
Rassegna di diritto civile

diretta da Pietro Perlingieri

Spedizione in a.p. art. 2 comma 200 legge 652/95 - Poste di Napoli



Edizioni Scientifiche Italiane

Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri edita con la collaborazione scientifica della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Studi Europei e Mediterranei della Seconda Università di Napoli

Coordinamento: MAURO PENNASILICO, FRANCESCA CARDINI, ANNA MALOMO, BENEDETTA MANFREDONIA, IGNAZIO TARDIA, GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, ARIANNA ALPINI, GIULIANA CASO, FRANCESCO ROSSI

Redazione Edizioni Scientifiche Italiane: GIUSEPPE SELO

Segreteria di redazione: CAROLINA PERLINGIERI e GIOVANNI PERLINGIERI

I lavori pubblicati in questo numero sono di: G. BERTI DE MARINI, ord. dir. priv. univ. Calabria; A. CIATTI, ass. conf. dir. priv. univ. Torino; M. GALLI, ass. conf. dir. priv. univ. Foggia; A. GORASSINI, ord. dir. priv. univ. «Mediterranea» Reggio Calabria; M. GRAZIANO, dottorando univ. Foggia; F. MANIARI, ord. dir. priv. univ. Macerata; S. PAGLIANTINI, ord. dir. priv. univ. Siena; G. PALERMO, ord. dir. priv. univ. Roma «La Sapienza»; F. PARENTE, ass. conf. dir. priv. univ. Bari; P. PERLINGIERI, emendo dir. civ. univ. Sannio; N. PORTO, dr. V. PUTORTI, ass. conf. dir. priv. univ. Firenze; G. RECINTO, ass. conf. dir. priv. univ. Cassino; M.A. URCIUOLI, ord. dir. priv. univ. Salerno.

Registrazione presso il Tribunale di Benevento al n. 99 del 27 marzo 1980. Responsabile: Pietro Perlingieri. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli.

Criteri di selezione dei contributi pubblicati

Questa Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva che garantisce l'obiettività e la ponderatezza del giudizio. Tali contributi possono essere inviati alla Direzione che li sottopone al giudizio di un *referee* individuato in ragione della competenza specifica richiesta. A questi fini la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgrantamente li potranno sottoporre ad uno o più componenti del Comitato di valutazione. Il *referee* riceve il contributo da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità del *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo; positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte; negativo. Esso verrà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite il Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore sempre garantendo l'anonimato del *referee*. I contributi giudicati meritevoli di pubblicazione dai *referee* possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base alla insindacabile valutazione della Direzione.

La Direzione può assumere direttamente la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori stranieri di consolidata esperienza o di studiosi anche italiani di anzianità e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la rivista.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni della Rassegna di Diritto Civile*, sì che lo stesso Comitato sarà investito della valutazione dei lavori inviati alla Direzione dei Quaderni.

Responsabili della valutazione: Giovanni Perlingieri e Mauro Pennasilico

Comitato di valutazione: Fabio Addis, Francesco Alcaro, Giuseppe Amadio, Tommaso Aiuletta, Cesare Massimo Bianca, Ugo Carnevali, Donato Carusi, Raffaele Caterina, Ernesto Cesaro, Sebastiano Ciccarello, Giorgio Collura, Giuseppe Conte, Andrea D'Angelo, Giovanni De Cristofaro, Enrico Elio Del Prato, Stefano Delle Monache, Carmine Donisi, Gilda Ferrando, Giovanni Farguele, Enrico Gabrielli, Gianni Galli,

Indice analitico del 1° numero

SAGGI

- 1 ENRICO CATERINI, Il contributo del libro terzo del codice civile alla formazione del «diritto patrimoniale comune». La palingsesi della proprietà
- 41 ATTILIO GORASSINI, Appunti sparsi sul c.d. testamento biologico
- 63 BARBARA MARUCCI, Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio
- 82 GIANFRANCO PALERMO, I negozi di destinazione nel sistema di diritto positivo
- 99 FERDINANDO PARENTE, La sofferenza da malattia e il «diritto al sollievo» dal dolore: i contenuti delle tutele normative
- 115 PIETRO PERLINGIERI, Le funzioni della responsabilità civile
- 124 VINCENZO PUTORTI, Pendenza della condizione e tutela del contraente «fe-dele»
- 166 GIUSEPPE RECINTO, Patto di famiglia e liquidazioni operate dal disponente
- 181 MARIA ANTONIETTA URCIUOLI, Gli accordi tra genitori nella l. 8 febbraio 2006, n. 54

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 214 STEFANO PAGLIANTINI, Tutela del consumatore e limiti normativi alla dematerializzazione dei contratti solenni?

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 236 MICHELE GRAZIANO, La Cassazione torna a pronunciarsi sulla trascrizione della compravendita di cosa futura
- 256 ALESSANDRO CIATTI, Il nuovo procedimento disciplinare a carico dei notai: la prescrizione, la decadenza e il diritto transitorio
- 277 NUNZIA PORTO, L'anatocismo bancario tra conferme e problemi irrisolti

OSSERVATORIO LEGISLATIVO

- 304 FABIO MANIARI, La mediazione ai blocchi di partenza: il Regolamento di attuazione

CRONACHE E ATTUALITÀ

- 329 GIOVANNI BERTI DE MARINIS, Codice delle assicurazioni private e tutela del-
l'assicurato
334 PIETRO PERLINGIERI, Giovanna Visintini, Trattato della responsabilità con-
trattuale

RECENSIONI

- 336 MARCO ANGELONE, Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarci-
toria [MARCO GALLI]

ATTUALITÀ DEL PASSATO

- 340 ALFRED MANIGK, Il concetto di negozio giuridico [trad. di Luca Aresta]

Pendenza della condizione e tutela del contraente «fedele»

SOMMARIO: 1. Ambito dell'indagine e termini del problema. – 2. Attuale dimensione dell'obbligazione e principio di effettività della tutela. – 3. Contratti ad efficacia sospesa e fenomeno condizionale. – 4. La valenza giuridico-concettuale degli obblighi di buona fede. – 5. Pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento: la *fictio* di avveramento. – 6. *Segue*: L'ambito di operatività. – 7. Alterazione della *res* negoziata e tutela risolutoria. – 8. *Segue*. Il risarcimento del danno ed i criteri di quantificazione. – 9. Conclusioni.

1. L'esame dei rimedi azionabili dal contraente fedele durante la fase di pendenza della condizione, in presenza di un comportamento della controparte che pregiudichi gravemente e/o vanifichi immediatamente l'attuabilità del rapporto obbligatorio, costituisce oggetto di un vivo dibattito, ricco di feconde implicazioni teorico-applicative. Si discute, infatti, se il contraente fedele, oltre a «compiere atti conservativi» – e cioè richiedere un sequestro conservativo o giudiziario, l'imposizione di una cauzione, oppure agire in surrogatoria, revocatoria o con le azioni di enunciazione¹ – possa far ricorso – ed entro quali limiti – alla *fictio* di avveramento della condizione ed alla tutela risolutoria e risarcitoria.

In particolare, dottrina e giurisprudenza appaiono nettamente divise sia sull'individuazione della natura del rimedio posto dall'art. 1359 c.c. e sul suo ambito di operatività, sia sull'ammissibilità e sul fondamento dell'eventuale ingresso dell'azione di risarcimento danni e di scioglimento del vincolo obbligatorio ex art. 1453 c.c. Infatti, nonostante alcune importanti aperture giurisprudenziali sul tema², continuano ad essere piuttosto con-

¹ Sui poteri cautelari e conservativi spettanti a colui che attende l'acquisto del diritto, vedi: A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 5 ss.; ID., *La condizione e gli elementi accidentali del negozio giuridico*, Milano, 1941, p. 115 ss., che menziona il sequestro conservativo, il sequestro giudiziario, l'imposizione di una cauzione, la proposizione dell'azione surrogatoria e delle azioni di enunciazione; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim.*, 1959, p. 1278, che include anche il potere dei creditori pecuniari condizionali di partecipare all'esecuzione immobiliare con accantonamento delle somme loro spettanti e di essere ammessi alla procedura fallimentare.

² La giurisprudenza ammette il ricorso alla tutela risarcitoria e risolutoria *pendente condi-*

troverse le conseguenze rimediali che si generano in presenza della condotta del contraente che, *pendente condicione*, influisca negativamente sul prosieguo del rapporto, ossia pregiudichi l'avveramento di una *condicio iuris* o di una *condicio facti*, danneggi, alteri o modifichi la *res* negoziata, oppure manifesti la volontà di non adempiere.

Sebbene l'interesse degli interpreti si sia spesso concentrato sull'ambito di operatività e sul concreto atteggiarsi del rimedio posto dall'art. 1359 c.c., particolare attenzione, in questa sede, sarà dedicata anche al profilo concernente la tutela esperibile là dove sia pregiudicato il bene oggetto di scambio, oppure il contraente dichiara di non volere eseguire le proprie obbligazioni. Analisi, questa, che riguarderà sia i c.dd. contratti condizionati puri, nei quali la sospensione degli effetti contrattuali è frutto di un apposito accordo diretto a *annullare* la nascita dell'effetto finale, sia i contratti c.dd. ad efficacia parzialmente sospesa, dove l'evento futuro e incerto a cui è subordinato l'effetto reale non esclude che, *medio tempore*, nascano taluni specifici obblighi contrattuali, preordinati alla rimozione del fatto impeditivo dell'efficacia finale³.

Del resto, per descrivere la complessità e la delicatezza dei problemi indicati, basta pensare che, ancora oggi, dottrina e giurisprudenza, in larga parte, individuano nell'avverarsi della condizione l'elemento principe per la nascita di una responsabilità in capo ai contraenti. Ciò in virtù dello stretto legame che si è istituito tra la nozione di inadempimento e quella di esigibilità della prestazione⁴, il quale trova la sua genesi in una costruzione del rapporto obbligatorio che considera le situazioni giuridiche soggettive che caratterizzano la fase di pendenza prive di reale autonomia e, come tali, estranee alle logiche che governano le tutele a carattere finale⁵.

cione nelle sole ipotesi nelle quali si sia in presenza di una condizione il cui mancato avveramento, imputabile ad uno dei contraenti, non legittimi l'operatività della *factio* prevista dall'art. 1359 c.c.: Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Juris data on line*; Cass., 30 luglio 2004, n. 14605, *ivi*; Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, *ivi*; Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, *ivi*; Cass., 1 agosto 2002, n. 11437, in *Contratti*, 2003, p. 342; Cass., 15 marzo 1999, n. 2284, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1165; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 501.

³ Il riferimento è alla vendita di cosa altrui e alla vendita di cosa futura, contratti nei quali, *medio tempore*, si producono determinate obbligazioni fondamentali, come l'obbligo di far acquistare il diritto al compratore nel caso in cui l'acquirente non ignori l'altruità del bene *ex art.* 1476, n. 2, c.c. (P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, p. 181 ss.; *Id.*, *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966, p. 101 ss.).

⁴ Cass., 4 agosto 1990, n. 7875, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 728.

⁵ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 107 ss.; A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, cit., p. 8 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 97 ss.

Conseguentemente, da un lato, si ritiene che, *pendente condicione*, mai possa trovare ingresso la tutela risarcitoria, visto che il mancato avveramento della condicione, operando con efficacia *ex tunc*, priverebbe di rilevanza i comportamenti antigiusdici posti in essere dal proprietario interinale del bene; dall'altro lato, si evidenzia come l'eventuale immediata risoluzione del contratto, incidendo sul rapporto consequenziale tipico che tra le parti si instaura dopo il verificarsi dell'evento condizionante, si tradurrebbe in un eccesso di tutela per il contraente fedele, poiché determinerebbe lo scioglimento di un rapporto che, essendo attualmente incerto, «non esiste ancora e non si sa se esisterà»⁶. Cosicché – si afferma – l'immediato ingresso dei rimedi reattivi tipici contro l'inadempimento se può ammettersi nelle vendite obbligatorie di cui agli artt. 1472 e 1478 c.c., visti gli specifici obblighi che connotano la fase intermedia *ex art. 1476, n. 2*, è invece precluso nei contratti condizionati, dove sia l'efficacia reale che quella obbligatoria rimangono totalmente sospese⁷.

Tale soluzione è basata, però, su una concezione dell'obbligazione che può ritenersi ormai superata. Sia nei c.dd. contratti condizionati puri che in quelli ad efficacia parzialmente sospesa – e, in particolare, nella vendita di cosa altrui e nella vendita di cosa futura – vi è infatti una fase che intercorre tra la data di conclusione del contratto ed il momento di produzione dell'effetto finale che riveste una specifica valenza obbligatoria e la cui inosservanza è in grado di produrre conseguenze risolutorie e risarcitorie non affatto incompatibili con il meccanismo condizionale⁸. In en-

⁶ U. NATOLI, *Della condicione nel contratto*, in *Comm. c.c. d'Amelio e Finzi, I, Libro delle obbligazioni*, Firenze, 1948, p. 459 ss. Il che si spiega proprio perché gli obblighi che incombono sulle parti nella fase preliminare sono considerati esclusivamente in funzione della realizzazione dell'interesse sotteso alla situazione giuridica finale (G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 227); in giurisprudenza, vedi: Cass., 4 marzo 1987, n. 2255, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, p. 761; Cass., 19 novembre 1994, n. 9802, in *Rass. loc. cond.*, 1995, p. 65; App. Milano, 3 marzo 1994, in *Dir. soc.*, 1994, p. 508.

⁷ Di recente, vedi: N. GROSSI, *L'interpretazione delle vendite obbligatorie in chiave condizionale: rilievi critici e profili ricostruttivi*, in *La condicione nel contratto tra "atto" e "attività"*, a cura di R. Alcaro, Padova, 2008, p. 239 ss. ed *ivi* ulteriori richiami alla dottrina e alla giurisprudenza.

⁸ Le osservazioni contenute nel testo non riguardano tutte le vendite obbligatorie, essendosi osservato (R. ALCARO, *Vendita con riserva della proprietà*, in *Tratt. contr. Rescigno e Gabrielli*, Torino, 2007, p. 737 ss.; *Id.*, *Vendita a prova*, *ivi*, p. 696 ss.; *Id.*, *La condicione tra "atto" e "attività"*, in *La condicione nel contratto*, cit., p. 206), come non possano ricondursi al fenomeno condizionale, né la vendita con riserva di proprietà, né quella con riserva di gradimento o a prova, né la vendita con patto di riscatto vista l'assenza di alcuni elementi caratterizzanti la condicione, quali l'incertezza dell'evento condizionante e la sua accessoria ed estrinsecità. Così, pure, A.C. NAZZARO, *La condicione tra uso atipico e abuso*, in *La condicione nel contratto*, cit., p. 348, che, concentrando l'attenzione sul fenomeno condizionale quale tecnica di gestione del

trambè le ipotesi – si vedrà – il rapporto obbligatorio è non già quiescente o sospeso, ma presente ed attuale, dotato di un suo specifico contenuto essenziale, che rende doverosi i comportamenti necessari per la realizzazione del complessivo assetto di interessi sotteso all'affare negoziale, con la conseguenza che l'eventuale frattura nella dinamica del suo evolversi verso il raggiungimento del risultato finale determina la nascita di un'immediata e diretta responsabilità.

* 2. Gli orientamenti più recenti, formati soprattutto dopo la metà del secolo scorso, propongono – è noto – una lettura dell'obbligazione non più in chiave esclusivamente strutturalistica e formale, che la concepisca come schema concettuale, astratto e generalizzante, neutrale e sempre uguale a se stesso⁹, in cui l'unico interesse rilevante è quello del creditore, bensì di tipo teleologico ed assiologico, sensibile al recepimento delle "aperture funzionali" espresse dalle nuove istanze di giustizia sociale e dall'affermarsi dei valori solidaristici che hanno ispirato le profonde trasformazioni sociali del secolo scorso¹⁰. Istanze e valori che, cambiando il quadro socio-economico e normativo-sistematico di riferimento di tutte le strutture giuridiche¹¹, hanno reso più stretto il nesso esistente tra l'obbligazione ed i

rischio, rileva come nelle predette ipotesi il riferimento alla condizione nulla aggiunga alla discussione sulla liceità e meritevolezza degli interessi di siffatti meccanismi che, ad esempio, proprio in ordine al trasferimento del rischio, contengono una disciplina del tutto differente e autonoma.

⁹ Tra gli autori che prediligono una lettura dell'obbligazione di tipo astratto e generalizzante, vedi E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 97 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, p. 50 ss.; C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1950. Per una critica a questa impostazione vedi: P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, II, p. 103 ss.; ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 83 ss.; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 130; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, p. 447; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1951, p. 11 ss.; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 178 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 9, I, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, p. 5; G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 15 ss.

¹⁰ In dottrina (R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 19 ss.) non si è mancato di rilevare, infatti, come l'attuale codice civile «contenga un'incastellatura concettuale che, opportunamente riletta, si rivela idonea a tradurre in dettaglio i valori della successiva Carta Costituzionale». Anche se, attualmente, in seguito al processo di integrazione europea, il nostro codice civile si è rivelato non sempre idoneo a regolamentare i nuovi fenomeni, che invece trovano una loro più compiuta disciplina nell'unico – ma più ampio – sistema italo-comunitario delle fonti.

¹¹ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 399 ss.; ID., *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 613; L. MENGONI,

fatti che la generano ed hanno contribuito ad individuare la sua funzione ordinamentale nella dinamica dell'evolversi verso la realizzazione del complessivo assetto di interessi ad essa sotteso, quale risulta dal titolo, dalle fonti di integrazione, dalle concrete qualità dei soggetti, dalla ragione pratica avuta di mira dalle parti e da tutte le concrete circostanze (anche sopravvenute) presenti nella fase esecutiva¹².

Ponendosi in questa logica si spiega perché l'obbligazione sia oggi intesa come vicenda complessa ed unitaria, caratterizzata oltre che dalla coppia fondamentale tipica diritto-obbligo anche da una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, di carattere accessorio, dotate di autonoma valenza concettuale e giuridica e dirette al raggiungimento della descritta funzione ordinamentale¹³. Funzione che si individua, quindi, non più soltanto con riguardo agli elementi strutturali del rapporto, titolo e oggetto, ma tenendo presenti, altresì, tutti gli altri fattori sopra menzionati, che concorrono a formare il profilo precettivo dell'obbligazione e definiscono il conflitto tra i contrapposti e concreti interessi delle parti¹⁴. Di qui la qualificazione dell'obbligazione come «regolamento programmatico», «statuto, ordinamento del caso concreto», ossia come fenomeno che implica un riferimento differenziato ai predetti elementi e che si attua in funzione della realizzazione dei concreti interessi in esso coinvolti, i quali si pongono come parametro di riferimento costante dell'attività delle parti durante tutto l'iter

L'oggetto dell'obbligazione, cit., p. 178 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 72 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 134 ss.

¹² P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 816 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 851, che rileva come l'obbligazione vada inquadrata in una visione procedimentale che superi lo schema fatto-rapporto dove il primo funge da causa e il secondo da effetto, ed «incentri la propria attenzione nella triade rapporto-fatto-rapporto», di guisa che «il rapporto obbligatorio o la situazione iniziale funga da *prius* del fatto, condizionandone la struttura». In questa prospettiva, vedi G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 44 ss.; G. RESCIGNO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, p. 27 ss.

¹³ G. ROMANO, *o.c.*, p. 393, che osserva come sia proprio sul piano attuativo che emergono gli interessi del debitore, i quali concorrono ad ampliare il contenuto programmatico dell'obbligazione; il che dimostra come detti interessi vadano individuati non già in via generica e astratta, ma singolarmente e concretamente, poiché è solo in tal modo che si offrono risposte adeguate alle peculiarità presenti nello specifico caso da risolvere.

¹⁴ Riprendendo l'impostazione di P. Perlingieri, si è ribadito (G. RESCIGNO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 24) come all'aspetto precettivo, ossia al titolo – che rappresenta la causa giustificativa del rapporto – e all'oggetto – che inteso nella sua più ampia accezione comprende la prestazione, il bene o l'interesse-dedotto in obbligazione – si accompagni sempre un profilo regolamentare, che segna il passaggio «dalla obbligazione, concepita come concetto astratto e generico, al concreto rapporto, cioè alla soluzione del caso concreto».

attuativo del rapporto¹⁵. Il che è in linea con le disposizioni normative di diritto convenzionale uniforme e di *soft law*, che assumono come criterio principe per l'individuazione della prestazione dovuta l'adeguatezza dei beni (*fitness*) agli scopi ordinari ai quali essi sono destinati, legittimando l'ingresso dei rimedi a carattere finale, anche *medio tempore*, là dove sussista la ragionevole certezza che in futuro vi sarà un inadempimento essenziale¹⁶.

L'aver sottolineato l'attuale natura complessa ed unitaria dell'obbligazione e la duplicità di piani che la caratterizzano, se, da un lato, contribuisce a spiegare perché essa, sin dalla nascita, debba considerarsi dotata di un contenuto essenziale che rende doverosi i comportamenti necessari per la realizzazione della sua funzione ordinamentale, dall'altro, permette di cogliere i positivi riflessi che in tal modo si determinano sul piano rimediario. La configurazione di un profilo regolamentare, strettamente e intrinsecamente collegato al piano strutturale, teso a dettare la concreta disciplina da osservarsi durante lo svolgimento del rapporto, unitamente all'attualità ed immediata azionabilità delle situazioni giuridiche di cui sono titolari i contraenti *medio tempore*, testimoniano, infatti, come il contraente,

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, cit., p. 103 ss., che ha evidenziato come il rapporto obbligatorio, sul piano strutturale, si caratterizzi per la relazione esistente tra la posizione creditoria e quella debitoria, ossia tra due centri di interessi giuridicamente rilevanti ed in collegamento o in conflitto tra loro; mentre, sotto il profilo funzionale, sia «regolamento, disciplina normativa», caratterizzato dal fatto che ogni interesse è individuato nella sua rilevanza concreta in relazione agli altri interessi ai fini di «una reciproca funzionale coesistenza».

¹⁶ Gli artt. 7.3.3. dei *Principles of European Contract Law*, 9.304 dei *Principles of international Commercial Contract* – che verranno citati, rispettivamente, con gli acronimi Principi Unidroit e PECL – riproducono quasi testualmente l'art. 72, comma 1, della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili – ratificata dall'Italia con la legge 11 dicembre 1985, n. 785, entrata in vigore l'1 gennaio 1988 e qui citata con l'acronimo CVIM – che stabilisce che se prima della data di esecuzione del contratto è certo che vi sarà un inadempimento essenziale da parte del debitore, il creditore può risolvere il contratto. Tali norme, peraltro, se lette in combinato disposto con gli artt. 71 e 73 della CVIM, dell'art. 7.3.4 dei Principi Unidroit e degli artt. 9.305 e 8.105 dei PECL, dimostrano come sia proprio il principio di ragionevolezza a svolgere il ruolo di canone valutativo in ordine alla decisione maturata dal contraente di risolvere anticipatamente il contratto. Infatti, l'art. 91 CED stabilisce che «se prima della scadenza del termine appare ragionevole ritenere che il debitore non è [...] o non si è messo nella condizione di adempiere un obbligo contrattuale» il creditore può invitarlo ad offrire un'adeguata garanzia, «dichiarando che, in mancanza di ciò, l'inadempimento si riterrà definitivamente accertato». Sul concetto di inadempimento nei Principi Unidroit e nei PECL, vedi: C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I, II, Milano, 2001; M.J. BONELL, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention. Alternative or Complementary Instruments?*, in *Unif. L. Rev.*, 1996, p. 29 ss., e nel CED, vedi C.W. CANARIS, *L'inadempimento nel "codice europeo dei contratti"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 630.

fin dal giorno della conclusione del contratto, "debba adempiere", sia tenuto, cioè, a preservare la possibilità di eseguire la prestazione finale, indipendentemente dal carattere di inesigibilità della stessa. Carattere che attiene al momento nel quale il creditore può pretendere la consegna del bene dovuto o del risultato pattuito e che in nulla incide sulla rilevanza dell'obbligazione e sull'immediata rilevanza degli interessi ad essa sottesi, avendo la dottrina dimostrato come "esistenza dell'obbligazione" ed "esigibilità della prestazione" siano concetti solo in parte sovrapponibili, dovendosi sempre aver riguardo alle diverse ipotesi che danno luogo alla inesigibilità¹⁷.

Pertanto, diversamente da coloro che, muovendosi in una logica astratta e generalizzante, tendono ad assegnare alle diverse cause di inesigibilità una disciplina unitaria¹⁸, è dato rilevare che nei casi – come quelli in esame – in cui detto carattere dipende dall'apposizione di un elemento accidentale, l'impossibilità di esercitare il diritto non implica affatto che il rapporto sia quiescente o sospeso, visto i numerosi e significativi indici che possono trarsi in senso contrario¹⁹. In particolare, l'inesigibilità del credito, *pendente condicione*, non solo presuppone che l'obbligazione sia già individuata nei suoi elementi strutturali, titolo e oggetto²⁰, ma neppure esclude l'immediato esercizio dei poteri e delle facoltà tesi a salvaguardare la realizzazione del risultato finale²¹. Conseguentemente, oggi, la prestazione non si identifica più con l'atto solutorio finale, ma si estende all'intera fascia

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, cit., p. 83; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 130 ss., che distingue le diverse ipotesi che danno luogo alla inesigibilità, e cioè le obbligazioni future, c.dd. imperfette, condizionali o a termine. In questa prospettiva, vedi: G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 69, il quale nel distinguere le ipotesi nelle quali l'inesigibilità dipende da un'impossibilità temporanea da quelle riconducibili alla presenza di particolari modalità cronologiche, osserva come soltanto in queste ultime il debitore sia tenuto a porre in essere le attività preparatorie necessarie per un esatto adempimento, mentre, nelle altre, la non imputabilità dell'evento che dà luogo all'inesigibilità coinvolge anche i c.dd. atti preliminari (p. 84).

¹⁸ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, pp. 196 e 206, che individua nella *soluti retentio* da parte di colui che riceve la prestazione e nell'onere di sollevare la relativa eccezione da parte del debitore, gli effetti comuni alle cause di inesigibilità.

¹⁹ Per ciò che concerne il contratto *sub condicione*, basta pensare – secondo quanto si dirà nel testo – all'autonoma valenza concettuale e giuridica assunta oggi dalla regola di buona fede ex art. 1358 c.c. ed agli incisivi poteri spettanti al contraente fedele là dove detta regola venga violata dalla controparte.

²⁰ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 47.

²¹ L'attualità del vincolo *pendente condicione* è stata da tempo dimostrata da: A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, cit., p. 38 ss.; P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, cit., p. 220 ss.; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., p. 1278. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 116.

di comportamenti che i contraenti, durante l'*iter* attuativo del rapporto, sono tenuti ad osservare per far sí che l'obbligazione realizzi lo scopo cui è destinata²². Di qui il piú ampio concetto di inadempimento il quale abbraccia tutte le ipotesi nelle quali l'attività svolta dal debitore non risulti obiettivamente adeguata a realizzare l'interesse del creditore nei tempi e nei modi dovuti²³. Cosicché, detta attività, oltre alla mancata, inesatta o tardiva esecuzione della prestazione tipica *stricto sensu* intesa, include anche l'omissione di tutti gli atti funzionalmente preordinati a rendere possibile la realizzazione del risultato finale, compresa l'inosservanza degli obblighi accessori diretti a salvaguardare l'integrità delle prestazioni fondamentali là dove queste ultime non siano ancora esigibili a causa dell'opposizione di un termine o di una condizione sospensiva.

Ragionando in questa prospettiva, particolarmente intuitive si rivelano le decisioni della Suprema Corte che, ispirate da una logica attenta a valutare gli interessi dei contraenti nella loro dimensione concreta, riconoscono al creditore la possibilità di far ricorso agli strumenti reattivi contro l'inadempimento in presenza di una frattura nella dinamica del rapporto obbligatorio determinata dalla ragionevole – e non solo dall'assoluta – certezza che la prestazione finale non potrà (esattamente e tempestivamente) essere eseguita²⁴. In tal modo, la valutazione sulla condotta tenuta dal contraente *pendente condicione* viene attualizzata alla data in cui risulti verosimile o ragionevolmente (e non solo assolutamente) certa la mancata realizzabilità degli scopi cui l'obbligazione è diretta, senza che a tal fine si renda necessario attendere il verificarsi della condizione. Il che significa che l'inadempimento si può concretizzare anche quando, partendo da una situazione oggettivamente accertabile ed utilizzando un parametro oggettivo, qual è quello di ragionevolezza o di normalità, è dato ritenere che il rapporto non sia piú in grado di perseguire il complessivo assetto di interessi ad esso sotteso²⁵.

²² La necessità di uno studio che dia rilievo al criterio degli interessi, valutandoli in una prospettiva funzionale e procedimentale è stata di recente sottolineata da: F. ALCARO, *La condizione*, cit., p. 196 ss., che ha messo in luce i produttivi sviluppi che da tale analisi possono derivare.

²³ R. NICOLÒ, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 556, che osserva come l'inadempimento, in linea concettuale, si traduca sempre in una situazione che si contrappone a quella di adempimento, il quale indica l'atto realizzativo del contenuto dell'obbligo individuale nella prestazione personale da parte del debitore.

²⁴ Cfr. Cass., 25 luglio 2006, n. 16961, in *Juris data on line*; Cass., 18 marzo 2002, n. 3942, in *Contratti*, 2003, p. 443; Cass., 22 marzo 2001, n. 4110 in *Juris data on line*; Cass., 2 giugno 1992, n. 6676, *ivi*; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, cit.; Cass., 10 dicembre 1986, n. 7318, in *Juris data on line*.

²⁵ Di «ragionevole certezza», da valutarsi in considerazione delle concrete circostanze esi-

Ora, proprio una siffatta conclusione, incentrata sull'analisi delle situazioni concrete piú che su una generica, astratta e omnivalente nozione di aspettativa²⁶, ben si coniuga con una prospettiva di tipo rimediale; ossia con un approccio metodologico che, muovendo dalla riconosciuta rilevanza assunta dall'interesse dei contraenti *pendente condicione*, prescinda dalla qualificazione formale e astratta dello stesso e permetta di prospettare, nell'applicazione normativa, soluzioni duttili e articolate²⁷. Soluzioni, cioè, che tengano conto del contenuto sostanziale dell'interesse leso, delle caratteristiche del rapporto, del tipo di evento oggetto della clausola condizionale (potestativo casuale o misto), delle modalità e dell'entità della lesione, delle concrete *rationes* sottese ai rimedi, nonché della fase di sviluppo del rapporto obbligatorio e delle probabilità esistenti in ordine al mancato avveramento della condicione.

Lo studio delle situazioni di pendenza dalla specola rimediale rompe infatti la tipicità delle forme di tutela correlate alla rigida e astratta qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive e consente di ancorare i rimedi contro l'inadempimento ai concreti bisogni di tutela che emergono in seguito alla lesione di un interesse primario rilevante *sub specie iuris*²⁸.

stenti al momento in cui la condotta viene posta in essere, parlano S. MAIORCA, *Condizione*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1988, p. 314; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 1219 ss.; S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

²⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 651, che sottolinea come sia poco fecondo «discorrere genericamente di aspettativa», dal momento che il rapporto nel quale essa si inserisce assume una diversa fisionomia che varia in base al tipo di interesse e di vicenda che esso è destinato a produrre e che non consente di attribuire a tale situazione giuridica una rilevanza unitaria. Infatti, si è rilevato (R. NICOLÒ, *Aspettativa*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 3) come l'esame dell'aspettativa nell'ambito della problematica degli effetti giuridici preliminari sia caratterizzato da una inevitabile genericità e si risolva «in espediente verbale che al massimo può consentire di eludere il problema, ma non di prospettare una soluzione plausibile sotto il profilo teorico» (p. 2). Secondo l'Autore, per comprendere la complessità che caratterizza il contenuto e la tutela dell'aspettativa occorre stabilire, innanzitutto, se essa costituisca o meno l'effetto della qualificazione di una determinata situazione di fatto quale fattispecie negoziale (sia pure incompleta). Nel primo caso – che sarebbe quello del negozio *sub condicione* – viste le conseguenze che l'ordinamento ricollega al mancato completamento della fattispecie imputabile alla parte che aveva interesse contrario, si è al di fuori «degli effetti preliminari del negozio, dal momento che ci troviamo dinanzi ad effetti che il fatto, qualificato come fattispecie negoziale incompleta, sarebbe inidoneo a produrre». Nell'altra ipotesi, invece, ove al titolare dell'aspettativa vengano riconosciuti poteri meramente cautelari e/o conservativi (es. artt. 639-640 c.c.), si è in presenza di una situazione che non può essere considerata come «effetto della qualificazione di un determinato fatto come fattispecie incompleta», in quanto da essa scaturiscono situazioni diverse (art. 1173 c.c.) rispetto a quelle tutelabili esclusivamente con i predetti rimedi (p. 2).

²⁷ S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.

²⁸ La dottrina (A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed*

Ciò in perfetta armonia con le più recenti interpretazioni del principio di effettività della tutela, quale esso risulta formalizzato nella nostra Costituzione e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – proclamata a Nizza nel dicembre 2000 ed incorporata oggi nel Trattato di Lisbona²⁹ – che lo considera come criterio guida nella predisposizione di «adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato»³⁰.

In realtà, legare l'ingresso dei rimedi contro l'inadempimento al principio posto dagli artt. 24 cost. e 47 Carta di Nizza significa attribuire allo specifico problema sotteso alla tutela dell'interesse sostanziale il compito di selezionare il tipo di rimedio idoneo ad eliminare gli effetti della lesione ed a ripristinare la situazione ad essa antecedente³¹. A far sí, cioè, che l'interesse del contraente fedele all'esatta e puntuale attuazione del rapporto, indipendentemente dalla sua considerazione formale, se vanificato o gravemente pregiudicato, possa essere protetto, *pendente condicione*, anche con i rimedi risolutivi e risarcitori. Questo perché la logica interna ai siffatti strumenti di tutela non solo si rivela spesso compatibile col concreto bisogno di protezione che l'interesse leso reclama³², ma si dimostra altresí conforme ai principi di adeguatezza e di proporzionalità che impongono di valutare la corrispondenza esistente tra il rimedio irrogato e la concreta istanza di tutela da realizzare³³.

européo, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 172) non ha mancato di osservare come la tutela tenda oggi «a trascinare oltre il campo segnato dalla titolarità dei diritti, inoltrandosi nel deserto degli interessi», cosí come dimostra la risarcibilità degli interessi legittimi.

²⁹ La Carta di Nizza – inserita nel Trattato di Lisbona firmato dai ventisette Paesi dell'Unione europea nel dicembre 2009 – recepisce, in larga parte, le acquisizioni fatte dalla Corte di Giustizia che «passo dopo passo nel solco di un'esperienza viva», facendo costante riferimento alla «tradizioni costituzionali comuni» è giunta alla «identificazione giudiziaria dei diritti» (P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, p. 143).

³⁰ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 60.

³¹ D. MESSINETTI, *Ritornare a Parmenide? È consigliabile, piuttosto, ripartire dalle "Institutiones"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 431, che sottolinea come la «considerazione rimediale sia un modo di ragionare che tiene conto essenzialmente di questo rapporto tra gli effetti della lesione dell'interesse e gli strumenti utili capaci di ripristinarlo».

³² Sul diverso possibile atteggiarsi dell'interesse creditorio, che può tendere sia all'immediata risoluzione del contratto, sia alla sospensione dell'esecuzione, in attesa di un chiarimento della vicenda contrattuale, vedi: F. ADDIS, *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, in F. ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, p. 1 ss.; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 5 ss.

³³ Sui principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, quali criteri guida nella scelta dei rimedi esperibili in presenza di un comportamento scorretto, si sofferma G. PERLINGIERI,

3. La specifica valenza obbligatoria che caratterizza l'obbligazione durante la fase di pendenza della condizione, legittimando una valutazione immediata sul comportamento tenuto dalle parti, rappresenta un dato assai significativo per comprendere le analogie esistenti tra i contratti *sub condicione* ed i contratti c.dd. ad efficacia sospesa, e in particolare la vendita di cosa futura e la vendita di cosa altrui. Tali ultimi schemi negoziali, spesso ricondotti – pur non senza obiezioni³⁴ – nell'ambito del fenomeno condizionale³⁵, dimostrano, infatti, come il rapporto obbligatorio, *medio tempore*, mantenga inalterate alcune prerogative fondamentali che, in pre-

Compenso del professionista, finanziamento del progetto e clausola condizionale. Il ruolo della buona fede ex art. 1358 c.c. nei contratti della P.A., in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 119 ss., il quale rileva che il risarcimento del danno, la risoluzione per inadempimento e la finzione di avveramento «non operano sempre in connessione e la scelta del rimedio dipende dalla sua adeguatezza e congruenza alle esigenze del caso concreto, agli interessi lesi e ai valori in concreto richiamati» (p. 162 s.).

³⁴ Negaio che detti schemi negoziali si configurino come contratti condizionati Cass., 27 maggio 1992, n. 6383, in *Juris data on line*; Cass., 10 marzo 1997, n. 2126, *ivi*. In dottrina – è noto – la natura giuridica della vendita di cosa futura risulta particolarmente controversa. Da un lato, vi sono coloro che, considerando tale contratto non ancora perfetto, lo inquadrano tra i negozi a consenso anticipato, suscettibile di produrre solo effetti preliminari, visto che gli effetti finali sono destinati a prodursi esclusivamente dopo la venuta ad esistenza della cosa (D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1950, p. 178). Dall'altro, si pongono gli autori che considerano il contratto già concluso; in quanto oggetto dello stesso non sarebbe la cosa futura, ma la rappresentazione che di essa hanno i contraenti al momento della stipulazione. In tal modo, il contratto è ricondotto tra quelli ad effetti obbligatori, in quanto da esso nascerebbe non già l'obbligo di trasferire la proprietà, che sarebbe conseguente alla venuta ad esistenza della cosa, ma di adoperarsi affinché detto evento si verifichi (R. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1998, p. 250; N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 827; A. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 301). La dottrina, inoltre, dimostrando la non assorbente delle obiezioni mosse contro la qualificazione di siffatto negozio come contratto condizionato (quali, l'efficacia *ex nunc* dell'acquisto del diritto da parte del compratore, la non deducibilità in condizione di un elemento essenziale del contratto e la mancanza di accidentalità ed esterioresità dell'evento condizionante) ha considerato tali fattispecie sottoposte ad una *condicio iuris*. Questo perché se è indubbio che l'irretroattività non rappresenta affatto un carattere essenziale della condizione o, più in generale, dell'efficacia del negozio, è altresì vero che neppure l'asserita mancanza dell'oggetto osta alla predetta qualificazione, dal momento che l'evento posto in condizione non è la *res*, ma il fatto storico della sua venuta ad esistenza, che è di per sé estrinseco al contratto ed è prescritto dalla legge ai soli fini dell'efficacia del negozio (P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, cit., p. 138 ss.).

³⁵ In questo senso, vedi Cass., 18 febbraio 1999, n. 1371, in *Juris data on line*; Cass., 5 luglio 1990, n. 7054, *ivi*; Cass., 15 giugno 1988, n. 4094, *ivi*; Cass., 3 settembre 1985, n. 4584, *ivi*; Cass., 5 luglio 1969, n. 2496, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce *Vendita*, n. 177. In dottrina, seppur con diverse prospettazioni, tendono ad inquadrare le fattispecie indicate nel testo nell'ambito del fenomeno condizionale, L. CARIOTTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, p. 242 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 773; G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, I, Milano, 1988, p. 92 ss.

senza di atti che impediscono lo svolgersi della sua funzione ordinamentale, giustificano l'ingresso dei rimedi a carattere finale.

In particolare, la vendita di cosa futura e la vendita di cosa altrui testimoniano come nella valutazione normativa la venuta ad esistenza della *res* o l'acquisto del bene da parte del venditore rappresentino degli eventi affatto compatibili con il fenomeno condizionale, dato che gli stessi sono inderogabilmente prescritti ai soli fini dell'efficacia finale del contratto e non incidono né sul momento conclusivo del negozio, né sul prodursi, *medio tempore*, di taluni effetti obbligatori³⁶. La circostanza che tali eventi siano geneticamente necessari ai fini del trasferimento del diritto, sebbene valga a differenziare tali negozi da quelli sottoposti ad una *condicio facti* – visto che in questi ultimi il differimento dell'effetto reale è frutto di un apposito accordo intercorso tra le parti e non già imposto dalla mancanza della *res in rerum natura* o dalla non appartenenza della stessa al venditore³⁷ – lascia comunque inalterate le simmetrie esistenti tra essi ed i contratti sottoposti ad una *condicio iuris*.

In realtà, i predetti fattori, al pari della condizione legale, non solo si inseriscono in una vicenda nella quale ben si coordinano e si unificano con lo scopo che il rapporto è diretto ad attuare, ma si pongono, altresì, come momenti esplicativi o impeditivi di efficacia che non escludono affatto la nascita, *medio tempore*, di taluni effetti obbligatori. Il che, peraltro, non rappresenta una prerogativa loro esclusiva, poiché, anche in pre-

³⁶ P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 186 rileva come la previsione dei rimedi esperibili durante la fase di pendenza dimostri che si sia in presenza di un contratto perfetto. In giurisprudenza, vedi Cass., 28 novembre 1987, n. 8863, in *Juris data on line*; Cass., 12 ottobre 1983, n. 10074, *ivi*; Cass., 13 agosto 1996, n. 7555, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 837. Diversamente, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, VII, Torino, 1937, p. 246, che parla di «promessa anticipata»; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 147, che ravvisa in tali ipotesi un negozio in via di formazione che si perfeziona solo nel momento in cui la cosa viene ad esistenza, di guisa che il comportamento del venditore, teso ad impedire la venuta ad esistenza della *res*, non rileva sotto il profilo contrattuale, ma della *culpa in contrahendo*.

³⁷ Sulla differente disciplina prevista per la mancata venuta ad esistenza del bene nella vendita di cosa futura (nullità), e il mancato acquisto del diritto da parte del compratore nella vendita di cosa altrui (risoluzione), vedi D. RUBINO, *o.u.c.*, p. 361; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, p. 220 s., secondo i quali nell'un caso si è in presenza di un'impossibilità originaria della *res*, mentre, nell'altro, si prospetta un diritto su una cosa che, sebbene non sia di proprietà dell'alienante, è comunque presente in *rerum natura*. Diversamente, N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, cit., p. 831, il quale afferma che là dove si tratti di beni prodotti dalla natura, come i frutti di un fondo, i parti degli animali o altre cose la cui venuta ad esistenza è considerata incerta dalle parti, si è in presenza di una fattispecie che ricade nell'ambito dell'art. 1472, comma 2. Cosicché se la cosa non viene ad esistenza il contratto non produce effetto non perché nullo, secondo l'impropria terminologia del codice, ma perché incompleto o inutile.

senza di un contratto ad effetti reali sospensivamente condizionato, può accadere che sia il solo effetto traslativo o costitutivo ad essere subordinato al verificarsi dell'evento condizionante, producendosi, invece, immediatamente le obbligazioni volte ad assicurare al contraente l'acquisto del diritto e/o il godimento del bene con le caratteristiche e le qualità pattuite³⁸.

Inoltre, pur nei casi in cui manchi un'espressa previsione pattizia o legale che preveda la nascita di siffatti obblighi contrattuali, deve riconoscersi che il rapporto obbligatorio, *pendente condicione*, grazie all'attuale valenza giuridico-concettuale rivestita dalla regola posta dall'art. 1358 c.c., sia presente e attuale, dotato di un suo contenuto essenziale, che rende doverosi i comportamenti necessari per la realizzazione dello scopo avuto di mira dalle parti. Per tale ragione, non condivisibili appaiono le opinioni, anche di recente espresse, secondo le quali la vendita di cosa altrui e la vendita di cosa futura si differenzerebbero dal negozio condizionato in quanto, in quest'ultimo caso, essendovi «una sospensione dell'efficacia sia reale che obbligatoria, i contraenti non sarebbero tenuti ad adoperarsi per dare esecuzione al negozio»³⁹.

Del resto, a confermare le analogie che caratterizzano la fase intermedia nei contratti *sub condicione* e nella vendita di cosa futura, possono richiamarsi le ipotesi nelle quali la venuta ad esistenza del bene dipenda non già da uno specifico obbligo di fare del venditore⁴⁰, bensì dal concorso dell'opera dell'uomo e dalle favorevoli condizioni naturali. Infatti, se nel primo caso è la violazione dell'obbligo previsto dall'art. 1476, n. 2, c.c. che giustifica l'immediato scioglimento del vincolo e l'azione risarcitoria⁴¹,

³⁸ Si è osservato (R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 165) che l'efficacia traslativa costituisce una struttura limite difficilmente rinvenibile isolata nel nostro ordinamento, dal momento che essa si realizza sempre nel quadro di un accordo più vasto volto ad assicurare all'acquirente anche la fruizione della cosa.

³⁹ *Ex multis*, di recente, N. GROSSI, *L'interpretazione delle vendite obbligatorie*, cit., p. 239.

⁴⁰ In questi casi - è noto - si discute se la fattispecie debba qualificarsi come vendita di cosa futura o come appalto, G. DE NOVA, *La distinzione tra vendita e appalto (un problema di qualificazione)*, in *Foro pad.*, 1967, p. 982. Problema, questo, che è stato risolto sulla base dei criteri della prevalenza del lavoro sulla fornitura della materia e della comune intenzione delle parti (cfr. Cass., 20 aprile 2006, n. 9320, in *Comptatti*, 2007, p. 20 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Vendita di cosa futura e appalto: criteri distintivi*; Cass., 17 maggio 2001, n. 6925, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, p. 2240 con nota di A. FORCHINO, *Contratto di appalto e vendita di cosa futura: criteri distintivi*). Diversamente, N. LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, cit., p. 845, il quale, ritenendo incompatibile l'obbligo di far venire ad esistenza la cosa con il modello causale della vendita, riporta tali ipotesi nell'ambito del contratto d'appalto, di quello d'opera, di un contratto obbligatorio atipico, ovvero di un contratto misto nel quale eventualmente penetra anche lo schema causale della vendita.

⁴¹ La dottrina, da tempo, ha dimostrato come nella vendita di cosa futura l'obbligo contrattuale tipico del venditore sia proprio quello di compiere l'attività necessaria per la venuta ad

nelle altre fattispecie l'alienante è responsabile proprio perché viola la regola di buona fede, che gli impone di attivarsi affinché possano prodursi gli effetti finali del negozio o di astenersi dal compiere atti che precludano la venuta ad esistenza della *res*. Cosicché è proprio la specifica rilevanza che assume il comportamento attivo o omissivo del venditore antecedente all'obbligo di dare⁴² che consente di cogliere le indubbie affinità esistenti con i contratti *sub condicione*⁴³. In tutti e due i casi, invero, vi è una fase di "attesa" dovuta all'incertezza della sorte degli effetti negoziali tipici, durante la quale i contraenti devono comportarsi in buona fede ai sensi dell'art. 1358 c.c., e dunque sono obbligati a porre in essere una serie di comportamenti che costituiscono il filo conduttore dell'intera vicenda negoziale, poiché è dalla loro esatta attuazione che dipende la realizzazione o il fallimento dell'operazione negoziale⁴⁴.

4. Il comportamento che il contraente è tenuto ad osservare durante la fase di pendenza della condizione deve dunque configurarsi come atto dovuto, preordinato a salvaguardare il risultato che il rapporto tende a realizzare. Doverosità, questa, che in assenza di uno specifico obbligo legale o convenzionale, deriva proprio dalla regola posta dall'art. 1358 c.c., la quale è oggi concepita come fonte di una serie di obblighi la cui violazione è in grado di generare immediatamente una fattispecie di inadempimento concreta ed attuale. Si tratta infatti di obblighi che se, sul piano fisiologico, rendono giuridicamente dovuti i comportamenti diretti a salvaguardare la realizzazione del risultato cui l'obbligazione è destinata, sotto

esistenza della cosa in modo da far acquistare il diritto al compratore, il quale è obbligato a prestare la sua collaborazione per la realizzazione del risultato contrattuale e, ove espressamente previsto, a pagare, in tutto o in parte, il prezzo (P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 188 s.). Dubitando che la mancata venuta ad esistenza del bene sia riconducibile ad un'ipotesi di nullità (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 27), si è ritenuto che essa generi una responsabilità per inadempimento a carico del venditore che abbia violato lo specifico obbligo di fare su di lui incombente, oppure, se la mancata esecuzione della prestazione non sia a lui imputabile, rientri nell'ambito delle previsioni di cui agli artt. 1256 e 1463 c.c. (C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1972, p. 343 ss.).

⁴² In realtà, in relazione alla vendita di cosa futura, si è osservato come la «prestazione del debitore consista non solo nell'attività diretta a consegnare la cosa, ma soprattutto nel predisporre e tenere in efficienza l'organizzazione necessaria per l'adempimento», in tal modo sottolineando l'importanza e l'autonoma rilevanza che in questi casi riveste l'obbligazione di fare che precede quella di dare (M. GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 1 ss.). Di qui la qualificazione in termini di inadempimento della mancata esecuzione di detta attività, con conseguente ingresso sia della tutela risolutoria che risarcitoria.

⁴³ G. CHIESI, *Condizione unilaterale: natura e modalità di esercizio della rinunzia*, in *Contratti*, 2009, p. 68 ss.

⁴⁴ G. TATARANO, *Incertezza, autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, p. 76.

l'aspetto patologico attribuiscono, invece, immediata rilevanza alla lesione degli interessi delle parti che, essendo già valutati positivamente dal legislatore, richiedono di essere tutelati in modo adeguato ed efficiente⁴⁵.

Tali doveri, sebbene per lungo tempo siano stati considerati privi di reale autonomia⁴⁶, visto il loro carattere accessorio e strumentale, hanno assunto oggi una diversa valenza persuasiva sia nel nostro ordinamento che nel sistema tedesco⁴⁷, il quale con la novella del 2002 ne ha formalmente sancito la specifica rilevanza concettuale e giuridica⁴⁸. Analogamente a quanto previsto nel "Codice europeo dei contratti", che dalla violazione

⁴⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni di "mezzi" e obbligazioni di "risultato"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 368; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim.*, 1964, p. 1342 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.* Treccani, XXI, Roma, 1990, p. 3 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 420 ss.

⁴⁶ D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 35; P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 763; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 220.

⁴⁷ U. BRACCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 67, il quale evidenzia come la dottrina e la giurisprudenza tedesche, in assenza di una clausola generale di responsabilità come quella prevista dall'art. 1218 c.c., abbiano costruito l'ampia categoria delle violazioni contrattuali positive per colmare le lacune normative create dalla tradizione pandettistica, che aveva tipizzato le cause di responsabilità per inadempimento, circoscrivendole alle sole ipotesi di mancata esecuzione della prestazione e di ritardo (mora). Le *positive vertragsverletzungen* alla luce della *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002, comprendono oggi sia le fattispecie di inesatto adempimento qualitativo e quantitativo della prestazione e l'inadempimento dei doveri accessori di garanzia, sia la violazione dei doveri di protezione; ossia dei doveri finalizzati alla "protezione" dei beni o della persona, che scaturiscono dal "contatto negoziale" che si articola in varie fasi (trattative, conclusione, adempimento) e che, indipendentemente dalla volontà delle parti, obbliga le stesse a salvaguardare l'integrità personale o la sfera patrimoniale del *partner* contrattuale.

⁴⁸ La novella del 2002 ha apportato una triplice innovazione al sistema del BGB. Innanzitutto, ha aggiunto al § 241 un secondo comma che stabilisce: «il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte», così attribuendo una specifica valenza concettuale agli obblighi di protezione. In secondo luogo, ha limitato la portata applicativa del principio della responsabilità per colpa alle sole ipotesi in cui il creditore agisce per il risarcimento del danno, confermando il § 276 del BGB, che, già prima della riforma, stabiliva: «Il debitore risponde per dolo o per colpa se una responsabilità più severa o più lieve non è né stabilita né deducibile dal restante contenuto del rapporto obbligatorio, in particolare dall'assunzione di una garanzia o del rischio di procurarsi il bene dovuto», e al secondo comma precisava che «agisce colposamente chi non osserva la diligenza necessaria nel traffico giuridico». Cosicché il creditore dovrà dimostrare la violazione dell'obbligo (accessorio o principale), mentre spetterà al debitore provare di essere stato diligente ed attento. Infine, la novella ha stabilito che, in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive, a fronte della violazione dell'obbligo (anche accessorio), il contraente fedele può unilateralmente ed immediatamente recedere dal contratto, se detto inadempimento non è irrilevante ed ha determinato la perdita dell'interesse all'esecuzione del contratto, (A. DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 29; G. CIAN, *Significati e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 14).

di siffatti doveri fa derivare l'inadempimento della prestazione dovuta «se il danno si è verificato durante o a causa dell'esecuzione stessa costituendone una conseguenza immediata e diretta»⁴⁹, può dirsi, dunque, che anche nell'ordinamento interno gli obblighi previsti dall'art. 1358 c.c. rivestono oggi un'autonoma valenza concettuale e operativa.

La scelta del legislatore di non dettare particolari e specifici obblighi a carico delle parti e di affidare la regolamentazione della fase di pendenza ad un criterio duttile ed elastico, qual è quello fissato nell'art. 1358 c.c., si spiega, infatti, in virtù dell'avvertita esigenza di far sí che le parti adeguino i loro comportamenti al concreto assetto di interessi, quale esso si delinea in base del tipo di bene negoziato, alle qualità dei contraenti, ai doveri e poteri di cui gli stessi sono titolari ed alle circostanze (anche sopravvenute) che caratterizzano la specifica operazione contrattuale. Ciò in piena armonia con le indicazioni provenienti dal diritto contrattuale europeo⁵⁰ e con la descritta visione funzionale e teleologica dell'obbligazione che – si è detto – non solo induce a concepire il rapporto come vicenda dinamica, complessa ed unitaria, ma spinge, altresí, a qualificare la stessa come vincolo di cooperazione tra debitore e creditore⁵¹. Di qui il ruolo della buona fede quale principio generale che governa l'attività di entrambe le parti durante lo svolgimento dell'intera dinamica negoziale⁵², in modo

⁴⁹ L'art. 99 CED, rubricato «*Inadempimento dei doveri di protezione*», dispone: «Il debitore, nell'eseguire la prestazione dovuta deve adottare tutte le misure necessarie per non recare danno alla persona del creditore, ai suoi ausiliari e alle sue cose; e, in caso di violazione di questo dovere, si ritiene che la prestazione da lui dovuta sia inadempita se il danno si è verificato durante o a causa dell'esecuzione stessa, costituendone una conseguenza immediata e diretta. Diversamente il debitore è tenuto sul piano della responsabilità aquiliana» (C.W. CANARIS, *L'inadempimento nel "codice europeo dei contratti"*, cit., p. 635).

⁵⁰ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.; Id., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, p. 184 ss., secondo il quale la buona fede, sia nel nostro sistema che nei testi comunitari, attribuisce al giudice il potere di intervenire sul regolamento contrattuale, ma non in via generalizzata ed illimitata, bensí solo in presenza di determinati contesti, caratterizzati dalla «mancanza di una qualità o circostanza soggettiva che necessiti di protezione» e nel rispetto «dei criteri formulati dal sistema delle Direttive e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed ancor piú dei principi costituzionali» (p. 192).

⁵¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 860 s., rileva non solo come la regola della cooperazione trovi oggi un punto saldo nel principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della nostra Costituzione, ma, altresí, come il mancato rispetto dello stesso, traducendosi in una violazione degli impegni contrattualmente assunti, dia luogo ad una fattispecie di inadempimento contrattuale (cfr. P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 220 ss.).

⁵² Si è infatti rilevato (G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 147 s.) come gli obblighi derivanti dalla regola di buona fede non soltanto sorgano a prescindere dalla volontà delle parti,

che, per un verso, sia garantito un collegamento continuo tra il contenuto del rapporto e le mutevoli circostanze che condizionano la sua pratica attuazione e, per altro verso, si eviti che l'obbligazione sia apprezzata con esclusivo riguardo ad un formalistico ossequio agli specifici obblighi legali e convenzionali⁵³.

In quest'ottica, non solo si estende la portata applicativa della regola di buona fede, consentendo al giudice di tradurre il suo contenuto in una norma specifica in grado di correggere le conseguenze che potrebbero derivare dalla rigida e formale applicazione dello stretto diritto⁵⁴, ma si mette in risalto, altresì, il suo concreto *modus operandi* e l'idoneità della stessa a porsi come criterio valutativo del comportamento tenuto dalle parti *pendente condicione*⁵⁵. Essa, invero, si pone come regola tesa a coordinare e bilanciare i contrapposti interessi dei contraenti alla luce dei principi fondamentali e delle norme che compongono il sistema⁵⁶, prescrivendo una

ma interessino l'intero arco della vicenda contrattuale: dalla sua genesi alla sua attuazione, assumendo rilievi diversi che riguardano sia il piano dell'atto che del rapporto.

⁵³ L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., II*, Torino, 1987, p. 172, che sottolinea come attraverso la buona fede si dia rilievo ad «interessi altrimenti destinati, in una utilizzazione formalistica del diritto, a non acquistare adeguato risalto», ponendosi un correttivo «ai rigori del *jus strictum* tramite una valutazione degli interessi coinvolti nella singola vicenda diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della corrispondenza di un fatto ad una previsione di legge».

⁵⁴ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., che evidenzia come la clausola di buona fede costituisca una direttiva che consente di svolgere una valutazione del contratto alla stregua degli «standards che sono riconoscibili come forme esemplari dell'esperienza sociale dei valori», che il giudice deve poi tradurre in una norma di decisione formulata a conclusione di un'argomentazione orientata dai parametri cui la clausola di correttezza si riferisce. Sul contenuto e la funzione che rivestono gli standards valutativi, vedi: A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Id., Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 374 s., che evidenzia come essi vadano considerati come espressione di valori dell'azione umana, quali «modelli di condotta disegnati dall'etica sociale nella sua realtà storica» ed assolvono la funzione, essenziale per il diritto, di «adeguare l'effetto giuridico alla specificità del fatto giuridico concreto nelle norme in cui il valore è preidentificato in maniera generica».

⁵⁵ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 352 ss., che attribuisce alla buona fede c.d. integrativa la capacità di agire in una duplice direzione: garantire una migliore attuazione del programma negoziale e favorire una maggiore attenzione all'interesse di entrambe le parti, così da evitare che la *lex contractus* segni «l'egemonia della parte più furba o provveduta dell'altra» in una visione di tipo più consociativa (per la quale vedi P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso*, in *Riv. trim.*, 1964, p. 1354) che antagonista del contratto (cfr. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409, e già G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 471).

⁵⁶ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, cit., p. 23 ss., sottolinea altresì come la clausola di buona fede dia attuazione non soltanto al principio di solidarietà, ma anche ad altre istanze giuridicamente rilevanti, quali, ad esempio, la tutela del ri-

serie di condotte che possono anche correggere o limitare quanto le parti hanno stabilito⁵⁷, al fine di assicurare la piena realizzazione del complessivo e concreto assetto di interessi sotteso all'affare negoziale.

Recependo le indicazioni provenienti dalla dottrina, la giurisprudenza – soprattutto dopo la nota sentenza sul caso “Fiuggi”⁵⁸ – è ormai pressoché costante nel considerare la buona fede espressione di un «principio immanente dell'intero sistema giuridico», che trova fondamento nel dovere di solidarietà fissato dall'art. 2 della nostra Costituzione⁵⁹. Principio

sparmio. Valori, questi, che, grazie alla predetta regola, trovano diretta e immediata applicazione anche nei rapporti intersoggettivi, intervenendo «sui limiti, sul contenuto e [...] sulla fattispecie» (p. 26). In tal modo, secondo P.A. (*Compenso del professionista*, cit., p. 157), la buona fede si pone quale «strumento di coordinamento tra interessi in conflitto» che consente di operare un bilanciamento degli stessi sulla base dell'assetto «che emerge complessivamente dal rapporto»; bilanciamento che non può che avvenire in concreto «attraverso il ricorso ai principi fondamentali e alle altre norme che compongono il sistema».

⁵⁷ Sulla funzione correttiva della buona fede, quale *proprium* del ruolo ad essa attribuito dall'ordinamento, vedi: F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 543, che sottolinea come l'obiettivo finale sia quello di evitare che le parti, pur potendo soddisfare o comunque non pregiudicare l'altrui interesse, «si rifiutino di farlo, trincerandosi dietro una (pretesa) applicazione formalistica della legge». Posizione, questa, che appare mediare tra coloro che tendono a minimizzare la portata della suddetta regola, ritenendola affatto inidonea ad incidere sull'attuale processo comunitario ed internazionale di tipo liberista, governato dall'analisi economica del diritto, che ha preso il posto di quello interventista predominante nel secolo scorso (A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 2001, p. 274) e, dunque, a prediligere un intervento sul contratto di tipo legislativo, in quanto più adatto a garantire il rispetto della separazione dei poteri ed a porre un argine alle disparità esistenti sul mercato (M. BARCELLONA, *La buona fede e il controvolo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 305 ss.), e gli autori che, per contro, riservano alla buona fede il ruolo di principio cardine, in grado di garantire un penetrante controllo sull'autonomia privata (R. ROLL, *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione dello scambio": verso la "congruità dello scambio contrattuale"*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 611 ss.; R. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Dem. dir.*, 1997, p. 193).

⁵⁸ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.; in dottrina, vedi M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Torino, 1999, p. 167 ss.; R. MACARIO, o.c., p. 188, che, in relazione alla predetta sentenza, rileva come essa costituisca oggi un «punto fermo nella storia giurisprudenziale dell'operatività del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto».

⁵⁹ *Ex multis*, vedi: Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in questa *Rivista*, 2010, p. 577, la quale ha ribadito che il «principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche»; Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 6725 e 6724. Sul rapporto tra il piano di legalità codicistica, quello costituzionale e – oggi – anche quello sovranazionale, vedi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 145 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 19 ss.

che in sede applicativa si concretizza in una serie di obblighi che impongono ai contraenti una serie di comportamenti omissivi e commissivi, ispirati a lealtà e correttezza, ulteriori e differenti da quelli previsti dalle prescrizioni contrattuali o legali, la cui violazione è fonte immediata di responsabilità e legittima il ricorso al rimedio sia risolutorio che risarcitorio⁶⁰. Ciò – si vedrà – anche nelle ipotesi in cui è parte una Pubblica Amministrazione, la quale, ove violi i predetti obblighi, agendo in maniera non ragionevole e non trasparente o tenendo comportamenti «ingiustificati e immeritevoli», che non considerano «nell'ottica del bilanciamento e della valutazione comparativa tra interessi e valori» pure l'interesse dell'altro contraente, è da ritenersi immediatamente responsabile e, come tale, soggetta all'operatività del rimedio previsto dall'art. 1359 c.c. e/o tenuta al risarcimento del danno⁶¹.

5. L'attuale valenza normativa della regola posta dall'art. 1358 c.c. impone, dunque, ad entrambe le parti⁶² – e non soltanto a colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva o lo ha acquistato *sub condicione* risolutiva⁶³ – l'obbligo di non alterare o pregiu-

⁶⁰ Tra le più recenti, vedi Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass., 30 luglio 2004, n. 14605, cit.; Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, cit.; Cass., 1 agosto 2002, n. 11437, in *Contratti*, 2003, p. 342; Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, cit.; Cass., 15 marzo 1999, n. 2284, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1165; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, cit. In dottrina ammettono che, *pendente condicione*, il titolare della posizione di aspettativa possa proporre l'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, cit., p. 220 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 561; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1313 ss.; E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 632; D. CARUSI, *Appunti in tema di condicione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 87 ss.; M. FACCIOLO, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condicione contrattuale*, Padova, 2006, p. 195 ss.; G. SALVI, *Nuovi orientamenti in tema di comportamento secondo buona fede in pendenza di condizioni potestative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 614; Id., *L'art. 1359 cod. civ. ed il suo ambito di applicazione*, *ivi*, 2011, p. 43 ss.

⁶¹ G. PERLINGIERI, *Compensazione del professionista*, cit., pp. 145 e 147, che sottolinea come la buona fede oggettiva non solo riguardi anche l'azione della Pubblica Amministrazione, ma ponendosi quale criterio di responsabilità durante lo svolgimento dell'intero iter negoziale, implichi, altresì, il richiamo alle regole ed ai principi dell'ordinamento – senza peraltro identificarsi né con il principio di buon andamento, né con quello di imparzialità – alla stregua dei quali occorre valutare «la congruenza del comportamento dell'ente pubblico agli interessi, particolari, prevalenti», in modo che siano garantiti, «nei limiti di interessi superiori, la stabilità degli effetti e l'utilità per il privato» (pp. 174 e 175).

⁶² L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condicione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, p. 31; S. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 315; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 245 e, più di recente, G. ROMANO, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, 3^a ed., IV, 1, Napoli, 2010, p. 647.

⁶³ Traendo argomento dal tenore letterale della norma posta dall'art. 1358 c.c., ritengono che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede per mantenere integre le ragioni della controparte

dicare la *res* negoziata o l'avverarsi dell'evento condizionante, pena, in quest'ultimo caso, l'ingresso del rimedio previsto dall'art. 1359 c.c.

In realtà, è il nesso funzionale esistente tra le due predette norme che costituisce il criterio di valutazione della condotta dei contraenti *pendente condizione* e concorre ad individuare l'ambito di applicazione della *fictio* di avveramento⁶⁴. Quest'ultima, in particolare, rappresenta un rimedio teso a reagire contro i comportamenti commissivi e omissivi posti in essere in violazione dell'obbligo di buona fede dal contraente che, avendo interesse contrario all'avverarsi della condizione, interferisca con il normale svolgimento della vicenda condizionale, precludendo il verificarsi dell'evento condizionante o accrescendone la dose di incertezza⁶⁵. Cosicché, diversamente dagli autori che circoscrivono l'operatività della *fictio* alle sole condotte commissive, ritenendo illeciti i comportamenti omissivi unicamente ove essi si pongano in contrasto con uno specifico obbligo contrattuale⁶⁶, devono considerarsi fonte di responsabilità tutte le condotte che si traducano in una mancata cooperazione nell'attuazione del regolamento negoziale. Questo perché – si è detto – la clausola di buona fede, avendo un contenuto determinabile non *a priori*, così come accade per le regole dello *strictum ius*, ma sulla base delle concrete circostanze, anche sopravvenute, che caratterizzano la fase attuativa del rapporto, da un lato, prescinde dalla esplicita e astratta previsione di uno specifico obbligo contrattuale; dall'altro, è espressione di una regola generale diretta a rendere dovuti tutti i comportamenti idonei a salvaguardare il risultato che il rapporto obbligatorio mira a perseguire⁶⁷.

gravi soltanto sull'alienante o su colui che si è obbligato sotto condizione sospensiva, ovvero sul contraente che ha acquistato un diritto sotto condizione risolutiva, e non già su entrambi i contraenti: A. PISAPIA, *Compravendita di immobile e comportamento delle parti in pendenza di condizione*, in *Contratti*, 2009, p. 336 ss.; U. SALANITRO, *Contratto d'opera intellettuale e controprestazione incerta: i dubbi sulla validità della clausola subordinativa del compenso, e sull'applicabilità alla stessa della disciplina della condizione, davanti alle Sezioni Unite*, nota a Cass., Sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 423.

⁶⁴ A. FALZEA, *Condizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, VII, Roma, 1988, p. 5; P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 798; P. VITUCCI, *Conditio est in obligatione: ex lege (sulla finzione di avveramento e la condizione potestativa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 12.

⁶⁵ P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim.*, 1966, p. 812, secondo il quale, in questi casi, la parte che impedisce il verificarsi della condizione agisce contro lo scopo che il contratto tende a perseguire, e dunque viola la buona fede contrattuale con conseguente ingresso della *fictio* di avveramento.

⁶⁶ Cass., 8 settembre 1999, n. 9511, in *Notariato*, 2000, p. 436, con nota di R. VARANO, *Negozio condizionato e requisiti del comportamento impeditivi ex art. 1359 c.c.*; Cass., 20 novembre 1996, n. 10220, in *Juris data on line*; Cass., 13 aprile 1985, n. 2464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 610, con nota di A. BELFIORE; G. ALPA e M. BESSONE, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, p. 790.

⁶⁷ G. PERLINGIERI, *Regole di comportamento*, cit., p. 14 s., che rileva come la buona fede

Per tale ragione dubbi e perplessità suscita altresì l'indirizzo che circoscrive l'applicabilità dell'art. 1359 c.c. alle sole condizioni unilaterali e cristallizza la valutazione dell'interesse del contraente all'avverarsi o meno della condizione alla data di conclusione del contratto⁶⁸. Infatti se, per un verso, né il dato testuale, né la *ratio* della norma inducono a valutare siffatto interesse su un piano astratto e statico, per altro verso, è proprio l'incidenza della clausola di buona fede che, postulando una considerazione dell'assetto di interessi nel suo concreto evolversi verso il raggiungimento del risultato finale, impone di tener conto anche delle circostanze sopravvenute idonee a determinare un mutamento dell'interesse all'avverarsi della condizione⁶⁹, al fine di evitare che il contraente rimediti la convenienza dell'affare ed impedisca il prodursi degli effetti finali del negozio⁷⁰. È in questa logica che si spiega perché la Suprema Corte, in più occasioni, abbia rilevato come il richiamo alla parte che «aveva interesse contrario all'avveramento», contenuto nell'art. 1359 c.c., vada riferito al comportamento di chi, in concreto, abbia dimostrato di non aver avuto o di non avere più interesse al verificarsi dell'evento condizionante ed abbia posto in essere «atti tali da contribuire a far acquistare illegittimamente al contratto un elemento modificativo del suo *iter* attuativo»⁷¹.

Del resto, ad analoga conclusione può giungersi anche nel caso in cui il contraente, manifestando interesse al verificarsi della condizione, ne provochi l'avveramento⁷². La diversa conclusione, che fa leva sul carattere ec-

consenta non solo di adattare il regolamento contrattuale alle mutevoli circostanze del caso concreto, ma anche di modulare il regolamento e l'autonomia negoziale ai valori dell'ordine giuridico.

⁶⁸ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 259; Cass., 20 novembre 1996, n. 10220, cit.; Cass., 9 agosto 1996, n. 7377, secondo le quali la sussistenza dell'interesse contrario all'avveramento della condizione va accertata in relazione alla natura del negozio e alla posizione in esso assunta dalle parti, a nulla rilevando il sopravvenuto venir meno dell'interesse al verificarsi della condizione.

⁶⁹ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3^a ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 164; E. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 634; G. BALDINI, *Il problema della condizione unilaterale e le sue implicazioni*, in *La condizione nel contratto*, cit., p. 143 ss.; A.C. NAZZARO, *La condizione tra uso atipico e abuso*, cit., p. 370 ss., che sottolinea come l'ambito di operatività della *fiction* non possa individuarsi in astratto, ma vada piuttosto ricercato alla luce del concreto e specifico assetto di interessi implicato nel regolamento negoziale.

⁷⁰ Cass., 19 settembre 2005, n. 18450, cit.; Cass., 20 luglio 2004, n. 13457, cit. Per l'individuazione del soggetto che ha interesse contrario all'avveramento della condizione nei contratti con obbligazioni a carico del solo proponente, a prestazioni corrispettive, caratterizzati da una comunione di scopo, aleatori o nei negozi unilaterali, vedi l'indagine di E. ZERRELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 369 ss.

⁷¹ Cass., 27 febbraio 1998, n. 2168, in *Juris data on line*.

⁷² L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, 2, Torino, 1996, p. 769; P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 598.

cezionale della norma posta dall'art. 1359 c.c.⁷³ e sul divieto di applicazione analogica della stessa, non sembra confermata né dalle origini storiche⁷⁴, né dalle più recenti ricostruzioni dottrinali. Queste ultime, in particolare, hanno dimostrato come la *fictio*, esaminata alla luce della funzione che è chiamata a svolgere nel sistema – che è quella di garantire la conservazione dei valori normativi⁷⁵, e dunque il prodursi della piena efficacia del negozio ed il raggiungimento dello scopo perseguito dall'autonomia privata⁷⁶ – rappresenti una tecnica di tutela ordinaria, non derogativa di alcun principio fondamentale⁷⁷.

In realtà, se l'eccezionalità di una norma non può che derivare dal confronto tra il principio che da essa si ricava con gli altri principi che si pongono alla base dell'ordinamento⁷⁸, deve riconoscersi che la *fictio* di avveramento rappresenti non tanto una sanzione estranea alla logica dell'autonomia privata, quanto, piuttosto, un rimedio del tutto coerente con il sistema generale di protezione degli interessi privati. Essa, in particolare, si pone non come strumento punitivo di una condotta vietata, avente carattere eccezionale o esaustivo, bensì quale tecnica coattiva che si inserisce in una più ampia e articolata gamma di rimedi che, in attuazione del princi-

⁷³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 528, che ha rilevato come, in detti casi, l'avverarsi della condizione consenta la realizzazione dell'interesse contrattuale e non giustifichi né l'esclusione degli effetti negoziali, né una responsabilità per danni, salvo le ipotesi nelle quali il comportamento del contraente integri gli estremi di un illecito extracontrattuale; in questo senso, in giurisprudenza, vedi: Cass., 20 novembre 1996, n. 10220, cit.; Cass., 19 maggio 1992, n. 5975, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 831; Cass., 16 dicembre 1991, n. 13519, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3095.

⁷⁴ Le origini storiche della norma – è noto – risalgono all'epoca classica del diritto romano dove veniva applicata alle disposizioni testamentarie. Essa, in particolare, mirava a garantire il rispetto della volontà del testatore e favoriva lo schiavo, il cui adempimento della condizione, posta per la sua libertà, poteva essere impedito dal potere dell'erede, che ne aveva interesse quale attuale *dominus*. Successivamente la regola si è estesa agli atti tra vivi ed è penetrata nel codice civile del 1865, quale espressione di un principio generale applicabile a tutti i negozi (D. BARBERO, *Condizione*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1956, p. 1104).

⁷⁵ M. PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in questa *Rivista*, 2004, p. 119 ss., spec. pp. 130-131, il quale rileva come detti strumenti con funzione conservativa, ossia «finalizzati alla conservazione delle ragioni del soggetto nell'interesse del quale operano», siano coerenti con le indicazioni provenienti dal diritto europeo che mirano soprattutto «a conservare l'operazione economica, piuttosto che a caducarla».

⁷⁶ C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 183 ss.

⁷⁷ R. SACCO e G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, X, Torino, 1982, p. 299; E. ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 363.

⁷⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 253 s., che ha chiarito come la qualificazione di una norma come regolare o eccezionale non costituisca il frutto di un giudizio assoluto, in quanto si tratta di una distinzione che ha natura storica ed è «sempre risorgente e in continua evoluzione nella dinamica dell'ordinamento».

pio di effettività e disponibilità delle tutele, sono riconosciute al contraente *pendente condicione*⁷⁹.

In quest'ottica si comprende perché la *fictio*, lungi dall'essere automaticamente applicabile alla parte che abbia colposamente o dolosamente violato l'obbligo di buona fede⁸⁰, rappresenti un rimedio la cui operatività è rimessa alla libera scelta del contraente fedele. Detta tecnica di tutela, invero, si fonda sull'oggettiva, illecita, alterazione della possibilità di avveramento della condizione ed è diretta ad ottenere l'attuazione dello stesso interesse sotteso al negozio condizionato, di guisa che, al pari degli altri rimedi di natura coattiva, prescinde da un giudizio sulla struttura soggettiva dei comportamenti ed è azionabile in tutte le ipotesi nelle quali il comportamento del contraente, valutato nella sua oggettività, abbia leso le aspettative che la controparte aveva riposto sul libero e naturale svolgimento della fase di pendenza⁸¹.

6. L'incertezza che caratterizza l'applicabilità del rimedio posto dall'art. 1359 c.c. si manifesta ancor più se si ha riguardo al tipo di condizione apposta al contratto, risultando ancora oggi assai discussa la sua operatività in ordine alle condizioni potestative, all'elemento potestativo delle condizioni miste⁸² ed alle condizioni legali⁸³.

⁷⁹ La dottrina (G. PERLINGIERI, *Compenso del professionista*, cit., p. 167) ha di recente rilevato come la finzione di avveramento sia una conseguenza «possibile e naturale della violazione della buona fede ex art. 1358 c.c., ma non costante e necessaria», dal momento che in presenza della lesione di un interesse si accompagna spesso non già un unico rimedio, ma più strumenti di tutela ora alternativi, ora cumulativi.

⁸⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 555. Il riferimento testuale alla «causa imputabile», contenuto nella norma dettata dall'art. 1359 c.c., e la sua assonanza con l'espressione «causa non imputabile» presente nel testo normativo di cui all'art. 1218 c.c., unitamente alle indicazioni tratte dalla Relazione al codice civile n. 86, hanno indotto parte della dottrina ad affermare che, in tal caso, si sia in presenza di un vero e proprio obbligo, che trae origine dal principio di buona fede, la cui violazione assume rilievo ai fini dell'operatività della *fictio* di avveramento solo se imputabile al contraente; se si traduca, cioè, «in una maliziosa preordinazione del fatto impeditivo o in un'azione cosciente e volontaria in contrasto con il principio di correttezza» (P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 607; F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994, p. 49 ss.). In giurisprudenza, vedi Cass., 8 settembre 1999, n. 9511, cit.; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10265, in *Juris data on line*. Diversamente, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 183, la quale ha sottolineato come il carattere sanzionatorio della finzione di avveramento non presupponga affatto la presenza dell'elemento soggettivo, il quale potrà rilevare solo ai fini della responsabilità per danni.

⁸¹ E. ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 369.

⁸² Escludono l'operatività della *fictio* alle condizioni potestative: Cass., 21 aprile 2003, n. 6463, in *Contratti*, 2003, p. 1096; Cass., 11 agosto 1999, n. 8824, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, p. 1162; Cass., 5 giugno 1996, n. 5243, *ivi*, 1996, p. 823; in dottrina, per tutti, vedi: D. BARBERO, *Condizione*, cit., p. 1097 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 530.

⁸³ In ordine alle condizioni legali, vedi Cass., 22 marzo 2001, n. 4110, cit.; Cass., 21 mag-

La dottrina tradizionale, infatti, argomentando dal brocardo latino *condicio non est in obligatione*, nega che la *factio* di avveramento possa trovare ingresso in presenza di una condizione potestativa o mista, ritenendo che sarebbe contraddittorio rimettere alla discrezionalità del contraente l'avverarsi o meno della condizione e al contempo sindacarne la volontà, considerando la parte obbligata a causare o a non impedire il verificarsi dell'evento condizionante⁸⁴. Questo perché, detto comportamento, essendo libero, in ossequio all'antica massima «*obligatio non est in condicione*», mai potrebbe costituire oggetto di un obbligo ed essere fonte di responsabilità.

E, tuttavia, proprio le analisi più recenti hanno posto in risalto come le predette locuzioni più che rendere inconciliabile la condizione potestativa con la finzione di avveramento, mirino ad evidenziare soltanto come colui che assume un'obbligazione sotto condizione non sia poi tenuto ad adoperarsi affinché la condizione si verifichi. Il che non significa affatto sottrarre il comportamento del contraente alla cui volontà l'avverarsi della condizione è rimesso ad una valutazione di correttezza ai sensi della regola posta dall'art. 1358 c.c.⁸⁵. In questi casi, infatti, il problema non consiste nel rendere compatibile la libertà di scelta della parte con l'obbligo di non impedire il verificarsi della condizione, bensì nell'accertare se il comportamento del contraente sia conforme alla predetta regola; ossia se

gio 1997, n. 4514, in *Juris data on line*; Cass., 3 aprile 1996, n. 3084, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2259, con nota di F. GIORDANO, *Sulla condicio iuris: considerazioni in tema di risoluzione di un contratto preliminare di compravendita sospensivamente condizionato al rilascio di un provvedimento amministrativo*; Cass., 14 marzo 1991, n. 2674, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3148; Cass., 2 giugno 1992, n. 6676, cit.; Cass., 10 marzo 1992, n. 2875, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 373; Cass., 5 febbraio 1982, n. 675, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 317, le quali hanno affermato che la regola posta dall'art. 1359 c.c. non è applicabile in presenza di una *condicio iuris* – quale, ad esempio, il rilascio di un'autorizzazione da parte della Pubblica Amministrazione – in quanto tale provvedimento potrebbe legittimamente avere, in ipotesi, un contenuto negativo e perciò determinare lo stesso effetto del mancato esaurimento del procedimento amministrativo.

⁸⁴ Cass., 22 dicembre 2004, n. 23824, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 875 ss., con nota di M.G. CECCHERINI, *Sui presupposti di applicabilità della finzione di avveramento della condizione*.

⁸⁵ G. PERLINGIERI, *Compenso del professionista*, cit., p. 145 ss.; M. COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1524; E. ZERRELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 367; P. VITUCCI, *Condicio est in obligatione*, cit., p. 22 ss.; D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 82 ss.; in giurisprudenza, oltre a qualche precedente rimasto isolato (Irib. Reggio Calabria, 13 marzo 1957, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1440) vedi: Cass., 3 giugno 2010, n. 13469; Cass., Sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *De Jure*; Cass., 28 luglio 2004, n. 14198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 601 ss. che hanno ritenuto il contratto sottoposto ad una condizione potestativa mista soggetto alla disciplina di cui all'art. 1358 c.c., dovendo la sussistenza dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede *pendente condicione* essere riconosciuta anche in ordine all'attività di attuazione dell'elemento potestativo. In questo senso, da ultimo, vedi G. SALVI, *L'art. 1359 cod. civ.*, cit., p. 47.

il potere di cui egli è titolare venga esercitato in modo coerente rispetto al complessivo assetto di interessi sotteso all'affare negoziale e non sia invece diretto a perseguire finalità estranee ed ultronee rispetto a quelle contrattualmente stabilite⁸⁶.

In particolare, di recente, la giurisprudenza ha osservato come l'ordinamento contenga una regola generale secondo la quale non può attribuirsi tutela «ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio», e dunque posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. Questo perché «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato»⁸⁷. Cosicché, allorché l'avveramento dell'evento condizionante è rimesso alla volontà del contraente, non può ritenersi che detta volontà sia «al di là dell'ordinamento». Pertanto, ove si ponga in contrasto con il principio di buona fede non pare ragionevole escludere l'ingresso dei comuni rimedi contro l'inadempimento, e in particolare della *fictio* di avveramento⁸⁸. Infatti, è proprio nelle ipotesi in cui la realizzazione dell'interesse del contraente è direttamente e strettamente collegato all'esercizio del potere spettante alla controparte che il principio contenuto nell'art. 1358 c.c. manifesta la sua più intensa valenza significativa, vietando l'adozione di tutte le condotte dirette a provocare un'arbitraria lesione dell'interesse altrui⁸⁹. Ciò

⁸⁶ G. SALVI, *Nuovi orientamenti in tema di comportamento secondo buona fede*, cit., p. 611 ss., che, argomentando dal combinato disposto degli artt. 1355 e 1858 c.c., afferma come il nostro ordinamento non ammetta che «l'assetto di interessi attuato tramite il vincolo contrattuale risulti dipendente da scelte capricciose o indifferenti». Infatti, benché le predette norme facciano riferimento a momenti diversi – la conclusione del negozio, la prima, la fase attuativa del negozio, l'altra – il principio che si ricava è comunque unitario: consentire che «la potestatività venga limitata attraverso una regola correttiva che impone di comportarsi secondo buona fede».

⁸⁷ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁸⁸ La dottrina (G. PERLINGIERI, *Compensazione del professionista*, cit., p. 166) ha posto in rilievo come la buona fede governi anche l'azione della Pubblica Amministrazione e costituisca una regola che, riletta «alla luce dei valori normativi, nonché dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità (art. 97 cost.)», se violata, legittima l'ingresso della *fictio* di avveramento anche in presenza di una condizione potestativa. Infatti, se l'avverarsi dell'evento condizionante è rimesso ad un soggetto pubblico, il comportamento di quest'ultimo risulta ancor più «influenzato da un incisivo controllo di ragionevolezza che trasforma la volontà da elemento interno ad elemento misurabile e controllabile nella sua conformità o non conformità all'ordinamento».

⁸⁹ Cass., 3 giugno 2010, n. 13469, cit., che ha rilevato come, ai fini dell'applicabilità o meno dell'art. 1359 c.c., sia necessario accertare se, in base ai doveri gravanti sull'amministrazione contraente in forza dell'art. 1358 c.c., «essa si sia attivata per ottenere il finanziamento e le iniziative prese a tal fine corrispondano ad uno *standard* esigibile di buona fede». Cosicché, ove detta regola risulti violata, la controparte potrebbe chiedere, oltre alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno, anche l'adempimento, e quindi il pagamento del compenso ai sensi del-

in attuazione del quadro teorico-generale sopra prospettato che assegna alla regola di buona fede il compito di contemperare le contrapposte esigenze delle parti in una visione unitaria del regolamento contrattuale, in modo da assicurare la soddisfazione del complessivo assetto di interessi sotteso al rapporto e legittimare, ove ciò non accada a causa del comportamento scorretto del contraente, l'ingresso del rimedio di cui all'art. 1359 c.c.⁹⁰.

Del resto, una vicenda analoga a quella sopra sintetizzata ha interessato anche le condizioni legali, visto che l'orientamento prevalente ha per lungo tempo escluso l'operatività della *fictio* di avveramento, rilevando come i fatti o gli atti idonei a determinare il verificarsi della *condicio iuris* , proprio perché estranei alla volontà delle parti, non siano assolutamente coercibili attraverso il ricorso a siffatto rimedio⁹¹.

È questa, nondimeno, una conclusione che, sebbene conservi ancora oggi una sua validità, non sembra avere più la medesima valenza significativa, assoluta e generale, che aveva in passato. Da più parti si è infatti osservato come essa vada comunque rapportata al peculiare *modus operandi* del rimedio e valutata alle luce delle singole fattispecie concrete, anche perché, nella pratica, le condizioni di diritto sono spesso collegate a comportamenti volontari di uno o di entrambi i contraenti che inducono a qualificarle come condizioni miste. Basta pensare, ad esempio, alle ipotesi in cui l'evento condizionante è costituito dal rilascio di un atto da parte di una Pubblica Amministrazione (concessione, autorizzazione, licenza) che implica una più o meno intensa cooperazione di una delle parti. In questi casi, se il mancato verificarsi della condizione è imputabile al contraente che aveva interesse contrario all'avveramento, non pare sussistano particolari ragioni ostative all'ingresso del rimedio posto dall'art. 1359 c.c., dal momento che quest'ultimo, lungi dal rimuovere l'ostacolo rappresentato dalla concreta assenza dell'atto amministrativo, mira soltanto a far sì che, nei rapporti *inter partes* , la condizione si consideri come avverata, di guisa che la parte responsabile abbia l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta, pena l'ingresso dei rimedi tipici contro l'inadempimento⁹².

l'art. 1359 c.c.; Cass., Sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, cit., ha affermato come sia proprio in relazione all'elemento potestativo che il dovere di buona fede «ha la sua ragion d'essere perché è con riguardo a detto elemento che la discrezionalità contrattualmente attribuita ad una parte deve essere esercitata».

⁹⁰ P. VIRUCCI, *Condicio est in obligatione* , cit., p. 19; M. COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa* , cit., p. 1528.

⁹¹ Cass., 22 marzo 2001, n. 4110, cit.; G. ROMANO, in *Codice civile annotato* , cit., p. 650.

⁹² Cass., 3 aprile 1996, n. 3084, cit.; C.M. BIANCA, *Diritto civile* , III, cit., p. 558; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede* , cit., p. 141; G. SALVI, *L'art. 1359 cod. civ.* , cit., p. 53, che rileva come anche la giurisprudenza abbia intrapreso «la via

Il che dimostra come l'operatività del rimedio posto dall'art. 1359 c.c., in questi casi, tenda non già a supplire al mancato rilascio dell'atto amministrativo – che mai potrebbe essere sostituito da una *fictio* – ma a legittimare esclusivamente la pretesa del contraente fedele a conseguire il bene o il servizio pattuito, purché, ovviamente, detta assenza non incida sulla validità dello scambio e non vanifichi l'interesse della parte all'attuazione del rapporto.

Non solo, ma la giurisprudenza ha posto in risalto come là dove sia stato fissato un termine entro il quale il provvedimento amministrativo deve essere rilasciato, ed a causa del comportamento scorretto tenuto dal contraente l'atto sia emesso tardivamente, non vi sia ragione per escludere il ricorso alla *fictio* di avveramento se essa è comunque in grado di soddisfare l'interesse del contraente fedele. Detto rimedio, infatti, mentre non può essere invocato là dove «non sia certo che la concessione o l'autorizzazione possa essere rilasciata», può, per contro, ritenersi operante nel caso in cui il mancato realizzarsi dell'evento condizionante nei termini previsti, «non essendovi altre ragioni, sia imputabile unicamente al comportamento scorretto tenuto dal contraente *pendente condicione*»⁹³.

Del resto, ad analoga soluzione è dato giungere nelle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione, dopo aver stipulato un contratto con un professionista, conferendogli l'incarico per la progettazione di un'opera pubblica ed aver subordinato il pagamento del corrispettivo allo stanziamento del finanziamento, abbia violato l'obbligo di buona fede non presentando la domanda e/o non erogando la somma⁹⁴. Anche in questi casi non sembrano sussistere particolari motivi per negare, sempre ed *a priori*, l'ingresso del rimedio previsto dall'art. 1359 c.c. Questo perché – si è osservato – se è vero che la Pubblica Amministrazione in virtù dei suoi poteri discrezionali può non presentare la domanda e/o non provvedere allo stan-

del superamento del principio di inapplicabilità della *fictio* alle condizioni potestative» in quanto, in alcuni casi, è proprio tale rimedio che tutela adeguatamente gli interessi della controparte.

⁹³ Cass., 27 febbraio 1998, n. 2168, cit., che ha deciso un caso in cui le parti avevano subordinato l'efficacia del contratto preliminare di vendita alla condizione del conseguimento della concessione edilizia entro un anno dalla data di stipulazione del predetto contratto. Evento, questo, che non si era verificato entro il termine richiesto in quanto il promittente alienante non aveva prodotto i documenti richiesti dalla Pubblica amministrazione. Pertanto, non essendo il diniego di tale atto in alcun modo imputabile alla P.A., la Suprema Corte ha ritenuto che la condizione non potesse che ritenersi avverata.

⁹⁴ Sulla natura e la validità di siffatte clausole, vedi: Cass., Sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, cit.; G. PERLINGIERI, *Compenso del professionista*, cit., p. 137 ss.; U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 5 ss.; R. GELLI, *La clausola if and when tra condizione e termine di adempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 414 ss.

⁹⁵ È questa l'opinione di G. PERLINGIERI, *o.m.c.*, p. 147, il quale rileva come la P.A. violi la

ziamento del finanziamento, è altresì indubbio che l'azione amministrativa rimane comunque soggetta ad un controllo di correttezza e ragionevolezza⁹⁵.

Il potere discrezionale dell'Ente pubblico non esclude affatto l'obbligo di porre in essere tutte le condotte che, pur non essendo espressamente menzionate nel contratto, risultino necessarie per salvaguardare – compatibilmente con l'interesse pubblico – la posizione della controparte⁹⁶. Cosicché, se la mancata erogazione delle somme è in contrasto con l'interesse generale, oppure è irragionevole, non potrà non riconoscersi al professionista la possibilità di far ricorso ai rimedi predisposti dall'ordinamento a tutela dei suoi interessi, e dunque al risarcimento del danno e/o alla *fictio* di avveramento. Tutela, quest'ultima, che si rivela non solo adeguata a proteggere il contraente contro i comportamenti posti in essere dalla controparte in violazione del principio di buona fede, ma appare, altresì, particolarmente incisiva proprio nei contratti in cui è incerta la controprestazione, poiché consente di riequilibrare le posizioni delle parti allorché una di esse abbia già adempiuto la sua obbligazione e sia esposta ai ripensamenti dell'altra⁹⁷.

7. Nelle pagine precedenti si è chiarito come la tutela di un interesse possa operare in più direzioni, delineando una pluralità di strumenti rimediali di diversa natura e finalità che tengono conto della fase in cui interviene la lesione, dell'entità della stessa, della compatibilità esistente tra la *ratio* della norma da applicare ed il concreto bisogno di tutela da sod-

regola di buona fede se «in relazione al rapporto tra comportamento realizzato e funzione perseguita, la scelta di non richiedere il finanziamento sia ingiustificata o irragionevole e non risponda ad alcun interesse giuridicamente meritevole o, se si preferisce, risponda ad un interesse che nell'ottica del bilanciamento e della valutazione comparativa tra interessi e valori, risulti soccombente rispetto alle ragioni dell'altra parte».

⁹⁶ A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, p. 219, secondo il quale, ad esempio, è certamente contrario alla regola di buona fede il comportamento della Pubblica Amministrazione che, per sottrarsi all'impegno assunto, si rifiuti di adottare un provvedimento conforme all'interesse generale; M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1052 ss., spec. p. 1079 ss. che rileva come sia proprio la disciplina riservata all'appalto di opere pubbliche a testimoniare l'esistenza di un reciproco dovere di buona fede tra i contraenti, visto che i riferimenti all'obbligo di «buona esecuzione» o alla vigilanza «per l'esatto adempimento» del contratto, altro non costituiscono se non «la versione pubblicistica dell'essenziale canone codicistico contenuto nell'art. 1375 c.c.».

⁹⁷ U. SALANITRO, *Contratto d'opera intellettuale*, cit., p. 425, che sottolinea come una volta che si sia riconosciuto in capo al contraente l'obbligo di attivarsi per rendere possibile l'avveramento dell'evento condizionante, sarebbe incongruo escludere la tutela in forma specifica ed ammettere la sola tutela per equivalente.

disfare e del nesso di adeguatezza e di proporzionalità che deve sussistere tra il rimedio invocato e l'effettiva alterazione arrecata all'ordine contrattuale.

Ragionando in quest'ottica, riserve e dubbi suscita l'orientamento che ammette il ricorso ai rimedi risolutivi e risarcitori nelle sole ipotesi in cui non operi la *fictio* di avveramento. Tale limitazione, infatti, non sembra sorretta né dalla *ratio* che sta alla base del negozio *sub condicione*, né dal testo normativo di cui all'art. 1358 c.c., che mira a salvaguardare «le ragioni» del contraente nel loro complesso e non già soltanto quelle legate al libero corso della fase di pendenza. Non solo, ma una diversa soluzione sembra potersi prospettare proprio in virtù del principio di effettività della tutela e dell'approccio rimediale che esso legittima, dal momento che, anche là dove sembrano non sussistere particolari ragioni ostative all'applicazione della *fictio*, ben può accadere che il concreto bisogno di tutela da soddisfare sia quello non già di essere «reintegrato in forma specifica del pregiudizio subito»⁹⁸, bensì di ottenere il risarcimento del danno e di liberarsi immediatamente dal vincolo, ritornare sul mercato, e ricercare un nuovo *partner* con cui concludere quello stesso affare che è rimasto frustrato a causa dell'inadempimento della controparte.

Esigenza, questa, che si manifesta, ad esempio, nelle ipotesi in cui la condizione sia apposta nell'esclusivo interesse di una parte e l'altro contraente, con un proprio comportamento, neutralizzi il verificarsi dell'evento condizionante, vanificando le specifiche utilità che la controparte si era prefissata di raggiungere tramite il negozio⁹⁹. In questi casi è evidente l'immediata ed autonoma rilevanza che assumono l'anticipato scioglimento

⁹⁸ La giurisprudenza, per contro, afferma che la norma di cui all'art. 1359 c.c., assicurando, seppur attraverso una *fictio*, il soddisfacimento in forma specifica dell'aspettativa del contraente deluso, priva di giuridica rilevanza *sub specie resolutionis* e *sub specie damni* il comportamento (colposo) del debitore che, avendo interesse contrario al verificarsi della condizione, abbia ostacolato il compimento dell'evento in essa dedotto (Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1088). Sul punto, però, vedi: P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, cit., p. 809 ss.; D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, cit., p. 87 ss., i quali inquadrano il rimedio in esame in una più ampia e complessa esigenza di tutela. Secondo questi autori, infatti, tale strumento rimediale è non solo rimesso alla disponibilità del contraente corretto – il quale può non ritenere conveniente invocare la finzione di avveramento là dove il suo interesse, esplicitato tramite la clausola condizionale, sia stato vanificato dal comportamento dell'altra parte – ma neppure esaurisce la tutela predisposta dall'ordinamento, potendo egli agire anche per ottenere il risarcimento del danno.

⁹⁹ Il riferimento è, ad esempio, al caso cui un soggetto stipuli una compravendita avente ad oggetto un appartamento, subordinando l'efficacia del contratto alla condizione (sospensiva) che venga trasferito nel luogo in cui si trova l'immobile. Se tale trasferimento non si verifica a causa del comportamento «scorretto» dell'alienante, è del tutto evidente che l'acquirente non avrà alcun interesse ad invocare il rimedio di cui all'art. 1359 c.c., per cui gli unici rimedi utilmente esperibili saranno l'azione di danni e quella di risoluzione.

materiale avente ad oggetto il bene negoziato, si produca una frattura nell'iter attuativo del rapporto di assoluto rilievo che, come tale, rende inutile il ricorso ai predetti strumenti cautelari e legittima l'ingresso dei rimedi a carattere finale¹⁰⁶. Così come accade, ad esempio, nei casi in cui il contraente abbia dichiarato di non voler adempiere e tale manifestazione di volontà sia espressiva di un'effettiva ed attuale intenzione di non eseguire la prestazione¹⁰⁷. Sia resa, cioè, in forma scritta¹⁰⁸ e sia seria e univoca¹⁰⁹, ovvero – come afferma la giurisprudenza – sia preceduta o seguita da concreti contegni materiali che incidono negativamente sulle sorti del rapporto obbligatorio, pur senza pregiudicarne irreversibilmente l'attuabilità¹¹⁰. In presenza di tali presupposti – analogamente a quanto previsto

ziale a favore di un terzo, facendogli conseguire il possesso del bene e non comunicando l'esistenza di una precedente alienazione sottoposta a condizione sospensiva. Anche in tal caso, sarà il terzo che acquisterà la proprietà del bene, ai sensi dell'art 1155 c.c., dal momento che risulta assai arduo per l'acquirente *sub condicione* fornire la prova della mala fede del secondo acquirente.

¹⁰⁶ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 665 ss.

¹⁰⁷ Cass., 2 agosto 2005, n. 16164, in *Contratti*, 2006, p. 537 ss., con nota di M. DELLA CHIESA, *Dichiarazione di non voler adempiere ed interpretazione del contratto*; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, p. 727, con nota di A.M. PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; Cass., 7 maggio 1982, n. 2843, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, c. 287; Cass., 12 dicembre 1975, n. 9089, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1614; Cass., 8 ottobre 1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 651.

¹⁰⁸ Traendo spunto dalla previsione di cui all'art. 1219, comma 2, c.c., affermano che solo la dichiarazione scritta assicura la certezza e la serietà del futuro inadempimento: C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 15; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 159; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., p. 1314. Tali autori ritengono infatti che l'osservanza della prescrizione formale non solo consenta al debitore di riflettere attentamente sulle conseguenze che produce la sua dichiarazione, ma permetta altresì al creditore di comprendere le motivazioni che stanno a fondamento di tale manifestazione di volontà.

¹⁰⁹ A. VENTURELLI, *Il rifiuto serio e definitivo di adempiere*, tesi di dottorato, 2008, p. 322 ss., che sottolinea come, nel sistema del BGB, la serietà e la definitività, dapprima sovrapposte l'una all'altra, acquistino rilievo autonomo «perché la valutazione della meritevolezza della tutela creditoria muove da un giudizio prognostico atto a considerare [...] l'idoneità del rifiuto a pregiudicare la futura realizzazione della prestazione». Il che – secondo l'Autore – vale anche nell'ordinamento italiano che, non contenendo dati normativi testuali in ordine alla serietà e definitività dell'inadempimento, non può che orientare il lavoro dell'interprete verso l'elaborazione dei criteri che assicurino la certezza della futura mancata o inesatta esecuzione della prestazione.

¹¹⁰ Cass., 23 luglio 1991, n. 8199, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Obbligazioni in genere*, n. 43; Cass., 28 novembre 1992, *ivi*, voce cit., n. 25; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, cit.; P. TARTAGLIA, *Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 20 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 179, che, oltre ad evidenziare i caratteri di certezza e serietà che la dichiarazione deve possedere, sottolinea l'importanza che assume il comportamento concreto del debitore, che deve essere chiaramente espressivo della volontà di non adempiere.

infatti, si tratta di bilanciare l'interesse del debitore al mantenimento del vincolo con la minor utilità che al creditore deriverebbe se quel ritardo o quelle inesattezze si protraessero fino al verificarsi della condizione.

Sull'abbrivo di tali considerazioni, è dato ritenere, inoltre, che il rimedio risolutorio trovi ingresso non soltanto là dove sia leso l'interesse del contraente a non vedere vanificata o diminuita la dose di incertezza insita nell'evento condizionante, ma anche nei casi in cui l'attività del contraente abbia alterato, danneggiato, distrutto o reso giuridicamente impossibile il conseguimento della *res* negoziata. Diversamente da coloro che riconoscono al contraente fedele la possibilità di far ricorso unicamente ai rimedi cautelari e conservativi, oppure di ottenere una sentenza di risoluzione per il futuro¹⁰⁴, sembra ragionevole ritenere che, là dove l'illecito comportamento del contraente si traduca in un'attività giuridica idonea ad eludere il meccanismo effettuale previsto dall'art. 1357 c.c.¹⁰⁵, o in un contegno

non giustificerebbe tale esito qualora il restante 90% venisse eseguito correttamente» (M. DEL-LACASA, *Inadempimento prima del termine*, cit., p. 30).

¹⁰⁴ L'eventuale sentenza di risoluzione, infatti, non avrebbe effetto immediato, ma sarebbe subordinata alla medesima condizione apposta al negozio, in quanto è solo nel momento in cui la condizione si verifica che potrebbe accertarsi se il debitore sia inadempiente. Mentre nel caso di mancato avveramento, il principio di retroattività priverebbe di conseguenze il comportamento antiggiuridico del contraente, neutralizzando gli effetti della sentenza. Cfr. D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1949, I, p. 62 e ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1970, p. 241 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 102 ss.; S. MAIORCA, *Condizione*, cit., p. 314; C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1986, p. 308.

¹⁰⁵ È, questo, un meccanismo che, secondo l'interpretazione prevalente, sottopone a condizione risolutiva gli atti di disposizione del diritto compiuti durante la fase di pendenza; sicché è soltanto al verificarsi dell'evento condizionante il primo negozio che si attua la neutralizzazione degli effetti che si sono prodotti in forza dei successivi atti di alienazione (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 201 ss.; A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 185 s. Tale congegno effettuale, tuttavia, non sempre si rivela idoneo a risolvere i possibili conflitti tra l'acquirente *sub condicione* ed i terzi a cui lo stesso dante causa ha successivamente alienato il bene. Esso, infatti, da un lato, presuppone che le parti non abbiano introdotto deroghe al principio di retroattività, riportando gli effetti del contratto ad un momento diverso rispetto a quello della sua conclusione (art. 1360 c.c.); dall'altro lato, deve essere coordinato con le regole circolatorie, quali, ad esempio, quelle poste dagli artt. 2643-2644, 1153 e 1155 c.c. Così, nelle ipotesi in cui oggetto del contratto sia il trasferimento o la costituzione di un diritto reale su un bene immobile, la trascrizione dell'atto, ai sensi dell'art. 2659, comma 2, c.c., consente all'acquirente di opporre il suo acquisto ai terzi che abbiano trascritto successivamente. Mentre se l'alienante, dopo aver stipulato un contratto sottoposto a condizione sospensiva, trasferisca puramente e semplicemente il diritto di proprietà sul medesimo bene ad un terzo, il quale trascrive il proprio titolo di acquisto prima dell'acquirente *sub condicione*, sarà il terzo che, in base ai comuni criteri stabiliti per la soluzione dei conflitti di titolarità, acquisterà il relativo diritto. Conclusione, questa, a cui si perviene anche nelle ipotesi di trasferimenti mobiliari ove l'alienante disponga puramente e semplicemente dell'oggetto nego-

del vincolo contrattuale e la tutela risarcitoria, visto che la *res* negoziata, pur se in astratto conseguibile, non è piú in grado, in concreto, di soddisfare le aspettative del contraente in favore del quale era stata apposta la condizione¹⁰⁰. Di qui l'inutilità del ricorso alla *fictio* di avveramento e la possibilità di rinunciare alla condizione ed agire con l'azione di cui all'art. 1453 c.c. e/o con quella di danni¹⁰¹.

Sotto questo profilo, è utile altresí chiarire che, ai fini dell'anticipato scioglimento del vincolo, non basta la violazione dell'obbligo accessorio in sé considerata, in quanto occorre pur sempre aver riguardo all'incidenza che l'inosservanza del dovere di buona fede esercita sull'eseguibilità del rapporto, poiché è solo là dove appaia ragionevolmente certo, *ex ante*, secondo un giudizio di prognosi postuma, che la prestazione finale non potrà essere esattamente adempiuta, che si potranno ravvisare gli estremi di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. Il che rende evidente la complessità che in queste ipotesi caratterizza il giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento¹⁰². Esso, benché mantenga inalterato il suo ruolo centrale, assume infatti un'indubbia peculiarità: da un lato, si cristallizza al momento in cui viene proposta l'azione di risoluzione; dall'altro, richiede una verifica dell'incidenza che l'omesso (o inesatto) adempimento dell'obbligo accessorio esercita sulla eseguibilità del rapporto. Cosicché, sebbene non via siano problemi di ordine logico-normativo o sistematico-concettuale, possono comunque generarsi talune difficoltà pratico-applicative, soprattutto là dove si tratti di valutare anticipatamente il ritardo o l'inesatta esecuzione di una prestazione oggettivamente ancora possibile¹⁰³. In tal caso,

¹⁰⁰ Da ultimo, vedi: G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 704.

¹⁰¹ Cass., 17 agosto 1999, n. 8695, in *Contratti*, 2000, p. 13 ss., con nota di F. BESOZZI, *La rinuncia alla condizione unilaterale*; G. CHIESI, *Condizione unilaterale*, cit., p. 64.

¹⁰² Sul tema, vedi G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992, p. 30 ss.

¹⁰³ La giurisprudenza ha precisato che nelle ipotesi di ritardo (ad esempio, nella stipula del contratto definitivo rispetto al termine fissato nel preliminare) il giudizio di gravità deve tener conto «del tempo trascorso, dell'entità della somma da pagare (in riferimento all'importo in ipotesi già versato) e di ogni altra circostanza utile ai fini della valutazione dell'interesse dell'altra parte» (Cass., 16 gennaio 2006, n. 690, in *Dir. giust.*, 2006, p. 1546). Così, pure, nel caso di parziale esecuzione della prestazione, si è osservato che «il giudizio sulla non scarsa importanza dell'inadempimento non può essere affidato solo alla rilevata entità della prestazione inadempita rispetto al valore complessivo della prestazione, costituendo questa soltanto uno degli elementi di valutazione» (Cass., 21 febbraio 2006, n. 3742, in *Juris data on line*). Diversamente, in dottrina, si è ritenuto che il giudizio sull'inesattezza della prestazione vada effettuato in relazione alla parte di essa effettivamente svolta e non con riguardo all'intera attività che il debitore avrebbe dovuto porre in essere, di guisa che se «l'appaltatore esegue il primo 10% della prestazione in modo gravemente inesatto il committente può ottenere la risoluzione del contratto mediante diffida anche se, per ipotesi, l'inadempimento maturato fino a quel momento

dalle attuali linee di tendenza normativa europea e internazionale¹¹¹ – si determina una situazione tale da creare nel creditore un obiettivo, ragionevole, affidamento circa la mancata realizzabilità dell'affare che giustifica l'immediato scioglimento del vincolo¹¹².

Da questo punto di vista, devono quindi valutarsi criticamente le pronunzie che, ai fini dello scioglimento del vincolo *pendente condicione*, hanno ritenuto sufficiente la sola dichiarazione di non voler adempiere¹¹³. Quest'ultima, proprio perché può essere dettata da motivazioni eterogenee, quali la premura di informare la controparte circa l'esistenza di alcune difficoltà incontrate nell'esecuzione del contratto, la millanteria¹¹⁴, ovvero «la una specifica interpretazione dei dati fattuali e giuridici che determinano i contenuti del rapporto obbligatorio», non sempre è idonea ad integrare una fattispecie di inadempimento concreta e attuale¹¹⁵. Ed è per tale ragione che, in assenza di un concreto contegno materiale che pregiudichi stabilmente e definitivamente le sorti del rapporto, il contraente fedele è legittimato a far ricorso alla sola tutela cautelare e conservativa di cui all'art. 1358 c.c., in attesa che si verifichi un chiarimento della (incerta) vicenda contrattuale¹¹⁶.

8. L'ulteriore problema che si pone nelle ipotesi in cui siano violati gli obblighi posti dall'art. 1358 c.c. riguarda la possibilità di esperire l'azione

¹¹¹ Il riferimento è all'art. 72 della CVIM ed agli artt. 7.3.3 dei Principi Unidroit, 9.304 dei PECL e 90 dei CED.

¹¹² F. ROMANO, *La dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 612; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 151 ss.; G. VISINTINI e L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, Torino, 1999, p. 245 ss.

¹¹³ Hanno affermato che il recesso unilaterale della parte o il rifiuto del debitore di eseguire la prestazione, manifestati prima della scadenza dell'obbligazione, equivalgono all'inadempimento: Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, cit.; Cass., 22 giugno 1993, n. 6906, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 446; Cass., 5 novembre 1985, n. 5360, in *Arch. giur.*, 1986, p. 287. Sulla equiparazione della dichiarazione di non voler adempiere all'adempimento anticipato, vedi: R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 610 ss.; A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 276 ss.; E. GUBRINONI, *Inadempimento anteriore alla scadenza del termine*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 68 ss.

¹¹⁴ G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 491.

¹¹⁵ Cass., 2 agosto 2005, n. 16164, in *Juris data on line*; Cass., 24 maggio 2000, n. 6839, *ivi*, che hanno escluso l'equiparazione della dichiarazione di non voler adempiere all'inadempimento là dove detta dichiarazione si fondi su una certa interpretazione del regolamento contrattuale, poiché ciò rappresenta «l'esternazione [...] delle ragioni di diritto per le quali il debitore ritiene di non essere tenuto all'adempimento, che non possono produrre, in sé considerate, pregiudizi diversi ed autonomi rispetto all'inadempimento».

¹¹⁶ Sul tema mi permetto di rinviare al mio lavoro *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 215 ss.

risarcitoria in aggiunta alla *fiction* di avveramento o alla risoluzione del contratto, oppure in via autonoma, sganciata, cioè, dal preventivo o contestuale ricorso alla tutela coattiva o demolitiva del vincolo. Profili, questi, che ancora oggi risultano essere particolarmente controversi, visto che un ampio e maggioritario indirizzo nega *a priori* siffatta possibilità, ritenendo che l'ingresso del rimedio risarcitorio *pendente condizione*, porterebbe a considerare acquisita l'esistenza di un danno sulla base di un dato (sicuro avverarsi dell'evento condizionante) che è oggetto di meri supporti di indole congetturale, fondati esclusivamente su calcoli probabilistici, senza tener presente che il mancato avveramento della condizione farebbe perdere al contratto la sua efficacia interinale tipica, privando di rilievo l'attività svolta dal contraente *medio tempore*¹¹⁷.

È questo, tuttavia, un orientamento che pare oggi potersi valutare criticamente proprio alla luce dei risultati a cui sono pervenuti la dottrina e la giurisprudenza più recenti che – si è detto – non solo riconoscono agli obblighi nascenti dalla regola di buona fede un'autonoma valenza concettuale e giuridica, ma hanno altresì chiarito come il giudizio sul nesso di causalità tra la condotta e l'evento pregiudizievole al prosieguo del vincolo vada condotto sulla base del criterio normativo di regolarità causale di cui all'art. 1223 c.c. Criterio, questo, che impone non solo di tener presente la concreta situazione esistente all'epoca in cui la condotta (illecita) è stata posta in essere, ma di valutare, altresì, sulla base di una «certezza probabilistica» – o meglio del «più ragionevole che non»¹¹⁸ – se in tale

¹¹⁷ La prevalente dottrina (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1978, p. 25 ss.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, p. 423, nota 423; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 554; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 227) tende a negare l'autonoma proposizione dell'azione risarcitoria proprio perché ritiene che la deficienza della condizione determini il definitivo venir meno degli obblighi preliminari, e dunque privi di causa l'eventuale risarcimento danni, obbligando colui che è stato risarcito alla restituzione di ciò che ha ricevuto.

¹¹⁸ Cass., 11 gennaio 2008, n. 82 e n. 584, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453, che hanno chiarito come il criterio della causalità adeguata, così come precisato nel testo, rimanga comunque distinto e distinguibile dall'elemento soggettivo. Il primo ha riguardo alla prevedibilità obbiettiva che va esaminata in astratto, sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento. L'altro, invece, va accertato in concreto, tenendo conto della conoscenza dell'uomo medio. Ne segue che, ai fini del giudizio di cui all'art. 1223 c.c., ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile alla stregua delle regole statistiche e/o scientifiche, di guisa che «il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito». In questo senso, vedi anche Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Juris data on line*; Cass., 18 aprile 2007, n. 9238, *ivi*; Cass., 5 settembre 2006, n. 19047, *ivi*; Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, *ivi*.

momento un diverso (e quindi corretto) comportamento del contraente rendeva verosimile il completamento della fattispecie o l'acquisto del bene negoziato con le medesime caratteristiche originarie¹¹⁹.

Del resto, proprio avendo specifico riguardo alle ipotesi nelle quali non trova ingresso la *fictio* di avveramento, si è osservato come il mancato ingresso della tutela risarcitoria creerebbe un inevitabile conflitto con il principio logico-formale di non contraddizione. Infatti, per un verso, si arriverebbe a considerare la parte responsabile per aver impedito o ostacolato il libero e naturale corso della fase di pendenza; per altro verso, invece, si escluderebbe l'immediata responsabilità del contraente in virtù dell'incertezza insita nell'evento condizionante, che si porrebbe quale fattore interruttivo del nesso di causalità tra la violazione degli obblighi nascenti dal principio di buona fede e la realizzazione dell'interesse di colui che attende l'acquisto del diritto finale¹²⁰. Il che ha rappresentato un'importante premessa per ammettere l'ingresso dell'azione di danni non solo là dove il contraente fedele decida di far ricorso al rimedio di cui all'art. 1359 c.c.¹²¹, ma anche nei casi in cui scelga di non avvalersi né delle tecniche coattive, né di quelle risolutive¹²². Questo perché – si è affermato – la tutela risarcitoria rappresenta un rimedio non più subordinato al preventivo o contestuale esperimento delle azioni coattive o demolitive del vincolo, ma azionabile in via autonoma, legato soltanto «alla concreta e definitiva esistenza di un danno», e dunque alla prova «della perdita economica subita e del vantaggio che non si sono potuti conseguire a causa dell'altrui illecito comportamento»¹²³.

L'aver riconosciuto la legittimità del ricorso alla tutela risarcitoria *pendente condicione*, lascia aperto, nondimeno, l'ulteriore e delicato problema concernente i criteri di quantificazione del danno, dal momento che, an-

¹¹⁹ Il richiamo a logiche probabilistiche per definire il nesso causale si riscontra non solo nei sistemi anglosassoni, che parlano di *evidence on influence*, ma anche nelle decisioni della Corte di Giustizia, che ritengono sussistere tale fattore quando un dato evento «è sufficientemente probabile» o «maggiormente probabile di un altro» (Corte giust., 13 luglio 2006, n. 295, in *Juris data on line*; Corte giust., 15 febbraio 2005, n. 12, *ivi*).

¹²⁰ Cass., 2 giugno 1992, n. 6676, cit.

¹²¹ Ammettono il ricorso alla tutela risarcitoria *pendente condicione* là dove non si applichi la *fictio* di avveramento: Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, cit.; Cass., 30 luglio 2004, n. 14605, cit.; Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, cit.; Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, cit. In senso opposto, vedi Cass., 18 marzo 2002, n. 3942, cit.; Cass., 22 marzo 2001, n. 4410, cit.

¹²² Cfr. Cass., 2 luglio 2002, n. 9568, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1300 ss., che ha ammesso l'ingresso della tutela risarcitoria nell'ipotesi in cui, *pendente condicione*, il contraente aveva venduto a terzi il bene negoziato, violando il diritto di prelazione attribuito alla controparte e sottoposto alla condizione sospensiva dell'edificabilità dell'area oggetto di alienazione.

¹²³ Cass., 2 giugno 1992, n. 6676, cit.; Cass., 3 aprile 1996, n. 3084, cit.

cora oggi, è controverso se il risarcimento debba essere rapportato all'interesse positivo¹²⁴, oppure circoscritto alla lesione dell'interesse negativo¹²⁵.

Da questo punto di vista è utile ricordare come le ricostruzioni dottrinali più recenti, sottoponendo a revisione critica l'idea secondo la quale il risarcimento dell'interesse negativo debba essere limitato ai soli oneri economici che la parte ha sopportato in funzione della stipulazione di un contratto inutile, abbiano contribuito ad attenuare il predetto dibattito¹²⁶. Attraverso un'attenta operazione concettuale e sistematica si è proposta una rilettura delle nozioni di perdita economica e di mancato guadagno, mettendo in luce come ai fini della quantificazione del danno derivante dalla violazione degli obblighi di buona fede – sia durante la fase delle trattative che in sede di esecuzione del contratto – occorra aver riguardo non solo al valore economico perduto per non aver potuto concludere operazioni negoziali alternative, ma a tutte le conseguenze patrimoniali e non patrimoniali sfavorevoli immediatamente riconducibili all'interesse sostanziale leso¹²⁷.

¹²⁴ In questa prospettiva si muove la giurisprudenza prevalente che ravvisa un obbligo risarcitorio, derivante dalla lesione dell'interesse positivo, a carico della parte che, violando la regola di correttezza di cui all'art. 1358 c.c., abbia influito negativamente sul libero corso della condizione, impedendone l'avveramento. Cfr. Cass., 10 marzo 1992, n. 2875, cit.; Cass., 2 giugno 1992, n. 6676, cit.; in dottrina, vedi: P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, cit., p. 224 s., secondo il quale nel giudizio di quantificazione del danno occorre aver riguardo al mancato acquisto della situazione soggettiva finale e ai vantaggi da essa derivanti che, al momento in cui si è verificato l'inadempimento, era ragionevole prevedere che sarebbero stati acquisiti dal titolare dell'aspettativa, mentre non si deve tener conto degli eventuali danneggiamenti che il bene ha subito, visto che esso rimane pur sempre di proprietà del venditore.

¹²⁵ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 185; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 30, che circoscrivono l'entità del risarcimento del danno alla lesione dell'interesse negativo a non concludere un contratto inutile.

¹²⁶ Sul punto, vedi A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 792 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 306 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 338 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1265 ss.; G. ALPA, *La responsabilità precontrattuale II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1991, p. 3 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996; D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999; A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 93 ss.

¹²⁷ Cass., 14 giugno 1982, n. 3613, in *Foro it.*, 1983, I, c. 136; Cass., 19 novembre 1983, n. 6306, *ivi*, 1984, I, c. 459; Trib. Udine, 22 aprile 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 985, che ha espressamente riconosciuto come la lesione dell'interesse negativo si traduca in un pregiudizio che deve essere risarcito non soltanto sotto il profilo del danno emergente, ma anche del lucro

In questa logica, il risarcimento è stato commisurato «al minor vantaggio o il maggior aggravio economico» determinato dalla condotta antigiuridica della controparte ed agli altri danni che a tale condotta risultino collegati «da un rapporto consequenziale e diretto»¹²⁸. Il che non solo ha segnato «una felice sintesi fra passato e futuro su un piano rimediale», offrendo un'adeguata tutela a diritti e interessi che assumono spesso forme e caratteristiche complesse e articolate¹²⁹, ma ha indotto, altresì, a riconsiderare la stessa schematizzazione tra interesse positivo e interesse negativo, rafforzando l'idea che la quantificazione del danno vada pur sempre rapportata alla sua effettiva e concreta esistenza.

In realtà, proprio le situazioni di pendenza condizionale sembrano costituire il punto di osservazione privilegiato per cogliere la forte continuità esistente tra le due citate categorie di interesse, e dunque per porre in risalto come un'astratta e rigida separazione delle stesse si riveli spesso inidonea a ricomprendere tutte le conseguenze derivanti dalla lesione dell'interesse sostanziale. Quest'ultimo, in quanto proteso verso (ma non ancora tradottosi nel) l'acquisto del bene o del risultato pattuito, se non può essere risarcito tenendo presenti i vantaggi che si sarebbero conseguiti e le perdite che si sarebbero evitate ove la controparte avesse esattamente adempiuto la prestazione finale o l'impegno traslativo, allo stesso modo non può essere reintegrato avendo esclusivo riguardo alle spese sostenute per la conclusione o la parziale esecuzione del contratto, dal momento che occorre comunque tener conto dell'autonomo valore che detto interesse riveste nell'ambito dell'operazione negoziale conclusa. Valore che alla luce dei più recenti orientamenti delle Sezioni Unite deve oggi essere risarcito nelle sua interezza, avendo riguardo anche degli aspetti non patrimoniali oggettivati nel contratto, purché conseguenti alla lesione e causalmente riconducibili alla condotta scorretta della controparte¹³⁰.

Del resto, è proprio la descritta visione dinamico-funzionale dell'obbligazione, sensibile a recepire i valori ed i principi fondamentali del nostro ordinamento, che apre la strada al risarcimento del danno, *ex contractu*, degli interessi non patrimoniali¹³¹. Ciò sia nei casi in cui tali inte-

cessante; in dottrina, da ultimo, vedi G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., p. 69 ss.

¹²⁸ Cass., 8 ottobre 2008, n. 24975, in *Juris data on line*; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23289, *ivi*; Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, *ivi*.

¹²⁹ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità*, cit., p. 105.

¹³⁰ Il riferimento è alle note sentenze Cass., Sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Juris data on line* e Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 e 26973, *ivi*.

¹³¹ E. ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, cit., p. 370, che, in ordine ai contratti a prestazioni corrispettive, precisa che se dal negozio emerge anche un rile-

ressi risultino strettamente connessi al titolo dell'obbligazione – così come accade nelle obbligazioni alimentari o stipulate nell'interesse della famiglia – sia nelle ipotesi nelle quali il rapporto, pur essendo in astratto destinato a perseguire interessi di natura essenzialmente economica, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del bene negoziato e di tutte le altre circostanze che caratterizzano l'operazione contrattuale, lasci trasparire una loro intrinseca inerenza agli scopi concretamente perseguiti dai contraenti¹³².

→ A tal fine, del resto, utili indicazioni possono trarsi dall'indirizzo che, in tema di responsabilità civile, ormai da tempo, ha riconosciuto che il *quantum debeat* spettante a colui che è stato leso nella posizione di aspettativa va determinato in funzione del contenuto sostanziale complessivo, patrimoniale e non patrimoniale, che caratterizza la situazione violata. Questo perché, detta situazione, sebbene non si traduca in un rapporto diretto con una cosa, ma si esprima in una relazione normativamente qualificata tra il soggetto e un evento, si concretizza comunque in una situazione giuridicamente rilevante ed economicamente valutabile acquisita al patrimonio del suo titolare¹³³.

Così, pure, particolarmente significative si rivelano le indicazioni che possono trarsi dalle pronunzie che riconoscono la risarcibilità degli interessi legittimi sia nei rapporti tra cittadini e Pubblica Amministrazione, sia nei rapporti tra privati, ove si ravvisi un illegittimo esercizio del potere che determini la lesione «dell'interesse ad un bene della vita meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento»¹³⁴. E dunque non soltanto in presenza di un interesse legittimo oppositivo, teso alla conservazione della propria sfera giuridica, ma anche pretensivo, che si traduca cioè in un «oggettivo affidamento circa la positiva conclusione di una determinata vicenda», di guisa che, «secondo criteri di normalità, la situazione soggettiva che ad

vante interesse non patrimoniale all'attuazione del rapporto, quest'ultimo deve ritenersi prevalente in base alla gerarchia dei valori fissati dalle norme costituzionali, cosicché, ove venga violato, non può che essere risarcito.

¹³² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 859, che invita ad approfondire «l'influenza che l'interesse non patrimoniale può avere sul titolo quale aspetto autonomo, ma non separato, rispetto alla patrimonialità della prestazione», potendo lo stesso caratterizzare il concreto assetto ed imporre una rilettura «assiologicamente orientata dell'intera disciplina delle obbligazioni».

¹³³ A. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 213; U. NATOLI, *Della condizione*, cit., p. 456 e già sotto il vecchio codice: G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Torino, rist. 1930, p. 425.

¹³⁴ Dopo il *leading case* rappresentato da Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, tra le più recenti vedi: Cass., Sez. un., 3 gennaio 2007, n. 4; Cass., Sez. un., 23 dicembre 2009, n. 30254; Cass., Sez. un., 1 luglio 2009, n. 15388; Cass., Sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2991, tutte in *Juris data on line*.

essa si ricollega possa considerarsi giuridicamente protetta e destinata a evolversi in senso positivo»¹³⁵.

Tali decisioni dimostrano come sia la probabilità attuale ed effettiva del soggetto di soddisfare un interesse di natura personale o di conseguire determinate utilità economiche, e quindi di realizzare il suo essere persona o di incrementare la propria sfera patrimoniale al verificarsi di un determinato evento, che denota la rilevanza della situazione soggettiva, conferendole uno specifico valore *sub specie damni*. Valore che attualmente va ravvisato non soltanto in relazione a forme di appartenenza, ma anche in ordine a posizioni contrattuali in corso di svolgimento, in quanto «capaci di rappresentare una struttura che stabilisce la distribuzione di ricchezza e la fissazione dei bisogni nel mercato»¹³⁶. Di qui il superamento della tradizionale e rigida distinzione tra valore d'uso, inteso come conservazione di una situazione acquisita e corrispondente ad un sistema di tutela dei diritti c.d. statico, e valore di scambio, incentrato sulla circolazione della *res* che implica una «predilezione per la produzione e il mercato»¹³⁷.

È in questa logica che si comprende perché l'interesse sostanziale sotteso alla posizione di aspettativa, ove sia leso dall'illecito comportamento della controparte (o di un terzo) che abbia impedito il libero corso della fase di pendenza o abbia inciso negativamente sulla *res* negoziata, debba essere integralmente risarcito. Il che implica un'attenta considerazione oltre che dell'incremento patrimoniale perso a causa della grave frattura determinatasi nell'*iter* attuativo del rapporto, anche degli eventuali ulteriori pregiudizi, quali, ad esempio, la mancata realizzazione degli interessi non patrimoniali oggettivati nel rapporto, dei costi dovuti all'inadempimento degli obblighi assunti verso terzi, del maggior prezzo che si è costretti a pagare per procurarsi un bene equivalente, oppure, ancora, delle spese che si sono affrontate per l'idonea conservazione del bene negoziato. Pregiu-

¹³⁵ Cass., Sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2991, cit.

¹³⁶ D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, p. 506, secondo il quale in seguito alle trasformazioni subite dai processi economici che hanno portato ad un sistema di mercato altamente «informato» anche le aspettative di ricchezza vengono trattate come elementi di un mercato reale e «conferiscono ai comportamenti dei soggetti una stabilità per il fatto stesso di essere inclusi nel mercato».

¹³⁷ R. DI RAMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 33 ss., che sottolinea come la contrapposizione tra valore d'uso e valore di scambio nasca non appena «il diritto diviene altro rispetto al fatto» ed esprima «l'essenza della mediazione del diritto tra i fatti presenti e quelli futuri», ovvero rappresenti «l'essenza della dialettica tra dover essere ed essere in divenire» (p. 34). L'A. rileva peraltro come detta dicotomia, sebbene abbia accompagnato tutta l'esperienza giuridica romanistica, abbia assunto oggi una diversa configurazione, visto che – si è detto nel testo – il valore d'uso dei beni non si traduce più nella sola conservazione dei diritti sui beni, ma «coglie il valore essenziale di vicende dinamiche, di acquisto dei beni».

dizi, questi, che potranno tutti trovare ristoro grazie all'elasticità che contraddistingue i criteri di quantificazione del danno di cui agli artt. 1223 ss. c.c., i quali, nella comparazione tra le contrapposte istanze di tutela, consentono di neutralizzare gli effetti della lesione anche attraverso una valutazione di tipo equitativo, volta ad assicurare un'adeguata ed effettiva protezione agli interessi patrimoniali e non patrimoniali violati.

9. La prospettiva metodologica prescelta, incentrata sull'analisi delle situazioni concrete più che su una generale, astratta e omnivalente nozione di aspettativa, ha posto in rilievo come la frattura della dinamica negoziale verificatasi *pendente condicione* consenta, in sede applicativa, un'individuazione delle tecniche di tutela duttile e articolata. Ai fini della selezione e della modulazione dei rimedi esperibili, un ruolo centrale assume infatti lo specifico problema implicato dalla lesione dell'interesse sostanziale, quale esso si delinea in base alle caratteristiche del rapporto, al tipo di evento oggetto della clausola condizionale (potestativo casuale o misto), alla fase in cui interviene la lesione, alle probabilità esistenti in ordine all'avveramento della condizione ed alle concrete *rationes* sottese ai rimedi da azionare, di guisa che, in attuazione dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, sia garantita la corrispondenza tra il rimedio irrogato e la concreta istanza di tutela da realizzare.

Lo studio delle situazioni di pendenza dalla specola rimediale, rompendo la tipicità delle forme di tutela ancorate alla rigida e astratta qualificazione formale degli interessi, ha infatti consentito di correlare i rimedi contro l'inadempimento ai concreti bisogni di tutela che l'interesse leso reclama. Approccio questo che, da un lato, appare legittimato dalle più recenti interpretazioni del principio di effettività della tutela, dall'altro, ben si coniuga con la mutata visione dell'obbligazione, la quale, concependo il rapporto non più in chiave esclusivamente strutturalistica e formale, ma nella sua dimensione teleologica e assiologica, valorizza la funzione ordinamentale che esso è deputato a svolgere: soddisfare il complessivo assetto di interessi in esso implicato.

In questa logica, che guarda l'obbligazione nella sua dimensione dinamico-funzionale, particolare rilievo riveste il profilo precettivo, regolamentare della stessa, il quale, in virtù dell'intrinseco e complesso collegamento che sussiste tra struttura e funzione, definisce compiutamente il conflitto tra i contrapposti e concreti interessi delle parti, così come essi si individuano in base al titolo, all'oggetto, alla qualità dei soggetti, al tipo di bene negoziato, alla ragione pratica avuta di mira dalle parti ed alle concrete circostanze (anche sopravvenute) presenti nella fase esecutiva. Il che segna il passaggio da una concezione semplice ad una visione complessa

e unitaria dell'obbligazione, all'interno della quale, oltre alla coppia fondamentale tipica diritto-obbligo, trovano la loro ragion d'essere anche una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, dotate di un'autonoma valenza concettuale e giuridica, la cui lesione è in grado di generare, già durante la fase di pendenza della condizione, una fattispecie di inadempimento concreta e attuale. Inadempimento che non si identifica più, quindi, con la mancata, inesatta o tardiva esecuzione dell'atto solutorio finale, *stricto sensu* inteso, ma include anche l'omissione di tutti gli atti funzionalmente preordinati al perseguimento del risultato finale, siano essi riducibili ad uno specifico obbligo legale o convenzionale, ovvero alla regola posta dall'art. 1358 c.c.

L'individuazione di una fattispecie di inadempimento *pendente condizione* e l'ingresso dei rimedi a carattere finale che in virtù delle più recenti interpretazioni del principio di effettività della tutela può ammettersi, testimoniano, dunque, come la protezione di un interesse operi spesso in più direzioni e si esprima attraverso una pluralità di strumenti di diversa natura e finalità che accompagnano l'intera dinamica negoziale. Infatti, proprio con riguardo alla tutela risolutoria si è rilevato come essa trovi ingresso solo là dove la violazione dell'obbligo accessorio si rifletta negativamente sull'*iter* attuativo del rapporto, pregiudicando gravemente o vanificando la soddisfazione del complessivo assetto di interessi in esso implicato. Cosicché, ai fini dello scioglimento del vincolo, non è sufficiente la sola violazione dell'obbligo di buona fede *ex art. 1358 c.c.*, in sé considerata, ma è necessario valutare, *ex ante*, secondo un giudizio di prognosi postuma, l'incidenza che detta violazione esplica sul libero corso della fase di pendenza o sulla *res* negoziata.

Sempre in attuazione dei predetti principii, si è inoltre posto in risalto come la tutela demolitiva del vincolo non costituisca affatto l'antecedente logico-normativo necessario dell'azione di danni, dal momento che quest'ultima, oltre ad associarsi alla risoluzione del contratto o alla finzione di avveramento della condizione, può essere esperita anche in via autonoma. Essa, infatti, costituisce una tecnica rimediale subordinata esclusivamente all'attuale e concreta esistenza di un danno, il quale, *pendente condizione*, ben può ravvisarsi in presenza di una lesione irreversibile degli interessi sottesi al rapporto.

Non solo, ma proprio le situazioni di pendenza condizionale hanno costituito un punto di osservazione privilegiato per dimostrare come un'astratta e rigida schematizzazione tra interesse positivo e interesse negativo risulti affatto inadeguata a ricomprendere tutte le conseguenze pregiudizievoli causalmente riconducibili all'illecita condotta del contraente. Conseguenze che alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali de-

vono ricomprendere anche i pregiudizi derivanti dalla lesione degli interessi non patrimoniali oggettivatisi nella vicenda contrattuale, vista la posizione sempre piú rilevante che essi rivestono alla luce della descritta valenza teleologica ed assiologia dell'obbligazione.

Infine, sull'abbrivo delle piú recenti interpretazioni e applicazioni della regola di buona fede si è infranto il dogma della inapplicabilità della *fic-tio* alle condizioni potestative o all'elemento potestativo delle condizioni miste, chiarendo i limiti, la natura ed il concreto *modus operandi* di siffatta tutela. Essa, infatti, da un lato, seppur limitatamente ai rapporti *inter partes*, appare applicabile anche in talune ipotesi nelle quali l'evento condizionante è costituito da un provvedimento amministrativo che non viene concesso a causa del comportamento scorretto del contraente; dall'altro sembra rivestire una natura non tanto sanzionatoria, sí da essere automaticamente operante là dove il comportamento doloso o colposo del contraente che aveva interesse contrario all'avveramento della condizione ne abbia impedito il verificarsi, bensí rimediale, ponendosi come strumento diretto ad ottenere, in via coattiva, l'attuazione dello stesso interesse sotteso al negozio condizionato. Il che spiega perché detto rimedio, al pari delle altre tecniche soddisfatorie, prescinda da una valutazione sulla struttura soggettiva dei comportamenti e, in virtù del principio di effettività e disponibilità delle tutele, debba essere rimesso alla libera scelta del contraente fedele, inserendosi in una piú ampia e articolata gamma di strumenti rimediali a lui riconosciuti *pendente condicione*.

VINCENZO PUTORTÍ