. 1358 c.c., RESCIGNO, voce *Condizione* (dir.

niche sanzionatorie ⁽¹¹⁾ che tutelino il legittimo affidamento dell'altra parte.

Infatti se la buona fede è la tutela di un principio giuridico di «socialità reale» ⁽¹²⁾, espressivo dell'obbligo fondamentale di coerenza tra libere dichiarazioni ed azioni corrispondenti, per quanto riguarda il radicamento in tale principio della finzione di avveramento da parte della giurisprudenza, occorre distinguere fra quando la giurisprudenza ne compia uso consapevole ⁽¹³⁾, tra quando se ne avvenga in modo retorico-declamativo ⁽¹⁴⁾ se non addirittura elusivo nel considerare la buona fede uno scontato presupposto ⁽¹⁵⁾. Ma è proprio l'ontologica dimensione empirico-giurisprudenziale della *Common Law* ⁽¹⁶⁾, segnatamente statunitense, pur con le dovute differenze concettuali di «good faith», a ribadire che il fondamento della sanzione – tramite finzione di avvera-

vig.), in *Enc. d. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 798; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano 1975, pp. 49 e ss. e 107 e ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice civile*, Torino 1980, pp. 246 e 250; FALZEA, voce *Condizione* (dir. civ.), *Enc. giur.*, VII, Roma 1988, p. 5; VITUCCI, *op. cit.*, p. 12 e ss. Contrari invece al collegamento tra le due norme BELFIORE, *op. cit.*, p. 616; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 86; COSTANZA, *Condizione, termine e modo*, in *Trattato*, dir. da Bessone, XIII, V, Torino 2002, p. 234.

⁽¹¹⁾ Chiarissima l'intuizione di Salv. ROMANO del collegamento tra la specifica sanzione della finzione di avveramento e la buona fede, v. voce *Buona fede* (Dir. priv.), in *Enc. d. dir.*, V, Milano 1959, p. 677 e ss.

⁽¹²⁾ V. BIGLIAZZI-GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. II*, Torino 1988. Nella sconfinata letteratura sulla buona fede giova all'economia di questo scritto menzionare, *ex pluribus*, D'ANGELO, *Il contratto in generale*, t. IV, *La buona fede in Tratt. dir. priv.*, dir. da Bessone, XIII, Torino 2004, pp. 77 e ss. e 155 e ss.; BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del rapporto contrattuale*, *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 605 e ss.

⁽¹³⁾ Si deve purtroppo constatare che è giurisprudenza più risalente: v. App. Firenze 8 maggio 1968, in *Giur. tosc.*, 1968, p. 578; Cass. 4 aprile 1975 n. 1204, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 1604; Cass. 22 marzo 1969, n. 926, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1720. Per certi aspetti apprezzabile lo sforzo euristico in Cass. 20 luglio 2004 n. 13457, in *Mass. giust. civ.*, 2004.

⁽¹⁴⁾ V. Cass. 22 aprile 2003, n. 5423, in *Contratti*, 2003, p. 1102.

⁽¹⁵⁾ V. Cass. 22 dicembre 2004, n. 23824 che cassa un apprezzabile Appello L'Aquila del 6 marzo 2001, v. *Nuova Giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 147.

⁽¹⁶⁾ V. POUND, *Lo spirito della "Common Law"*, Milano 1970, segnatamente p. 151 e ss. dedicate all'empirismo giudiziario. Ma v. già RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Milano 1962, p. 5 e ss.

mento – del comportamento di «prevention» ossia di impedimento dell'avveramento condizionale, è costituito dalla violazione dell'obbligo di buona fede⁽¹⁷⁾. Ed è proprio nella pendenza condizionale che tale obbligo si specifica in quella sua articolazione logica minimale del divieto di «venire contra factum proprium».

Infatti, se pendenza⁽¹⁸⁾ significa rilevanza *ex se* di una situazione, in cui un dato evento può verificarsi o meno, ecco che a tale ambiguità situazionale risulta assegnata dalle parti una limitata funzionalità edificativa dell'assetto d'interessi divisato nella fenomenologia di effetti negoziali, i quali da quell'evento dipendono per dimensionarsi come finalmente incardinati nell'ordine giuridico. Le parti nella loro discrezionalità valutativa della congruità dell'affare, individuano un rischio, cui si riconnette un interesse da realizzare ed uno da sacrificare, lo valutano e lo gestiscono, così disponendone la copertura giuridica. Si tratta, in definitiva, di una rilevanza in negativo del concetto di *procedimento* quale complesso concatenato di atti, in cui il precedente pone la necessità del successivo⁽¹⁹⁾: nel caso della deduzione di un dato evento condizionale in un atto negoziale di riferimento, si pone il problema di verificare entro che limiti ne segua in negativo un obbligo di astensione dall'impedimento di quell'evento⁽²⁰⁾, che prima del suo verificarsi sostiene la pendenza del negozio, finché questo non si consolida (condizione sospensiva) ovvero non diventa inutile (condizione risolutiva)⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ Chiarissimi, in tal senso, FARNSWORTH-YOUNG-SANGER, in *Cases and materials, Contracts*, 6^a ed., New York 2001, p. 685: «One who prevents the occurrence of a condition of one's own duty may be precluded from later asserting the non occurrence of that condition. The duty of good faith performance that is usually imposed requires at least that one do nothing to prevent the occurrence of such a condition», v. *Shear v. National Rifle Association*, 606 F. 2d 1251 (D.C.Cir. 1979); *Kooleraire Service & Installation Corp. v. Board of Education*, 268 N.E. 2d 782 (N.Y. 1971).

⁽¹⁸⁾ Sul concetto di *pendenza*, v. il sempre attuale rigore definitorio di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da Vassalli, 1950, pp. 31 e 525 e ss.

⁽¹⁹⁾ V. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961.

⁽²⁰⁾ Anche dal punto di vista statico della teoria della fattispecie, la previsione normativa della finzione di avveramento della condizione manifesta che uno degli effetti preliminari della fattispecie è proprio l'insorgenza dell'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie: in tal senso v. RUBINO, *op. cit.*, p. 111.

⁽²¹⁾ V. SANTORO-PASSERELLI, *Dottrina, cit.*, p. 202.

La suddetta prospettiva consente di affrontare la questione, che si prospetta alla giurisprudenza, se la finzione di avveramento della condizione sia applicabile non solo alla ipotesi testuale *ex art. 1359 c.c.*, in cui la condizione «sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa» ma anche alla opposta ipotesi, in cui la condizione si sia avverata per causa imputabile alla parte con interesse contrario al non avveramento. Per un primo orientamento ⁽²²⁾, poiché la finzione esprime un concetto sanzionatorio di ordine eccezionale, tale effetto non può estendersi analogicamente dal testuale comportamento impediente l'avveramento al non previsto e opposto comportamento realizzante l'avveramento. Per un altro orientamento ⁽²³⁾, che si appalesa emancipato dalla lettera della norma anche appellandosi al canone di buona fede e correttezza ⁽²⁴⁾, il comportamento imputabile, che l'avveramento realizzi, meriterebbe invece di essere sanzionato, poiché il risultato si è pur sempre realizzato attraverso uno svolgimento causale diverso da quello previsto e detto risultato sarebbe non opposto ma perfettamente simmetrico a quello sanzionato dalla norma attraverso quindi un'applicazione di quest'ultima meramente estensiva: assume funzione vessillare di tale impostazione estensiva l'enunciato giurisprudenziale polisenso per cui «rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 1359, malgrado la formulazione letterale della norma sia le condizioni sospensive che le risolutive e sia le condizioni positive che le negative» ⁽²⁵⁾.

Ebbene entrambe le impostazioni suddette rischiano di essere fuorvianti nei termini pregiudiziali rispettivamente di una chiusura letterale ovvero di un'apertura indiscriminata: l'enucleazione della rilevanza dei comportamenti soltanto impedienti ovvero anche realizzatori dell'avveramento condizionale deve servirsi del principio di buona fede non meramente declamativo ⁽²⁶⁾ ma coniugato con l'altro principio si-

⁽²²⁾ V. Cass. 16 dicembre 1991, n. 13519, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3095: tale importante sentenza perviene alle conclusioni già articolatamente illustrate da MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 251.

⁽²³⁾ V. Cass. 17 settembre 1980, n. 5291, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 345; v. TRIMARCHI, *Finzione*, cit., p. 809 e ss.

⁽²⁴⁾ V. BRUSCUGLIA, *Pendenza*, cit., p. 110 e ss.; PECCENINI, *La finzione*, cit., p. 71; CHIESI, *La buona fede in pendenza della condizione*, Padova 2006, p. 93.

⁽²⁵⁾ V. Cass. 6 giugno 1989, n. 2747, in *Cod. civ. comm. giur.*, a cura di Bartolini e Dubolino, Piacenza 2006, p. 1143.

⁽²⁶⁾ V., *ante*, nota 14.

stematico di conservazione dei valori normativi ⁽²⁷⁾ e reperire nella specifica origine romanistica della tecnica di finzione di avveramento il senso del limite strutturale e funzionale dell'istituto. Infatti il punto da cui occorre ripartire è proprio la genesi della finzione di avveramento ⁽²⁸⁾ come coestensiva alla struttura solo sospensiva della condizione nel diritto giurisprudenziale romano ⁽²⁹⁾, come propriamente nell'attuale *common law* ⁽³⁰⁾, per poter poi rapportare la funzione della tecnica di finzione alla diversa struttura della condizione risolutiva. Ineludibile diversità strutturale che, al di là della generalizzazione classificatoria post-pandettistica ⁽³¹⁾, in termini meramente condizionali, è tratta a nuova luce, in tutta la sua forza significativa, proprio dalla differenziata operatività pratico-processuale: l'avveramento della condizione sospensiva rappresenta il venir meno di un *fatto impeditivo* di efficacia del rapporto, laddove l'avveramento della condizione risolutiva rappresenta un *fatto estintivo* dell'efficacia del rapporto ⁽³²⁾. Ecco dunque che il senso originario della finzione di avveramento della condizione sospensiva non è assiologicamente neutro ma è diretto a preservare un preciso valore, quello dell'efficacia contrattuale, non fungibile con il suo contrario, pena uno stravolgimento della *ratio* profonda dell'istituto: l'atto che

⁽²⁷⁾ V. GRASSETTI voce *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. d. dir.*, Milano, IX, 1961, p. 183.

⁽²⁸⁾ V. p. 85 § 7 *Digesto. De verborum obligatione*: «Quicumque sub condicione obligatus curaverit ne condicio existeret, nihilominus obligatur». Sui raffronti tra la configurazione classica della finzione e quella giustiniana v. GROSSO, *op. ult. cit.* e DONATUTI, *La finzione di adempimento nella condizione*, in *Studia e docum.*, 3, 1937, p. 63 e ss. Ma v. ora FRANCHINI, *Voti di guerra e regime pontificale della condizione*, Milano 2006, segnatamente pp. 83 e ss.

⁽²⁹⁾ *Ex pluribus*, chiarissimo, VOCI, in *Istituzioni di diritto romano*, Varese 1954, p. 159: «Il concetto romano della condizione corrisponde, pertanto, al concetto moderno della condizione sospensiva. La condizione risolutiva, cioè l'avvenimento futuro e oggettivamente incerto, da cui si fa dipendere il venir meno degli effetti di un negozio è un concetto moderno, ma non romano». I Romani realizzavano l'intento pratico dell'attuale condizione risolutiva attraverso un *pactum adiectum* rispetto ad un contratto concepito *pure* cioè incondizionatamente. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli 1987, p. 85.

⁽³⁰⁾ V. FARNSWORTH-YOUNG-SANGER, *Cases and materials*, *ult. loc. cit.*

⁽³¹⁾ Sulla origine pandettistica delle classificazioni negoziali, v. in generale, WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano 1980, p. 97 e ss.

⁽³²⁾ Su fatti impeditivi e fatti estintivi v. PROTO-PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli 1994, p. 487.

fa mancare l'avveramento è espressamente previsto da una *mens legis* rivolta alla condizione sospensiva perché è contrario a buona fede incidere sul corso degli eventi condizionali, per determinare l'inefficacia del contratto: in tal caso infatti la condotta di una parte incidente sulla causalità degli eventi distrugge la realizzabilità dell'assetto finale d'interessi voluto da entrambe le parti; ha invece una logica radicata nel principio di buona fede ed in quello di conservazione del contratto che non siano negativamente rilevanti comportamenti, che fanno avverare la condizione sospensiva, poiché non è contrario a buona fede incidere sul corso degli eventi condizionali per determinare la piena e libera esplicitazione degli interessi oggettivatisi nel regolamento d'interessi programmato⁽³³⁾. Sanzionare il provocato avveramento della condizione sospensiva⁽³⁴⁾ non viola allora solo la lettera ma anche lo spirito della norma, da cui anzi si trae un ulteriore indizio sistematico del principio di *favor* dell'ordinamento per l'efficacia contrattuale; sanzionare il provocato avveramento della condizione sospensiva come mero attentato alla causalità degli eventi⁽³⁵⁾ significherebbe innervare una paludata aleatorietà nel contratto condizionato, che rimane un contratto commutativo, in cui si è adottata una clausola di salvaguardia di uno specifico interesse estrinseco alla tipicità causale: se un contratto di vendita o di affitto di un certo bene è subordinato al rilascio di una determinata licenza onde veicolare nel regolamento d'interessi, lo specifico interesse del compratore ovvero del conduttore a fruire di una certa destinazione del bene, non può essere considerato contrario a buona fede e quindi sanzionato con la "finzione di non avveramento", il comportamento di una parte volto a favorire l'avveramento della condizione⁽³⁶⁾, in quanto comportamento conforme all'interesse oggettivatosi, anche se per avventura sia intervenuto un interesse dell'altra parte (come si vedrà *infra*

⁽³³⁾ Nota infatti RESCIGNO, voce *Condizione*, *cit.*, p. 798: «Secondo la *Relazione al Re*, n. 86, l'ipotesi d'influenza "sul corso naturale dell'evento posto in condizione, provocandone con proprio vantaggio l'avveramento", non è stata contemplata nell'art. 1359 "perché non può a priori ritenersi che sia normalmente illecito simile comportamento"».

⁽³⁴⁾ Per tale indiscriminata sanzione, v. CHIESI, *op. ult. cit.*

⁽³⁵⁾ V. MIRABELLI, *op. ult. cit.*

⁽³⁶⁾ Chiarissimo BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 563: «che una parte abbia provocato o contribuito a provocare l'avveramento della condizione non giustifica quindi l'esclusione degli effetti dato che non viene lesa alcuna aspettativa contrattuale».

§ 6, fungibilmente venditore / locatore o compratore / conduttore), di segno opposto a quella efficacia, qualora questi abbia reperito sul mercato un contratto ritenuto più conveniente. Mentre invece sarebbe sanzionabile ovviamente il comportamento volto ad ostacolare l'ottenimento di quella licenza per gli stessi sopravvenuti motivi.

Ecco dunque che nel contesto sistematico di *favor* dell'ordinamento per l'esplicazione degli effetti contrattuali e senza meccanicistiche trasposizioni, che deve essere affrontato il problema dell'applicabilità della finzione alla condizione risolutiva: qui è proprio il comportamento di una parte concretante l'avveramento della condizione a neutralizzare gli effetti contrattuali e quindi meritevole di sanzione perché contrario a buona fede, laddove dev'essere considerato irrilevante il comportamento di una parte che impedisce l'evento risolutore.

Conclusivamente, in termini di logica formale, ai fini dell'operatività della sanzione della finzione di avveramento condizionale, l'impedimento del verificarsi del fatto positivo dedotto come evento in condizione sospensiva equivale perfettamente a provocare il fatto negativo dedotto come evento in condizione risolutiva⁽³⁷⁾. Ora, il concetto di "fatto" o "evento" negativo⁽³⁸⁾ dev'essere precisato, onde evitare incombenti equivoci, nel senso che si tratta sempre di un fatto o evento naturalisticamente positivo nel suo concretizzarsi ma normativamente negativo, ossia che non deve accadere, nel dover essere configurato dall'autonomia privata, ai fini del prodursi di un determinato risultato coincidente con la inefficacia definitiva del contratto (condizione risolutiva) ovvero con la sua efficacia definitiva (condizione sospensiva): dunque, nel caso di una vendita a prova subordinata risolutivamente al mancato accertamento di determinate qualità (fatto negativo), sarà il concreto accertamento di dette qualità a determinare l'efficacia definitiva del contratto, proprio come nella stessa vendita a prova subordinata

⁽³⁷⁾ Del resto, che la giurisprudenza applichi a ragione tale equivalenza è reperibile un precedente addirittura in Cass. 14 marzo 1949, n. 427, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 395, laddove per l'ipotesi della vendita a prova la clausola di prova o collaudo che subordina sospensivamente l'efficacia del contratto all'accertamento di certe qualità ovvero risolutivamente fa scaturire l'inefficacia dell'accertamento di assenza delle stesse qualità, la Suprema Corte ammette fungibilmente la finzione di avveramento ovvero di non avveramento.

⁽³⁸⁾ Sul concetto di "fatto negativo" v., per la sintesi di rigore teorico e di valenza pratico applicativa, LARGUIER, *La preuve d'un fait négatif*, in *Rev. trim. droit civil*, 1953, p. 1 e ss.

sospensivamente all'accertamento di determinate qualità (fatto positivo), sarà il medesimo fatto, naturalisticamente inteso, dell'avvenuto accertamento di qualità, a determinare l'efficacia definitiva del contratto; ⁽³⁹⁾; così nel caso di vendita ad un terzo di metà di un terreno, subordinata sospensivamente alla non concessione di usufrutto al venditore sull'altra metà da parte dell'altro coerede e quindi alla non realizzabilità di una certa unità coltivativa estensiva (fatto negativo), sarà il concretarsi di essa concessione di usufrutto a determinare l'inefficacia della vendita proprio come nella stessa vendita ma risolutivamente subordinata per lo stesso fine a quella concessione di usufrutto (fatto positivo), sarà la medesima effettiva concessione a determinare l'inefficacia ⁽⁴⁰⁾. Una volta precisato il concetto di fatto o evento negativo e la sua dinamica applicativa nel meccanismo condizionale, meglio può esserne colta la specifica rilevanza ai fini dell'applicabilità della finzione di avveramento: provocare l'evento negativo dedotto nella condizione risolutiva ossia l'evento il cui non accadere dimensiona la pendenza estrinseca rispetto all'efficacia negoziale attuale, costituisce infatti un comportamento meritevole della sanzione della finzione di "non" avveramento, proprio perché significa impedire all'assetto finale d'interessi programmato dalle parti di attivarsi, tanto quanto impedire l'avveramento dell'evento positivo dedotto nella condizione sospensiva come previsto dalla norma ossia l'evento, il cui accadere farebbe cessare la pendenza che limita l'efficacia negoziale. Si tratta di una interpretazione estensiva della norma sorretta dalla *ratio* di tutela del principio di efficacia contrattuale e non di una interpretazione analogica, in quanto l'ipotesi empirica non è diversa da quella prevista dalla fattispecie normativa ma è la stessa, seppur realizzata dall'autonomia privata attraverso uno strumento tecnico diverso ma mirante al medesimo risultato empirico; invece qualora si ammettesse l'applicabilità della finzione in questione anche al comportamento della parte che impedisca il verificarsi dell'evento positivo dedotto nella condizione risolutiva ossia di quell'evento il cui accadere determinerebbe la definitiva inefficacia negoziale, questa sarebbe un'applica-

⁽³⁹⁾ V., *retro*, nota 37.

⁽⁴⁰⁾ Tali esemplificazioni casistiche di tecniche parallele (condizione sospensiva ovvero risolutiva) per realizzare il medesimo risultato empirico, al di là delle esigenze ricostruttive di simmetria logico-giuridica non escludono la consapevolezza che in concreto la scelta di perseguire lo stesso risultato empirico tramite la condizione risolutiva, piuttosto che tramite la sospensiva, si verifichi allorché le parti valutino più supportato in termini probabilistici il permanere degli effetti del contratto, v. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 810-811.

zione analogica di una norma sanzionatoria. Ebbene tale analogia va considerata inammissibile con riferimento alla qui diversa ipotesi empirica lecita dell'aver inciso sulla casualità degli eventi, permettendo l'attuazione dell'assetto finale d'interessi a priori programmato da entrambe le parti: è innegabile difatti che l'impedire il verificarsi dell'evento positivo nella condizione risolutiva, in termini di risultato empirico, è del tutto uguale al provocare il verificarsi dell'evento negativo dedotto nella condizione sospensiva, ossia l'evento il cui non accadere dimensiona la pendenza intrinseca rispetto alla inefficacia negoziale, ipotesi esclusa dallo spettro applicativo della norma sanzionatoria in esame: infatti il verificarsi di quell'evento, il cui non accadere comprime l'efficacia in regime di pendenza, viene a liberare proprio quell'efficacia permettendo così la piena attuazione del programma negoziale ⁽⁴¹⁾.

2. *Specificità dell'evento condizionale e procedimento; valore della pendenza e rischio; parallelo tra realizzazione dell'evento condizionale ed adempimento; rilevanza procedimentale della retroattività della condizione.*

Quindi nella dinamica condizionale non vi è un concatenamento di un atto con un successivo proveniente direttamente dalla medesima determinazione, quanto un concatenamento di un atto con un accadimento ordinariamente esterno alla sfera di signoria delle parti e di cui tale estrinsecità costituisce un valore negoziale relativo e non assoluto, come tale voluto dalle parti e da preservare con strumenti di tutela come la finzione di avveramento della condizione: il valore della pendenza, quale fenomeno preordinato di strutturale non univocità di soluzione della stessa, discende quindi dall'accettazione del rischio che un dato evento accada o meno, e trova un limite di ragionevolezza ⁽⁴²⁾ nell'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ In tal senso non paiono condivisibili le conclusioni cui perviene CHIESI, *op. cit.*, p. 93 e ss., nel senso di una indiscriminata applicabilità dell'art. 1359 c.c., a tutti i tipi di condizione, sospensiva e risolutiva con fungibilità della positività ovvero della negatività dell'evento in entrambi i casi.

⁽⁴²⁾ Per il concetto di origine spiccatamente giurisprudenziale di "ragionevolezza" con specifico riguardo al diritto privato v. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 e ss.

⁽⁴³⁾ V. RUBINO, *op. cit.*, p. 111 e RESCIGNO, *op. cit.*, p. 770.

Ma l'incardinamento procedimentale dell'obbligo di astensione dell'impedimento dell'evento condizionale consente di precisare che tale obbligo si pone su un piano qualitativamente differente rispetto alle obbligazioni nascenti dal contratto efficace⁽⁴⁴⁾, delle quali vi è comunque il rischio dell'inadempimento⁽⁴⁵⁾: l'alternativa tra adempimento ed inadempimento pertiene al momento esecutivo⁽⁴⁶⁾ della norma contrattuale ed è assoggettata ad un giudizio di conformità rispetto a quest'ultima; invece l'alternativa tra verificarsi o meno dell'evento condizionale pertiene ancora al momento conformativo dello stesso parametro normativo e l'obbligo di astensione dall'interferirvi⁽⁴⁷⁾ pertiene allo stesso procedimento di formazione della norma contrattuale. L'obbligo di astensione dall'impedimento dell'evento condizionale è cioè norma di "procedura contrattuale" o, se si preferisce, "norma sulla produzione" della regola contrattuale⁽⁴⁸⁾. Tale significato si coglie, in tutta la sua portata semantico-giuridica, sol che si consideri l'evoluzione dell'effetto condizionale da irretroattivo com'era nel diritto romano⁽⁴⁹⁾ a retroattivo com'è nel diritto vigente: la retroattività della condizione sancisce la definitiva demarcazione tra meri effetti negoziali ed effetti finali del negozio⁽⁵⁰⁾. Se solo gli effetti finali sono idonei a fondare dei diritti in capo ai terzi che abbiano acquistato *sub condicione*, tuttavia gli effetti negoziali, virtualmente idonei a fondare diritti in capo a terzi, come tali già si dimensionano nei limiti procedurali *inter partes*: il diritto a fare ragionevole affidamento sulla non interferenza dell'altra parte nella dinamica dell'evento condizionale è un diritto endoprocedimentale suscettibile di

(44) Chiarissimo in tal senso un *obiter dictum* Corte cost. 13 luglio 1984, n. 226, in *Consulta Online*, p. 5.

(45) Sui rapporti tra atto dovuto ed evento condizionale v., *ex pluribus*, AMADIO, *La condizione d'inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova 1996; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela*, Milano 1996; DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di inadempimento*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1102 e ss.

(46) V. Salv. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato (Appunti)*, Milano 1958, p. 67.

(47) V. RUBINO, *ult. loc. cit.*

(48) Sull'autonomia privata come attività di creazione normativa v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da Cian, Messineo e Mengoni, vol. I, t. 1, Milano 1998, pp. 63 e 156-157.

(49) V. ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*

(50) V. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*

essere trasferito in capo a terzi con il diritto pur condizionato, cui il diritto/obbligo di correttezza è accessorio.

3. *Eccentricità della condizione potestativa rispetto al fenomeno della condizione: abuso di condizione potestativa come presupposto di operatività della finzione; condizione potestativa ed attività; ammissibilità della condizione potestativa solo nell'ipotesi sospensiva: conferma; condizione unilaterale e rinunciabilità alla stessa come ipotesi opposta alla finzione di avveramento.*

Il valore dell'evento condizionale nella strutturazione del negozio postula rispetto alle parti «l'estraneità dell'avveramento da ogni loro intervento»⁽⁵¹⁾: il che val quanto dire che entro i limiti di ragionevolezza prima analizzati l'intervento di una parte, che alteri l'indipendenza dell'evento condizionale, implica l'assoggettamento della parte stessa alle regole di responsabilità discendenti dall'obbligo di buona fede. Ora – come ben coglie la giurisprudenza che nega l'applicabilità della finzione di avveramento alla condizione potestativa⁽⁵²⁾ – tale configurazione della struttura di relazione tra volontà contrattuale ed evento condizionale non ricorre nella c.d. condizione potestativa⁽⁵³⁾, in cui è lo stesso evento condizionale a dipendere dalla volontà di una parte⁽⁵⁴⁾: si deve trattare di una volontà ancorata a motivi seri ed apprezzabili⁽⁵⁵⁾ oggettivamente e dove dunque tale rilevanza positiva della dinamica

⁽⁵¹⁾ V. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 798.

⁽⁵²⁾ Cass. 5 maggio 1967 n. 671, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1854; Cass. 14 gennaio 1967 n. 140, *ivi*, I, p. 1883; Cass. 18 maggio 1973, n. 1453, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 741; Cass. 26 aprile 1982, n. 2583, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1720; Cass. 28 luglio 1983, n. 5213, in *Codice civ. comm., cit.*; Cass. 13 aprile 1985 n. 2464 in *Rep. Foro* 1986, voce *Contratto in genere*, n. 252; Cass. 5 giugno 1996 n. 5243, *id* 1996, voce *cit.* n. 295; Cass. 23 aprile 1998 n. 4178, *id* 1998, voce *cit.* n. 374; Cass. 11 agosto 1999, n. 8584, *id* 2000, voce *cit.*, n. 447.

⁽⁵³⁾ Sulla distinzione tra condizione potestativa e meramente potestativa v. BILIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, Torino 1988, p. 765.

⁽⁵⁴⁾ Nitida è la nozione della Sezione lavoro della Suprema Corte: v. Cass. 13 novembre 1989, n. 4785, citata da SACCO, *op. cit.*, p. 152, per cui «non c'è nullità dovuta a condizione meramente potestativa se l'impegno ipotizzato è capace di corrispondere anche a un interesse della parte che s'impegna».

⁽⁵⁵⁾ V. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 765.

determinativa della parte legittimata esclude di regola logicamente la rilevanza negativa di un intervento della parte per impedire l'evento condizionale ⁽⁵⁶⁾, proprio perché nella condizione potestativa non si ha propriamente un evento condizionale originariamente esterno ma una strutturazione eventuale di una vera e propria riserva volitiva a favore di una parte ed accettata dall'altra. Nella condizione potestativa si ha cioè una vera e propria "competenza condizionale" di una parte: il concetto di "competenza" ⁽⁵⁷⁾ rapportato all'autonomia privata è utile per configurare l'esplicazione della determinazione condizionale in termini di volizione oggettivamente incardinata e non autoreferenziale e quindi nel rispetto del divieto di condizione meramente potestativa. Tale discrezionalità è così ancorata alla serietà e concreta apprezzabilità di un interesse oggettivamente rilevante, come tale idoneo a fungere da limite per la volontà rilevante nel segno di garanzia per l'altra parte ⁽⁵⁸⁾. Ecco dunque che il corollario di tale configurazione, è che non si può escludere a priori ⁽⁵⁹⁾ la rilevanza del presupposto della finzione di avveramento, allorquando la parte competente a determinarsi in senso condizionale abusivamente si adoperi a rimuoverne i limiti: si pensi ad un

⁽⁵⁶⁾ Contro l'applicabilità della finzione di avveramento alla condizione potestativa nonché all'elemento potestativo della condizione mista, v. BARBERO, voce *Condizione*, in *Noviss. Digesto it.*, III, Torino 1959, p. 1105; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 252 e ss.; BIANCA, *op. cit.*, p. 555; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 797; in modo articolato, CARUSI, *Ancora appunti in tema di condizione potestativa ed unilaterale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 688 e ss. A favore invece dell'applicabilità della sanzione dell'art. 1359 c.c. BRUSCAGLIA, *op. cit.*, p. 75 e ss.; COSTANZA, *op. cit.*, p. 1528; VITUCCI, *op. cit.*, p. 9 e ss.; BESOZZI, *op. cit.*, p. 1104.

⁽⁵⁷⁾ Per l'utilizzo del concetto pubblicistico di competenza in materia negoziale, v. già BETTI, *Teoria generale del negozio*, *cit.*, pp. 46, 72, 80 e ss., 91 e ss., 100 e ss., 111 e 332.

⁽⁵⁸⁾ Per l'approfondimento della distinzione tra condizione potestativa e condizione meramente potestativa, si rinvia in quest'opera a CAPONETTI, cap. 3.

⁽⁵⁹⁾ Dunque se qualche cautela può avanzarsi sull'impostazione eccessivamente empirica casistica di BELFIORE che oppone alla regolare inapplicabilità della finzione, il criterio della verifica caso per caso della suscettibilità di applicazione della finzione, (v. nota *cit.* a Cass. 13 aprile 1985 n. 2464, p. 613), tuttavia deve ammettersi l'applicabilità della finzione qualora la parte con competenza condizionale si produca in un contegno caratterizzato dal solo scopo di ledere gli interessi dell'altra parte impedendo l'efficacia del contratto: in tal senso, TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 821; DE CUPIS, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Giur. it.*, 1983, p. 1722; articolatamente, PECCENINI, *op. cit.*, p. 71 e ss.; CIANCARELLI, *Finzione di non avveramento e condizione mista*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 3291.

istituto bancario il quale, riservatosi di concedere un fido alla verifica della convenienza dello stesso subordini poi tale concessione ad una clausola risultante vessatoria.

Da tutto ciò discende che nella condizione potestativa il comportamento dedotto in condizione, nella misura in cui non può essere considerato come *esecutivo* di alcun obbligo è espressivo di “attività”⁽⁶⁰⁾ piuttosto che di “procedimento”⁽⁶¹⁾, dal momento che l’attività è sintesi di atti susseguentisi ma liberi e non necessitati e pur tuttavia relazionati teleologicamente nel realizzare la specifica funzione del negozio subordinato alla condizione potestativa. Inoltre è evidente che la limitazione della nullità della condizione potestativa alla sua sola manifestazione sospensiva e non anche a quella risolutiva implica che tale regime non sia analogicamente estensibile a quella risolutiva, giacché il diritto di recesso dal contratto, ove attribuito dall’autonomia o dalla legge, ovvero altri istituti come il diritto di riscatto nella vendita, sono logicamente riconducibili ad una condizione risolutiva unilaterale il cui regime è compatibile con la mera potestatività. Ciò è chiaro alla giurisprudenza⁽⁶²⁾, che abilmente distingue tra le ipotesi di sussistenza di una condizione in senso proprio, allorquando l’effetto risolutivo retroagisce *ex tunc* e le ipotesi di esercizio di un diritto di recesso con effetto *ex nunc*⁽⁶³⁾. Tuttavia la distinzione giurisprudenziale, per i contratti a prestazione continuativa o periodica, s’imbatte nel limite della espressa irretroattività, che accomuna la condizione risolutiva (art. 1360, II co. c.c.) al diritto di recesso (art. 1373, II co. c.c.) con riferimento alle prestazioni già eseguite, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Sempre da un punto di vista sistematico, la configurabilità invece della condizione sospensiva o risolutiva ma unilaterale, posta cioè nell’interesse esclusivo di una sola parte, postulerebbe, in virtù dello stesso principio della disponibilità degli effetti giuridici, che la parte, nel cui in-

⁽⁶⁰⁾ V., in generale, ALCARO, *L’attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, (Saggi), Napoli 1999.

⁽⁶¹⁾ V. Salv. ROMANO, *Introduzione*, cit.

⁽⁶²⁾ Chiarissima Cass. 16 novembre 1985 n. 5631, in *Mass. Foro it.*, 1985, p. 1034; cfr. SANGIORGI, *Rapporti di durata, recesso ad nutum*, Milano 1965, p. 143; in tal senso BIANCA, *op. cit.*, p. 556; *contra*, BARBERO, *op. cit.*, p. 1103; RESCIGNO, *op. cit.*, p. 796.

⁽⁶³⁾ V. Cass. 18 settembre 1974, n. 2504, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 462; Cass. 7 agosto 1989, n. 3626, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 350.

teresse è posta, possa rinunciare alla stessa anche *ex postfacto* cioè anche nell'ipotesi in cui l'evento condizionale si sia verificato ⁽⁶⁴⁾. Ora certamente tale ultimo rilievo evidenzia sistematicamente che la rinuncia alla condizione unilaterale verificatasi costituisce logicamente l'ipotesi fenomenologica opposta alla finzione di avveramento della condizione: infatti mentre in quest'ultimo caso, pur in assenza dell'evento condizionale, opera *ope iuris* l'effetto condizionale, nel primo caso, pur in presenza dell'evento condizionale, non opera l'effetto condizionale per un atto di autonomia. Tuttavia è proprio tale parallelo sistematico ad introdurre la necessità di sottoporre a vaglio critico la generalizzazione della rinunciabilità alla condizione unilaterale, con riguardo ad ogni tipologia di condizione sospensiva e risolutiva, nella stessa misura in cui quest'analisi ha precedentemente cercato di argomentare la non condivisibilità della generalizzazione applicativa della finzione di avveramento ad ogni tipologia condizionale sulla base di una generica «tutela dell'interesse del soggetto al normale svolgimento del rapporto nascente dal negozio condizionato», che invece dev'essere ragionevolmente circoscritta come tutela dell'interesse del soggetto alla non interferenza della controparte nel normale svolgimento casuale del rapporto condizionato in senso solo impeditivo dell'efficacia finale, in correlazione all'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie (v. *ante* § 1). Ora, allo stesso modo, la rinunciabilità alla condizione unilaterale – nel senso di rinuncia all'effetto implicato dalla condizione – non è un fenomeno radicato in una sorta di volontà potestativa, quanto piuttosto in un interesse verificabile della parte legittimata, che deve valutarsi sempre come interesse oggettivatosi nella causa concreta dell'assetto di interessi negoziale: da ciò consegue che non può condividersi la rinunciabilità all'effetto della realizzazione condizionale che abbia determinato l'efficacia del contratto, giacché la tutela di quell'efficacia trascende l'interesse del soggetto, nel cui interesse è stata posta la condizione, per investire l'assetto d'interessi coinvolgente anche l'altra parte. Così, in una vendita immobiliare subordinata sospensivamente all'autorizzazione di frazionamento, il compratore, esclusivo beneficiario della condizione, non potrà rinunciare all'effetto di quell'evento condizionale una volta verificatosi ma soltanto prima che si verifichi, rendendo il negozio puro, os-

⁽⁶⁴⁾ V. Cass. 6 luglio 1984, n. 3965, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1114, (con riferimento all'alienazione immobiliare); Cass. 3 marzo 1991, n. 3185, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 908. In dottrina v., *ex pluribus*, SACCO, *op. cit.*, II, p. 148.

sia efficace senza bisogno di quell'evento; viceversa potrà rinunciare all'avveramento dell'evento condizionale che abbia effetto risolutivo il compratore che rinunci a quell'effetto risolutivo derivante dal diniego amministrativo di frazionabilità dell'immobile e si accontenti quindi dello stesso bene nello stato unitario attuale. Il che val quanto dire che soltanto la condizione risolutiva è rinunziabile anche *ex postfacto* mentre quella sospensiva è rinunziabile soltanto prima che l'evento si verifichi, giacché la rinunzia si commisura all'interesse del soggetto al cui esclusivo favore è posta la condizione unilaterale nei limiti in cui tale rinunzia garantisca l'interesse anche dell'altra parte, implicato della efficacia contrattuale ⁽⁶⁵⁾.

4. *Rilevanza del mero tentativo di impedimento dell'evento condizionale; funzione riparatoria della finzione; applicabilità del rimedio risolutorio.*

Se si individua il presupposto della finzione di avveramento della condizione nella violazione dell'obbligo di buona fede ⁽⁶⁶⁾, ecco che deve essere posta la questione se ai fini dell'applicazione della sanzione riparatoria sia rilevante il mero tentativo di impedire che si verifichi l'evento condizionale ⁽⁶⁷⁾. Viene fatto autorevolmente ⁽⁶⁸⁾ discendere dalla natura riparatoria – a garanzia della controparte – e non punitiva, una risposta negativa. Dunque il contegno pur doloso volto, senza riuscirci, ad impedire l'evento condizionale sarebbe irrilevante in ossequio ad una tutela oggettivistica e non soggettivistica dell'interesse di controparte. Con tale orientamento si deve convenire nel senso della inapplicabilità della finzione, anche alla luce della precisazione in senso oggettivistico dell'art. 1359 c.c. attuale, rispetto al disposto più soggettivisticamente interpretabile dell'art. 1169 c.c. del 1865. Infatti la norma attuale assume come presupposto che la condizione «*sia mancata* per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di es-

⁽⁶⁵⁾ La questione è comunque controversa: Si rinvia peraltro alla trattazione specifica della condizione unilaterale in questo volume (BALDINI cap. 4).

⁽⁶⁶⁾ V. *ante*, § 1 e 2.

⁽⁶⁷⁾ La riflessione su tale profilo è risalente e non più coltivata in dottrina, si deve a BETTI, *op. cit.*, p. 529; cfr. Cass. 10 febbraio 1944, n. 211, in *Reg. Foro*, 1944, voce *Obbligazioni e contratti*.

⁽⁶⁸⁾ BETTI, *loc. ult. cit.*

sa», laddove la norma previgente assumeva che «lo stesso debitore obbligato sotto condizione *ne abbia impedito* l'adempimento». Tuttavia sussistendo, col tentativo d'impedimento, già la violazione dell'obbligo di buona fede appare ammissibile la risoluzione per inadempimento dell'obbligo accessorio di buona fede ⁽⁶⁹⁾: questa soluzione non sembra incompatibile con la pur condivisibile tesi che non ammette in via generale la possibilità di azionare alternativamente la finzione di avveramento ovvero la risoluzione, nella diversa e testuale ipotesi di compiuto impedimento di avveramento della condizione ⁽⁷⁰⁾. Tuttavia, anche con riguardo all'impedimento compiuto, deve accogliersi parzialmente il suggerimento ⁽⁷¹⁾ dell'ammissibilità del rimedio risolutorio con riferimento a contratti sospensivamente condizionati aventi ad oggetto beni infungibili la cui utilità sia stata compromessa: si pensi al caso di un contratto sospensivamente condizionato alla realizzabilità di una certa destinazione ed il comportamento scorretto della parte avente interesse contrario all'avveramento provochi non solo l'irrealizzabilità della destinazione ma anche il perimento del bene mobile infungibile ovvero la perdita della caratteristica infungibile di un bene immobile complementare a quella destinazione o qualifica. Ciò si verifica, ad esempio, nell'atto di disposizione di un immobile storico subordinato alla notifica dello stesso da parte della competente amministrazione, allorquando il disponente, durante la pendenza della condizione, ponga in essere atti di spoliatura di tutte le caratteristiche qualificanti l'interesse storico-artistico, o vendendo a terzi o comunque asportando camini, pietre, marmi, affreschi, infissi etc. ossia beni che ordinariamente sono pertinenze ma che, nell'immobile di rilevanza storico-artistica, non si limitano a *denotare* ma che *connotano* il presupposto della qualificazione amministrativa. Ma in tali ipotesi, è evidente che non si tratterà di un'alternativa tra finzione e risoluzione, quanto di una riespansione della tutela risolutoria a fronte della impossibile esplicazione in concreto della effettività di tute-

⁽⁶⁹⁾ BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 115 e ss. L'Autore muove dalla ricostruzione della finzione non come fenomeno sanzionatorio ma come «elemento conclusivo della fattispecie complessa produttiva del rapporto giuridico fondamentale»; dunque casomai la finzione precostituirebbe «il presupposto per un eventuale misura specificatamente sanzionatoria quale il risarcimento del danno».

⁽⁷⁰⁾ V. BRUSCUGLIA, *loc. ult. cit.*

⁽⁷¹⁾ V. CHIESI, *op. cit.*, p. 74, favorevole in via generale alla alternatività tra risoluzione e finzione.

la dell'efficacia contrattuale tipizzata dall'ordinamento tramite la tecnica della finzione di avveramento ⁽⁷²⁾.

5. *Finzione di avveramento della condizione e decadenza dal beneficio del termine: parallelo sistematico.*

Giova all'economia di quest'analisi il confronto sistematico tra l'istituto della finzione di avveramento della condizione *ex art. 1359 c.c.* e quello della decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*, che assume come presupposto l'insolvenza ovvero la diminuzione delle garanzie da parte del debitore: il mero pericolo dell'inadempimento e, quindi il verificarsi di fatti prodromici allo stesso fa scattare la conseguenza protettiva per l'altra parte a prescindere che tale atteggiamento debitorio sia doloso o colposo.

Ora, nonostante la suddetta tecnica di tutela pertenga alla disciplina dell'altro elemento accidentale per eccellenza – il termine –, pare passata del tutto inosservata alla dottrina ed alla giurisprudenza l'osservazione che la decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.) costituisce un istituto che si esprime attraverso la medesima tipologia di tecnica di tutela della finzione di avveramento della condizione: nonostante non si sia verificato il fatto cronologico-naturalistico del decorso del tempo individuato dalle parti o dalla legge per rendere esigibile l'obbligazione, l'ordinamento rende egualmente esigibile l'obbligazione, facendo scaturire così l'effetto in assenza dell'*evento cronologico* predeterminato, allo stesso modo in cui lo fa scaturire in assenza dell'*evento condizionante* nell'ipotesi della finzione. È di tutta evidenza come in entrambi i casi la tecnica di tutela sanziona una violazione dell'obbligo di buona fede: nel caso della finzione di avveramento, è violato l'obbligo correlativo al diritto dell'altra parte di fare affidamento sul non intervento impeditivo dell'evento condizionale da parte del soggetto che ha interesse contrario all'avveramento; nel caso della decadenza del termine, risulta violato l'obbligo correlativo al diritto dell'altra parte di fare affidamento sulla conservazione della solvibilità e delle garanzie patrimoniali del debitore.

⁽⁷²⁾ V. *ante*, § 1.

6. *Prescindenza della finzione di avveramento dal dolo e dalla colpa, suo incardinamento nel concetto di buona fede; diligenza come obbligo esecutivo e buona fede come obbligo espressivo.*

Ora, la configurazione delle tecniche di tutela in esame, come espressive dell'obbligo di buona fede, rende possibile emancipare la configurabilità dei comportamenti lesivi dai criteri d'imputazione della colpa e del dolo ⁽⁷³⁾ e quindi dai parametri soggettivistici della diligenza e della volontarietà dell'azione. Infatti si è posto il problema se il comportamento impeditivo dell'evento condizionale debba essere doloso o sia compatibile con la colpa. Ma il richiamo alla dialettica soggettivistica dei criteri d'imputazione dell'illecito ⁽⁷⁴⁾ ovvero dell'inadempimento ⁽⁷⁵⁾ appare fuorviante, non solo sotto il profilo della esorbitanza del dolo rispetto ad una misura riparatoria protettiva dell'affidamento e quindi non sanzionatorio-retributiva ⁽⁷⁶⁾, ma anche sotto il profilo della colpa. Infatti se la colpa è l'assenza di diligenza ⁽⁷⁷⁾ ed il grado della colpa è inversamente proporzionale alla diligenza, ecco che l'analisi della diligenza fa riferimento allo sforzo ordinariamente richiesto ai soggetti nel *neminem laedere* ovvero in *adimplenda obligatione*. Tale sforzo, nel suo differente atteggiamento tipologico, viene a reperire il proprio limite deontologico proprio in quel *caso* ⁽⁷⁸⁾, quale entificazione della causalità non imputabile, che costituisce invece, nella condizione causale o mista, proprio l'elemento costitutivo ovvero complementare dell'evento condizionale; ne consegue che assoggettare il comportamento della parte che ha interesse contrario all'avveramento della condizione ad un giudizio di colpa, significherebbe confrontarlo con un parametro di diligen-

⁽⁷³⁾ Nel senso comunque della sufficienza della colpa è la giurisprudenza dominante: v. Cass. 2 luglio 1949, n. 1654, in *Giur. civ. comm.*, 1949, 3, p. 1071; Cass. 17 maggio 1974, n. 1468; Cass. 13 aprile 1985, n. 2464; Cass. 9 agosto 1996, n. 7377; Cass. 8 settembre 1999, n. 9511, in *Cod. civ. comm., cit.* Per una soluzione articolata in base alle probabilità accettate dalle parti nella ripartizione dei rischi nel caso concreto v. SACCO, *op. cit.*, p. 155.

⁽⁷⁴⁾ V., *ex pluribus*, ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano 1999, p. 231 e ss.

⁽⁷⁵⁾ V. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile commentato* (Art. 1218-1222), dir. da Piero Schlesinger, Milano 1987, p. 75 e ss.

⁽⁷⁶⁾ V. BETTI, *op. ult. cit.*

⁽⁷⁷⁾ Sulla genesi del concetto normativo di diligenza v. VISINTINI, *loc. ult. cit.*

⁽⁷⁸⁾ V. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 333.

za, il cui limite coinciderebbe con l'oggetto dell'obbligo violato, ossia l'obbligo di non interferire con la casualità di un dato evento; l'obbligo di non influire sul caso troverebbe il suo limite nel caso stesso, il che val quanto dire che il contenuto dell'obbligo ed il limite del parametro di valutazione della sua attuazione coinciderebbero: ciò, da un punto di vista fenomenologico, è una tautologia materiale, laddove da un punto di vista normativo è una elisione concettuale del valutante col valutato e quindi una privazione di quello strumento imprescindibile della interpretazione, che è la *norma agendi*. Ecco dunque che l'obbligo di non interferire con la dinamica di produzione dell'evento condizionale si conferma espressivo di un obbligo di buona fede ossia del rispetto dovuto all'affidamento dell'altra parte su tale non interferenza, in un regime di prescindenza assoluta dalla dolosità ovvero dalla colposità di tale interferenza: l'interferenza con la casualità di un evento è per ciò stesso imputabile e sanzionato con la finzione di avveramento proprio come l'insolvenza e la diminuzione delle garanzie sono per ciò stesso imputabili e sanzionate con la decadenza dal termine. Dunque l'obbligo di non interferire con la dinamica casuale dell'evento condizionale, così come l'obbligo di non diminuire solvibilità e garanzie sono legittimamente presupposti dell'altra parte come estrinseci al parametro di diligenza e quindi fuori dallo sforzo determinato dallo specifico rapporto e dalla tensione dello stesso, per essere invece legittimamente presupposti come espressivi della congruità tra dichiarazioni e contegni dei soggetti ossia dell'obbligo di buona fede. Si tratta in definitiva di quell'obbligazione negativa primaria immanente ad ogni rapporto giuridico di non *venire contra factum proprium*, in cui si manifesta la valenza sistematica della regola ontologica delle obbligazioni negative nelle quali ogni fatto compiuto in violazione delle stesse costituisce di per sé inadempimento: l'obbligo di diligenza è un *obbligo esecutivo* ⁽⁷⁹⁾, pertinente cioè alla esecuzione secondo un parametro normativo, laddove l'obbligo di buona fede è un *obbligo espressivo* di una predisposizione ad eseguire ⁽⁸⁰⁾.

Se è pertanto da stigmatizzare il persistente orientamento giuri-

⁽⁷⁹⁾ V. di MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 6 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Si concorda qui pienamente con l'impostazione magistrale di MENGONI, in *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 282, per cui l'obbligo di buona fede implica l'obbligo di mantenere la possibilità stessa di adempiere.

sprudenziiale che assertivamente subordina l'applicabilità della finzione alla colposità ovvero dolosità della condotta della parte avente interesse contrario all'avveramento ⁽⁸¹⁾, tuttavia un esame analitico dell'*itinerarium mentis* seguito operativamente dai giudicanti mostra, al di là dei risultati declamativi di certe massime, un'adesione empirica ai principi enunciati nelle precedenti argomentazioni attraverso – non si sa quanto consapevoli – operazioni ermeneutiche presuntive di colpa in casi di violazione della buona fede ⁽⁸²⁾, o viceversa, supportate dal richiamo di massime di esperienza per escludere la colpa ⁽⁸³⁾ quando, in realtà manca semplicemente la violazione della correttezza.

Significativa di questa confusione di ruoli tra la buona fede / correttezza e la colpa, da parte della giurisprudenza, è la soluzione peraltro condivisibile del seguente caso da parte della Cassazione ⁽⁸⁴⁾: una Pubblica Amministrazione stipula con un professionista un contratto per il conferimento a quest'ultimo di un incarico di progettazione di un'opera pubblica, condizionando però la corresponsione dell'onorario allo stanziamento del finanziamento relativo in bilancio; sorta la controversia a seguito del mutato intendimento della P.A. e della mancata corresponsione dell'onorario per il compiuto progetto, il giudice di merito ha ritenuto non suscettibile della sanzione della finzione di avveramento il comportamento della P.A. consistito nell'omettere l'attività amministrativa necessaria per accedere al finanziamento: ciò, sulla base della corretta qualificazione della condizione come sospensiva potestativa-mista in quanto la P.A. aveva l'interesse ma non il dovere di chiedere il finanziamento. Ebbene il giudice di legittimità ha ritenuto di cassare la decisione suddetta, in quanto errata, laddove non riconoscendo il presupposto della finzione di avveramento, ha automaticamente escluso altresì l'ob-

⁽⁸¹⁾ V. Cass. 8 agosto 1999 n. 9511, *Rep. Foro*, 2001, voce *Contratti in genere* n. 475; Cass. 26 maggio 2003 n. 8363, *id* 2003, voce *cit.*

⁽⁸²⁾ V. Cass. 20 luglio 1989 n. 3385 in *Foro it.* 1989, I, p. 1301; Cass. 2 giugno 1992 n. 6676 in *Giur. it.* 1993, I, 1, p. 1308; Cass. 22 marzo 2001, n. 4124, in *Contratti*, 2001, p. 861: si tratta di sentenze in materia di responsabilità dell'alienante che non si sia attivato per realizzare i presupposti per l'ottenimento di certe autorizzazioni.

⁽⁸³⁾ V. Cass. 8 agosto 1999 n. 9511 *cit.* e 26 maggio 2003 n. 8363 *cit.* laddove si scomoda l'assenza di dolo o colpa per giustificare la non applicazione del 1359 c.c., quando il comportamento inattivo semplicemente non è oggettivamente scorretto se manca un obbligo di agire previsto dalla legge o dal contratto.

⁽⁸⁴⁾ V. Cass. 28 luglio 2004 n. 14198, in *Riv. dir. civ.* 2007, p. 93 e ss., con nota di MORESE.

bligo di risarcimento dell'Amministrazione nei confronti del privato professionista. Infatti con un'interessante ma non condivisibile scissione concettuale, la Cassazione radica l'obbligo risarcitorio della P.A. nell'obbligo di buona fede *ex art.* 1358 c.c. pur in assenza del diverso presupposto di applicabilità dell'art. 1359 c.c. Ma il punto è che la finzione di avveramento reperisce il suo fondamento proprio nella violazione della buona fede ⁽⁸⁵⁾ ed allora non è sostenibile che la violazione della buona fede sussista ai fini risarcitori e non ai fini della specifica sanzione della finzione di avveramento. La realtà invece è che la P.A. non ha *de plano* di per sé violato la buona fede in quanto era ampiamente prevedibile da parte del privato la mutabilità della situazione connaturata all'esercizio dei poteri pubblici funzionali all'interesse pubblico istituzionalmente mutevole (nel caso di specie ripensamento della P.A. che ha deciso di ristrutturare una vecchia opera pubblica invece di farne una nuova) e complementariamente tale peculiarità del soggetto pubblico ha reagito sulla qualificazione contrattuale privatistica nel senso di caratterizzare appunto la condizione come potestativa mista: non solo la corresponsione dell'onorario era condizionata al finanziamento ma, quello di chiedere esso finanziamento, era un potere della P.A., istituzionalmente a sua volta condizionato all'attualità dell'interesse pubblico a chiederlo, ragion per cui certamente invocare l'effetto di esecuzione in forma specifica sortito dalla tecnica di tutela della finzione di avveramento sarebbe peraltro incompatibile con la natura dell'interesse affidato alle cure del soggetto pubblico. Tuttavia è ben sostenibile un obbligo risarcitorio della P.A. in forza di un riscontrato abuso in concreto dell'esercizio dei suoi poteri e quindi di una vera e propria colpa della P.A., che, in primo luogo, qualifichi il danno patito dal privato ed, in secondo luogo, quindi integri con un *quid pluris* la semplice violazione della buona fede. Il che val quanto dire che l'enucleazione del fondamento dell'obbligo risarcitorio della P.A. verso il privato professionista del caso di specie va ricondotto nell'alveo distinto della colpa, che si può accompagnare ma non necessariamente coincide con la violazione della buona fede e che, per quanto riguarda la specifica materia della responsabilità civile della P.A., s'inserisce peraltro nel filone evolutivo a monte ed a valle della storica Sezioni unite civili, 22 luglio 1999 n. 500, caposaldo della tematizzazione giurisprudenziale della trasfusione della ille-

⁽⁸⁵⁾ V. letteratura citata § 1, nota 10 nonché le argomentazioni dall'inizio di questo paragrafo.

gittimità dell'azione amministrativa in un vero e proprio illecito civile risarcibile ⁽⁸⁶⁾.

7. *Il concetto di interesse contrario all'avveramento dell'evento condizionale; radicamento della rilevanza della mutabilità di detto interesse nella dialettica tra causa e motivi nonché tra elementi essenziali ed elementi accidentali.*

Un argomento centrale dell'analisi della finzione di avveramento della condizione è il concetto stesso di interesse contrario all'avveramento ⁽⁸⁷⁾. Ebbene, la lettura dell'incardinamento soggettivo di tale interesse contrario all'avveramento, inteso come coincidente col soggetto condizionatamente tenuto ad una prestazione ⁽⁸⁸⁾, è una lettura evidentemente ricalcata sul disposto dell'art. 1169 del codice del 1865 a tenore del quale «la condizione si ha per adempiuta quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento». Ma ritenere operante la tecnica di tutela della finzione soltanto quando vi sia una contrapposizione netta tra una parte, per definizione avente interesse all'avveramento ed un'altra contraria, significa surrettiziamente presupporre come regolare la unilateralità della condizione ⁽⁸⁹⁾ a scapito

⁽⁸⁶⁾ Per la sentenza citata e per il tema in generale v. *ex pluribus* GUALANO, *Responsabilità della pubblica amministrazione in Il danno risarcibile*, a cura di Vettori, Padova 2004, p. 430 per il testo della sentenza e, per la trattazione in generale, da p. 385.

⁽⁸⁷⁾ V. BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 49 e ss., nel senso che l'interesse contrario all'avveramento della condizione debba verificarsi in concreto dopo la perfezione del contratto e possa ravvisarsi anche in testa alla parte nel cui interesse fu stabilita; cfr. CARUSI, *op. cit.*, p. 86.

⁽⁸⁸⁾ V. GALGANO, *Il negozio giuridico*, nel *Trattato* dir. da Cicu e Messineo, III, 1, 2^a ed., Milano 2002.

⁽⁸⁹⁾ Recita infatti la giurisprudenza «Quando l'efficacia o la risoluzione di un contratto sia subordinata ad un evento futuro e incerto, il comportamento di una parte che avendone interesse abbia impedito l'evento assume rilievo ai sensi dell'art. 1359 c.c. solo se la condizione è apposta nell'interesse dell'altra parte, in quanto nell'ipotesi di condizione bilaterale entrambi i contraenti hanno necessariamente interesse a che la condizione pattuita a favore di ciascuno di essi si avveri. In quest'ultimo caso non trova applicazione l'art. 1359 c.c. che considera equivalente all'avverarsi della condizione il suo non verificarsi in dipendenza del comportamento positivo del contraente titolare di un interesse contrario»: v. Cass. 9 agosto 1996, n. 7377; cfr. Cass. 8 settembre 1999, n. 9511, in *Cod. civ. comm., cit.*, p. 1144.

della bilateralità, che invece va considerata come regolare ⁽⁹⁰⁾ per la seguente argomentazione, radicata nella stessa dialettica tra causa e motivi del negozio, tra elementi essenziali ed elementi accidentali: infatti una volta che l'*accidentale negotii*, come la condizione, fa diventare contrattualmente rilevante – in termini di causa concreta ⁽⁹¹⁾ – un interesse individuale, così come l'elemento accidentale non è più tale, perché diventa elemento essenziale in concreto di quello specifico contratto, così l'interesse individuale non è più interesse soggettivo ma interesse oggettivo ⁽⁹²⁾, essendo condiviso nei rischi e nei benefici, che ne discendono nel regolamento giuridico d'interessi, in quanto comune alle parti è la volontà che si è condizionata alla realizzazione dell'interesse implicato dall'evento condizionale. Quindi, poiché l'autonomia privata, nella sua discrezionalità di programmare ⁽⁹³⁾ il proprio assetto d'interessi, ha accettato quella determinata limitazione di efficacia che dà rilevanza all'evento condizionale, ecco che la stessa volontà contrattuale si appalesa come volontà condizionata geneticamente e funzionalmente.

⁽⁹⁰⁾ Correttamente invece, nel senso che «possa ritenersi apposta la condizione nell'interesse di una sola delle parti soltanto qualora vi sia un'espressa clausola contrattuale in tal senso ovvero allorché sia indubitabile al momento della conclusione del contratto una serie di elementi che inducono a ritenere che una parte non abbia alcun interesse alla condizione; in mancanza di tali presupposti, la condizione deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambi i contraenti con possibilità di applicazione dell'art. 1359 c.c. qualora il mancato avveramento della condizione sia stato causato da una delle parti pur avendo questa inizialmente interesse all'avveramento di essa»; v. Cass. 22 aprile 2003, n. 6423, in *Contratti*, 2003, p. 1096 con nota di BESSOZZI; cfr. Cass. 27 febbraio 1998, n. 2168, in *Contratti*, 1998, p. 553 con nota di AVONDOLA.

⁽⁹¹⁾ Sul concetto di *causa in concreto*, v. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio*, Milano 1966, p. 249; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, p. 207; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1974, p. 91; DI MAIO, *Obbligazioni e contratti*, Roma 1978, p. 209; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 452.

⁽⁹²⁾ Infatti, nel senso che impedire l'evento condizionale significa agire contro uno scopo che con la stipulazione del contratto si era dimostrato di voler perseguire v. TRIMARCHI, *Finzione*, cit., p. 812 e ss. Inoltre per l'Autorevole Autore l'art. 1359 non troverebbe applicazione quando l'evento dedotto in condizione non è mezzo né fine del contratto bensì causa del bisogno che il contratto dovrebbe soddisfare.

⁽⁹³⁾ Sull'intrinseco significato programmatico dell'azione privata ordinante v. F. ROMANO, *Programmazione economica ed azione giuridica: qualche riflessione*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della Tavola rotonda di Macerata, 22-24 maggio 1970), Milano 1971.

Ne discende logicamente che la condizione è regolarmente bilaterale, a meno che le parti non ne abbiano espressamente sancito la unilateralità, rigenerando quindi giuridicamente e congegnando l'individualità di un interesse altrimenti di rilevanza precontrattuale in senso economico-motivazionale. Il che val quanto dire che ritenere «interesse contrario all'avveramento» soltanto quello del soggetto disponente significa operare un'astrazione atomistica dell'interesse dal significato giuridico che l'autonomia delle parti gli ha assegnato, ossia dall'intento negoziale ⁽⁹⁴⁾.

Detta visione astrattizzante dell'interesse delle parti, in ordine alla vicenda di avveramento dell'evento condizionale, deriva dal pregiudizio della staticità del regime di detto interesse nel regime di pendenza ⁽⁹⁵⁾. Al contrario, la pendenza è proprio la irregimentazione di uno stato di tensione, il quale risulterà consumato solo al momento della *purificazione* del negozio che produce i suoi *effetti finali* (condizione sospensiva) ovvero che diventa *inutile* perdendo efficacia (condizione risolutiva) ⁽⁹⁶⁾. Dunque vi è anzi un latente dinamismo dell'assetto d'interessi implicato dalla pendenza, cosicché non può che essere a priori definitivamente indeterminato ⁽⁹⁷⁾ l'orientamento soggettivo dell'interesse all'avveramento o meno dell'evento condizionale, nel senso che la sopravvenienza del mutamento e non la permanenza iniziale costituiscono la fenomenologia dell'interesse all'avveramento della condizione, che va inteso come *interesse concreto* ⁽⁹⁸⁾, in un preciso momento dell'arco cronologicamente e qualitativamente descritto dalla pendenza. Significativo in tal senso è il quadro di riferimento diffuso dei contratti sinallagmatici ⁽⁹⁹⁾: come si può stabilire che il disponente ovvero l'obbligato alla prestazione tipica ⁽¹⁰⁰⁾ sarebbe per definizione la parte che ha interesse contrario all'avveramento della condizione limitante la operatività degli effetti ne-

⁽⁹⁴⁾ Ed, infatti, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato* dir. da Iudica-Zatti, Milano 2001, p. 634, nel senso che non sia aprioristicamente identificabile la parte avente «interesse contrario all'avveramento».

⁽⁹⁵⁾ V. ancora, in tal senso, Cass. 22 dicembre 2004, n. 23824, in *Contratti*, cit.

⁽⁹⁶⁾ V. SANTORO-PASSERELLI, *loc. ult. cit.*

⁽⁹⁷⁾ V. ROPPO, *loc. ult. cit.*

⁽⁹⁸⁾ V. BRUSCUGLIA, *op. cit.*

⁽⁹⁹⁾ Cfr. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 527, nel senso che, in tali contratti, l'interesse all'avveramento va accertato in concreto.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul concetto di prestazione tipica, mi permetto di rinviare a BELLIZZI, *Dal subcontratto al subordinamento giuridico*, Napoli 2005, p. 22 nota 35 e p. 41.

goziali in termini di effetti finali, i quali sono funzionalmente corrispettivi alla controprestazione pecuniaria? Così in una vendita subordinata alla concessione di un mutuo al compratore, ben può accadere che il venditore abbia interesse all'avveramento e poi invece maturi un interesse al non avveramento avendo egli reperito sul mercato una controprestazione più remunerativa⁽¹⁰¹⁾; così pure non è difficile immaginare mutamenti d'interesse dello stesso tipo per il compratore. Il che val quanto dire che la mutevolezza dell'interesse all'avveramento è radicata nella stessa mutevolezza delle condizioni di mercato, che continuano a fluire attorno al contratto condizionato di riferimento. Tuttavia a questo punto dell'analisi, dal punto di vista della operatività della regola in concreto, deve registrarsi uno scollamento tra l'evoluzione dottrinale e quella giurisprudenziale; infatti mentre in dottrina, la stessa necessità di accertare in concreto l'interesse contrario all'avveramento della condizione a prescindere dai termini iniziali del rapporto⁽¹⁰²⁾ è stata addirittura superata dalla indicazione di una presunzione d'interesse contrario all'avveramento in capo alla parte che abbia di fatto impedito detto avveramento⁽¹⁰³⁾, invece la stessa giurisprudenza di legittimità risulta divisa tra pronunzie più innovative che arrivano a configurare l'apprezzabilità in concreto di un interesse contrario all'avveramento in scorrettezze in corso di rapporto a prescindere dai termini iniziali del rapporto stesso⁽¹⁰⁴⁾ e pronunzie che negli stessi termini iniziali del rapporto continuano ad incardinare la valutazione di interesse contrario rilevante⁽¹⁰⁵⁾. Ma da un punto di vista euristico, è proprio l'esame dell'orientamento giurisprudenziale più conservatore a confermare i risultati delle argomen-

⁽¹⁰¹⁾ V. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico – formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano 1980, p. 201.

⁽¹⁰²⁾ V. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*

⁽¹⁰³⁾ V. CARUSI, *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, dir. da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano 2006, p. 318.

⁽¹⁰⁴⁾ V. Cass. 20 luglio 2004, n. 13457, in *Mass. giust. civ.* 2004, che trova precedenti Cass. 27 febbraio 1998, n. 2168, *cit.* ed in Cass. 5 novembre 1985, n. 5360, in *Arch. civ.* 1986, p. 297, nonché già Trib. Messina 11 febbraio 1984, in *Giur. merito* 1985, I, p. 562.

⁽¹⁰⁵⁾ V. Cass. 22 dicembre 2004, n. 23824, *cit.*, che trova precedenti in App. Genova, 18 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, I, p. 1335 con nota di BELFIORE; Cass. 23 aprile 1998, n. 4178, in *Mass. Giust. civ.*, 1998; Cass. 20 dicembre 1996, n. 10220, *ivi*, 1996; Cass. 19 maggio 1992, n. 5975, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 831; Cass. 8 giugno 1983, n. 3936, in *Mass. giust. civ.*, 1983.

tazioni precedenti giacché una interpretazione statica dell'interesse condizionale delle parti implica che l'iniziale bilateralità dello stesso interesse condizionale inibisca l'individuazione di un interesse esclusivo di una parte al non avveramento della condizione: per questi motivi, in un rapporto di vendita giudizialmente costituito *ex art. 2932 c.c.* e subordinato all'ottenimento di un mutuo ipotecario da parte dell'acquirente, la Suprema Corte ⁽¹⁰⁶⁾ – contrariamente al Giudice d'Appello ⁽¹⁰⁷⁾ – ha ritenuto non sussistente l'esclusività dell'interesse contrario all'avveramento in capo all'acquirente stesso, il quale non aveva presentato domanda di mutuo ipotecario. Ora è di tutta evidenza come tale ricostruzione sovrapponga il profilo statico dell'interesse della parte a favore di cui è stata posta la condizione – che nei rapporti sinallagmatici è di regola bilaterale – con il profilo dinamico dell'interesse al non avveramento della condizione sospensiva positiva ovvero all'avveramento della condizione risolutiva negativa, interesse che, accompagnato da un comportamento scorretto, ben può assumere rilevanza di sopravvenuta esclusività meritevole della sanzione della finzione *ex art. 1359 c.c.*, attualizzandone il dinamismo rimediale nel novero delle tecniche di governo del «rapporto come ordinamento del caso concreto» ⁽¹⁰⁸⁾.

8. *Le massime delle sentenze citate.*

App. Torino 27.4.1938: *“Agli effetti dell'art. 1169 c.c., il creditore sotto condizione sospensiva ha l'obbligo di dimostrare che il debitore ha impedito il compimento dell'evento dedotto in condizione, ma non quello di provare ancora che, senza tale impedimento, la condizione si sarebbe certamente avverata. A perfezionare l'effetto della condizione, secondo l'art. 1169 c.c., non è necessario l'atto doloso di impedimento dell'obbligato, ma basta la colpa, anche in omissione”*.

Trib. Monza 18.12.1978: *“Il principio consacrato nell'art. 1359 c.c. presuppone che il comportamento colposo o doloso del debitore, volto al non avvera-*

⁽¹⁰⁶⁾ V. Cass. 22 dicembre 2004 n. 23824, *cit.*

⁽¹⁰⁷⁾ Si tratta dell'apprezzabile App. L'Aquila 6 marzo 2001 come menzionata dalla Cassazione nell'esaminata sentenza.

⁽¹⁰⁸⁾ Per l'attualizzazione dell'espressione di Salv. ROMANO, contenuta in *L'atto esecutivo nel diritto privato (Appunti)*, Milano 1958, p. 67, v. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze 15 ottobre 2004, Milano 2007, p. 60.

mento della condizione, sia stato posto in essere dalla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa durante la pendenza della condizione e non certo prima della conclusione del negozio cui la condizione sia stata apposta".

Cass., Sez. III, 17.09.1980 n. 5291: *"Rientrando nell'ambito di operatività dell'art. 1359 c.c., sia le condizioni sospensive che quelle risolutive, sia quelle positive che quelle negative, il contratto sottoposto alla condizione risolutiva, in cui l'evento dedotto in condizione sia il mancato avveramento di un fatto entro un certo tempo, non si potrà considerare risolto qualora il mancato accadimento dell'evento previsto sia casualmente ricollegabile ad un comportamento doloso o colposo del contraente avente un interesse contrario"*.

Cass., Sez. II, 8.06.1983 n. 3936: *"Il carattere unilaterale o bilaterale della condizione contrattuale rilevante al fine dell'applicabilità o meno dell'art. 1359 c.c. sulla finzione legale di avveramento della condizione medesima, va affermato a seconda che essa risulti rivolta a garantire esclusivamente l'interesse di uno dei contraenti, ovvero l'interesse di entrambi, non anche pertanto in base alla sua provenienza dalla volontà dell'uno o dell'altro contraente, dato che, vertendosi in tema di patto contrattuale la sua stipulazione consegue in entrambi i casi ad una manifestazione negoziale bilaterale"*.

Trib. Messina 11.02.1984: *"Poiché il diritto del professionista al compenso per l'opera prestata può essere sottoposto alla condizione sospensiva del conseguimento di un risultato utile per il committente, è valida la condizione secondo cui il progetto di un'opera pubblica verrà retribuito da un Comune solo se l'opera sarà finanziata da altro ente pubblico. La condizione si considera avverata ex art. 1359 c.c. qualora il Comune non abbia espletato la procedura necessaria all'erogazione dei fondi"*.

Cass., Sez. III, 5.11.85 n. 5360: *"La parte avente interesse contrario all'avveramento della condizione va individuata con riferimento alla natura del negozio condizionato e alla posizione in esso assunta dalle parti, non rilevando la circostanza che una di loro tragga vantaggio immediato e diretto dal verificarsi dell'evento dedotto in condizione quando tale evento determinerebbe con la sopravvenuta efficacia o risoluzione del contratto – a seconda che si tratti di condizione sospensiva ovvero risolutiva – una situazione nell'ambito del rapporto giuridico condizionato sfavorevole allo stesso soggetto sicché si debba in concreto ritenere che egli avesse un interesse contrario all'avveramento della condizione"*.

Cass., Sez. II, 16.12.1991 n. 13519: *"L'art. 1359 secondo cui la condizione di considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa è norma eccezionale in quanto prevede una fictio iuris che non è suscettibile di interpretazione analogica, con la conseguenza che non può considerarsi non avverata la condizione nell'opposta ipotesi dell'avveramento della condizione per fatto imputabile alla parte che aveva interesse all'avveramento stesso"*.

Cass., Sez. II, 23.04.1998 n. 4178: *"La norma dell'art. 1359 c.c. secondo cui la condizione del contratto si considera avverata qualora sia mancata per*

causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, non è applicabile nel caso in cui la parte tenuta condizionatamente ad una determinata prestazione abbia anch'essa interesse all'avveramento di essa. La condizione può ritenersi apposta nell'interesse di una sola delle parti contraenti soltanto quando vi sia un'espressa clausola contrattuale che disponga in tal senso ovvero un insieme di elementi che nel loro complesso inducano a ritenere che si tratti di condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse, in mancanza, la condizione stessa deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambi i contraenti".

Cass., Sez. I, 22.04.2003 n. 6423: *"Il contratto sottoposto a condizione mista è soggetto alla disciplina tanto dell'art. 1358 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza, quanto dell'art.1359 c.c. secondo cui la condizione si considera avverata quando sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suoi avveramento. III La norma dell'art. 1359 c.c. secondo cui la condizione del contratto si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, non è applicabile nel caso in cui la parte tenuta condizionatamente ad una determinata prestazione abbia anch'essa interesse all'avveramento di essa. La condizione può ritenersi apposta nell'interesse di una sola delle parti contraenti soltanto quando vi sia un'espressa clausola contrattuale che disponga in tal senso ovvero allorché – tenuto conto della situazione riscontrabile al momento della conclusione del contratto – vi sia un insieme di elementi che nel loro complesso inducano a ritenere che si tratti di condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse; In mancanza, la condizione stessa deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambi i contraenti".*

Cass., Sez. III, 20.07.2004 n. 13457: *"L'art. 1359 c.c. - a norma del quale la condizione si ha per avverata se è mancata per causa imputabile alla parte interessata al nona avveramento - non intende riferirsi soltanto a coloro che, per contratto apparivano avere interesse al verificarsi della condizione, ma anche ai comportamenti di chi, in concreto o secondo l'accertamento del giudice di merito, ha dimostrato, con una successiva condotta, di non avere più interesse al verificarsi della condizione, ponendo in essere atti tali da contribuire a fare insorgere un fattore modificativo del naturale iter attuativo dell'efficacia del contratto".*

Cass., Sez. I, 28.07.2004 n. 14198: *"Nel caso di contratto d'opera professionale tra Comune e libero professionista, costituisce condizione sospensiva potestativa mista la subordinazione del pagamento dell'onorario all'ammissione al finanziamento dell'opera da realizzare sulla base del progetto predisposto dal professionista; Ne consegue che l'omissione dell'attività amministrativa necessaria per accedere al finanziamento dell'opera comporta la responsabilità dell'ente locale nei confronti del professionista per violazione dei principi di correttezza e buona fede (nell'affermare il principio di diritto che precede, la Suprema Corte cassa la sentenza del giudice di merito che, sul presupposto dell'inapplicabilità della finzione di avveramento al contratto stipulato tra la Pubblica Am-*

ministrazione e il privato per la natura mista della clausola condizionale e per la conseguente insussistenza di obbligo giuridico del contraente pubblico, valutabile secondo il parametro del principio di buona fede, non ha condannato l'Amministrazione al risarcimento danni)".

Cass., Sez. III, 22.12.2204 n. 23824: *"La norma dell'art. 1359 c.c., secondo cui la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, non è applicabile nel caso in cui la parte è tenuta condizionatamente ad una determinata prestazione abbia anch'essa interesse all'avveramento di essa".*