



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Storia e filosofia del diritto e diritto canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

XX ° CICLO

TESI DI DOTTORATO

L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Francesco Cavalla

Supervisore: Ch.mo Prof. Luigi Garofalo

Dottorando: Daniele Berardi

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di analizzare i profili problematici relativi al particolare meccanismo operativo per cui una condizione apposta ad un negozio giuridico si considera avverata anche qualora l'evento dedotto in condizione non sia venuto in essere, a causa di determinate circostanze o avvenimenti.

Ai fini di tale studio si procederà partendo dall'analisi degli strumenti giuridici che ne costituiscono le premesse, per porre chiaramente quali siano le basi di partenza del successivo approfondimento: sarà quindi necessario, in particolare, presentare una ricostruzione storica e dogmatica della *fictio iuris*, evidenziandone le peculiarità operative, ricercando le basi per la qualificazione dell'avveramento fittizio della condizione alla luce di tale categoria ricostruttiva. Si osserverà che la *fictio* come strumento tecnico-giuridico sia un prodotto della riflessione dei giuristi romani, che ne hanno elaborato e raffinato i requisiti applicativi. Se nel diritto intermedio si rinviene un interesse da parte degli studiosi che si limita ad una riflessione dagli esiti poco più che definitivi, è nel diritto moderno che riprende la discussione sulla *fictio iuris*, traendo linfa dalla riflessione giusfilosofica e dalle sistemazioni normative codificate degli ordinamenti statuali moderni. Si procederà quindi all'analisi tecnica della *fictio iuris*, sottolineandone i caratteri, anche tramite la comparazione con strumenti giuridici simili.

Occorrerà poi soffermarsi sull'elemento della condizione: dopo aver riportato i cenni fondamentali sulla *condicio* desumibili dalle

fonti romane, si procederà all'analisi degli elementi costitutivi, approfondendo in particolare lo studio della struttura del negozio condizionato in relazione alla fattispecie negoziale ed alla volontà dei soggetti negoziali. A tal fine analizzeremo la condizione secondo due fondamentali prospettive teoriche: la teoria che riporta la condizione nell'ambito della volontà negoziale e la teoria che, nell'ambito della costruzione del negozio giuridico come fattispecie, analizza la condizione come elemento accidentale del negozio stesso, con le conseguenti implicazioni concernenti le varie fasi in cui ciò può rilevare: dall'apposizione, alla situazione di pendenza, al verificarsi o meno dell'evento condizionale.

Saranno poi presentati dei cenni sulla teoria della presupposizione, quale elemento strettamente connesso, ed utile strumento dottrinale di indagine ricostruttiva.

Successivamente si procederà all'analisi dello sviluppo dell'elaborazione giurisprudenziale dell'avveramento fittizio della condizione nel diritto romano, a partire da un'ampia ricostruzione sulla base delle fonti giuridiche, che ne attestano una progressiva generalizzazione dell'operatività, a partire dalle prime applicazioni a singoli casi per ragioni particolari; da un primo riferimento che riporta ad una disposizione delle XII Tavole si seguirà l'evoluzione della riflessione dei giuristi fino al diritto giustiniano, per comprendere, sulla base degli elementi sistematici premessi, il fondamento teorico dell'avveramento fittizio della condizione. Si osserverà come il

principio *condicio pro impleta habetur* (espresso anche con la locuzione *habetur, ac si condicio impleta fuisset*) si sia sviluppato fondamentalmente in duplice direzione, cui corrisponderà la nostra *divisio* del capitolo terzo, ove analizzeremo per prima l'ipotesi in cui la condizione si reputi avverata a causa dell'impedimento opposto dal soggetto avente contrario interesse, e per seconda l'ipotesi in cui l'avveramento fittizio sia causato dalla mancanza, *lato sensu*, di collaborazione da parte di un terzo nello svolgersi della vicenda negoziale,

Per completare l'analisi del panorama dell'avveramento fittizio della condizione nel diritto romano, se ne prenderà inoltre in considerazione quella particolare esplicazione consistente nella *cautio Muciana*, rimedio di elaborazione giurisprudenziale per il particolare caso di condizione potestativa negativa.

Si seguirà quindi lo sviluppo applicativo dell'avveramento fittizio della condizione, transitando per le scarse attestazioni presenti nel diritto intermedio, fino alle sistemazioni normative dei primi codici ed infine del diritto vigente, laddove si constaterà la radicale modificazione della *ratio* della previsione dell'avveramento fittizio, con le necessarie ricadute teoriche e pratiche. In particolare, per il diritto vigente nell'ordinamento italiano, saranno prese in considerazione le previsioni normative di cui all'art. 1359 Cod. civ., quale espressione di una particolare previsione sanzionatoria, e l'art. 638 Cod. civ., quale moderna previsione della *cautio Muciana*.

Infine si completerà l'elaborato con uno sguardo sulle applicazioni del principio in esame negli ordinamenti giuridici stranieri, europei ed extraeuropei.

INTRODUCTION

The aim of this study is to analyse the problematic issues relating to the peculiar operational mechanism by which a condition laid down for a contract is deemed occurred even if the fact set as condition does not take place due to specific circumstances or events.

The starting point of this work will be the analysis of the legal instruments that constitute its assumptions, pointing to the grounds for the following in-depth analysis. In particular, it will be necessary to make a historical and dogmatic reconstruction of legal fiction (*fictio iuris*), highlighting its operational peculiarities as well as the grounds for the qualification of fictitious occurrence of the condition in the light of such reconstructive category. As will be underlined below, the *fictio* as a technical-legal instrument was created by Roman jurists, who developed and refined its requirements for application. While under Medieval law the study of scholars merely focused on defining the instrument under examination, with modern law the debate on the *fictio iuris* has resumed, fuelled by juridical and philosophical reflections along with the legal codes adopted by modern national legal systems. Then a technical analysis of the *fictio*

iuris will be made, underlying its features, also by comparison with other similar legal instruments.

The element of condition will then be dealt with. After an indication of the basic features of the *condicio* drawn from Roman sources, an analysis will be made of its components, with a focus on the structure of the contract subject to the condition with respect to the relevant legal paradigm and the will of the parties to the contract. For this purpose, the condition will be analysed from two crucial theoretical perspectives. According to one theory, the condition depends on the contractual will, while another theory maintains that – in the context of the construction of the contract as a legal paradigm- the condition is an accidental element of the contract itself, with the subsequent implications during the stages when this can be of relevance: upon the laying down of the condition, while it is pending, or upon occurrence or non-occurrence of the event/condition.

Then a brief outline will be provided of the “teoria della presupposizione” (theory of presupposition), as a tightly connected element and useful instrument for reconstruction.

Then there will be an analysis of the development of jurisprudential elaboration of the fictitious occurrence of the condition under Roman law, with an extensive reconstruction based on legal sources that attest a progressively widening spectrum of application, starting from the first applications to individual cases for specific reasons. Starting from a first reference leading to a provision in the Twelve Tables, the reflections of jurists will be shown until Justinian law, to understand, based on the above-mentioned systematic elements, the theoretical grounds for the fictitious occurrence of the condition. It will be noted how the principle *condicio pro impleta habetur* (also expressed by the following phrase *habetur, ac si condicio impleta fuisset*) has developed in two directions, which is reflected in the division of the third chapter. In the latter, indeed, first there will be an analysis of the case in which the condition is deemed occurred due to the impediment raised by the party having an conflicting interest, and secondly the case in which the fictitious occurrence originates from the lack, *lato sensu*, of collaboration from a third party in the course of the contractual transaction.

For the purposes of an exhaustive outline of the fictitious occurrence of the condition under Roman law, the

focus will be on that particular esplicazione, that is to say the *cautio Muciana*, a legal remedy developed for the peculiar case of negative potestative condition.

Then the developments in the application of fictitious occurrence of the condition will be described, from the scarce evidence found in Medieval law to the provisions laid down in the first legal codes and finally under current law, where the radical change of the *ratio* of the provision of fictitious occurrence can be noted, with the necessary theoretical and practical effects. In particular, with regard to the current Italian legal system, the legal provisions under Article 1359 of the Italian Civil Code will be considered as being the expression of a particular sanction provision, and those under Article 638 of the Italian Civil Code, as being a modern provision of the *cautio Muciana*.

Finally, a look will be taken at how the principle under examination is applied in non-Italian legal systems, both European and non-European.

CAPITOLO PRIMO

LA *FICTIO IURIS*: ANALISI STORICA E DOGMATICA

Il primo profilo teorico da affrontare è determinato dalle dizioni

dottrinali che, nel proporre le varie analisi e ricostruzioni del principio in esame, si esprimono generalmente con “adempimento fittizio”, “avveramento fittizio”, oppure “finzione di adempimento” della condizione. Lo studio del carattere fittizio non può che prendere abbrivio da un esame approfondito della controversa figura della *fictio*¹ *iuris*.

1. LA *FICTIO* NEL DIRITTO ROMANO

Storicamente, si può affermare che la finzione giuridica risalga addirittura alle origini dell’umanità, poiché l’uso di finzioni è testimoniato negli ordinamenti giuridici dei popoli più antichi, ad esempio nel diritto mesopotamico del secondo millennio a.C., nel diritto sacro dei Greci, dei Babilonesi, od anche in Egitto ed in India, laddove ai sacrifici umani si sostituiscono i sacrifici di animali, o

¹ Il termine deriva direttamente dalla lingua latina: *fictio* da *finigo*, originariamente *finctio*: dal significato fondamentale di ‘modellare’, ‘dare forma’, poi anche ‘plasmare’, ‘sculpire’ e quindi ‘trasformare’, fino a ‘creare’; trasponendo sul piano dell’attività mentale: ‘creare immagini’, quindi ‘credere’, ‘supporre’, e poi ‘inventare’, anche falsamente, quindi ‘mentire’ e ‘simulare’. Cfr. PUGLIATTI, *Enciclopedia del diritto*, voce “Finzione”, XVII, Milano 1968, 659.

all'offerta di oggetti preziosi si sostituiscono immagini od oggetti simbolici di scarso valore ².

Anche in Roma si trovano esempi di queste prime forme di finzione, svolte nella pratica dei Pontefici, degli Auguri e in generale in tutta la sfera del diritto sacro³, consistenti nell'offerta di immagini o di simulacri di cera al posto di sacrifici umani o animali.

Il diritto romano ha poi fatto largo uso delle finzioni, raffinando tale strumento e ampliandone la sfera di applicazione: nel mondo dominato dalla cultura giuridica dei romani, se non può dirsi che sia nata la finzione giuridica, è certo nata l'espressione *fictio iuris* e si è acquisita la coscienza del suo concetto e dell'impiego di esso come strumento tecnico peculiare. Il momento genetico dell'espressione, anche se non coincide con quello del fenomeno, coincide con quello del concetto tecnico-giuridico di esso. E' nel diritto romano che si prende coscienza dell'acquisizione di uno strumento tecnico suscettibile di svariate applicazioni. Ai romani si può attribuire la creazione e l'utilizzazione sistematica dello strumento tecnico della finzione. Essi, avendo foggato il *nomen*, hanno dimostrato in concreto la conoscenza del valore dello strumento, delle risorse che se ne potevano trarre, dei limiti e modi del suo impiego.

² Cfr. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, vol. IV, Milano 1978, 631.

³ Cfr. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, cit., 632.

Tutte le svariate applicazioni della *fictio* dimostrano con chiarezza la peculiarità dell'impiego che la giurisprudenza romana, e specialmente il pretore, fecero della finzione. E' significativo, infatti, che la finzione trovi spazio di applicazione nei vari àmbiti giuridici romani: la dottrina moderna ha distinto, evidenziandone le differenze sostanziali, le finzioni legislative (si ricordano, ad esempio, le finzioni contenute nella *lex Cornelia*, nella *lex Iunia Norbana*, nel *Senatusconsultum Neronianum*), le finzioni pretorie (massimamente importante fu l'opera del pretore, che nella sua attività giusdicente trovava nella finzione un fondamentale strumento di *aequitas*⁴, e ciò è testimoniato dall'inserimento nell'editto di molte *actiones ficticiae*⁵; il diritto romano usò con ampiezza questo mezzo specie nel tempo in cui il diritto pretorio assunse il fondamentale ruolo di correzione della rigidità e dell'asprezza del diritto civile; si trattava di un mezzo del tutto appropriato, perché non potendo il pretore modificare i rapporti del *ius civile*, la via migliore per dare tutela a rapporti nuovi era di fingere che si fossero verificati i presupposti che il diritto civile esigeva) e le finzioni giurisprudenziali⁶, elaborate dalla riflessione dei

⁴ Cfr. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, cit., 661: "l'*aequitas* è il precipuo fondamento della meravigliosa attività del pretore romano; e la maggior parte delle *fictiones iuris*, e, si può dire, anche le più significative e le più importanti, derivano direttamente dall'opera di questo magistrato".

⁵ Cfr. GAI., IV, 32-38, che passa in rassegna le varie finzioni pretorie.

⁶ Cfr. CANNATA, *Finzioni*, in BRUNETTA D'USSEAUX, *Le finzioni nel diritto*, Padova 2002, 43 ss..

giureconsulti, che, nella loro variegata attività di produzione di *consilia*, tesa alla ricerca di soluzioni sempre maggiormente raffinate e adatte alla multiformità dei casi concreti, erano fondamentali coadiutori del legislatore e del pretore nel suggerire l'introduzione o l'applicazione di determinate finzioni⁷.

2. LA *FICTIO* NELLA CONSIDERAZIONE DEL DIRITTO INTERMEDIO

Varie sono le definizioni di *fictio iuris* date dagli Autori a partire dal medioevo⁸, che danno conto della varietà dei profili e dei problemi posti dalla considerazione del rapporto tra realtà giuridica e realtà empirica, secondo il punto di vista preso in esame: se l'Alciato si basa sull'elemento della verità, la cui mancanza è supplita dalla

⁷ Cfr. GARCIA GARRIDO, *De nuevo sobre las supuestas ficciones jurisprudenciales*, in *Studi in onore di Talamanca*, Napoli 2001, 56. Il termine finzione viene poi adoperato per indicare fenomeni tra loro disparati, quali le 'entificazioni' (eredità giacente e peculio) o di alcune regole formulate secondo uno schema finzionistico (*conceptus pro iam nato habetur*). BIANCHI esamina i vari fenomeni per evidenziare la natura affatto differente delle finzioni giurisprudenziali da quella delle finzioni legislative e pretorie. Cfr. BIANCHI, *Fictio iuris*, Padova 1997, 147 ss..

⁸ Cfr. D'ANGELO, *Note sulla voce "Fictio iuris"*, in BRUNETTA D'USSEAU, *Le finzioni nel diritto*, cit., 110 ss.; AMARELLI, *La realtà e la finzione giuridica*, in *Labeo*, 1980, 111 ss..

finzione, e la definisce: “*Fictio est legis adversus veritatem in re possibili ex iusta causa dispositio*”, Bartolo si fonda invece sull’*aequitas*: “*Fictio est in re certa eius quod est contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio. Fictio procedit et causatur ex aequitate*”, e spiega con questa definizione la ragione che giustifica la *fictio*; possiamo considerare tale teoria più aderente alla realtà storica, poiché, come detto, l’*aequitas* è il precipuo fondamento dell’attività del pretore romano, e gli esempi più importanti e significativi di *fictiones* sono quelli derivanti dall’opera di tale magistrato. Ne troviamo poi un’interessante definizione nel *Dictionarium* di Alberico de Rosate, che indica che la *fictio* ricorre quando “*dispositio in casu vero habet locum in fictio*”, che “*fingitur super certo*” e non “*super incerto*”; Si trova un elemento molto significativo: la certezza della falsità del fatto che “*fingitur*”. La *dispositio* assunta a riferimento detta una regola riguardo a determinati fatti, ma questi non ricorrono nel caso che si prende in esame; la finzione consiste nel pervenire all’applicazione della stessa regola nonostante la diversità dei fatti, che si finge siano invece conformi a quelli previsti dalla *dispositio* di riferimento. Nel *Repertorium* di Giovanni Bertachini si trova la definizione per cui “*fictio est quando ius certum de aliquo factlo fingit statuendo oppositum*”; inoltre l’Autore soggiunge che “*fictio numquam fingit nisi super facto*”, e precisa che “*fictio cessat, ubi aequitas cessat*”. Si ribadisce, quindi, che la finzione riguarda i fatti ed il requisito della certezza; inoltre, si ritrova il riferimento all’*aequitas* come limite e misura delle finzioni.

Nel titolo XVI (*de verborum significatione*) del libro L delle *Pandectae in novum ordinem digestae* di Pothier, alla voce “*fictio legis, fictio iuris*” si legge: “*cum lex ex iusta aliqua causa fingit aliquid esse aut fuisse, quod nec est nec fuit, sed esse aut fuisse posset*”; in questa definizione ritroviamo l’espressione del fondamento equitativo nella “*iusta aliqua causa*”.

3. LA FICTIO NEL DIRITTO MODERNO

La considerazione del diritto moderno muta con l’introduzione dei nuovi sistemi normativi codificati.

Significativo è l’intervento della codificazione napoleonica: se da un lato essa ripudia ogni residua presenza del linguaggio comune, a favore di una terminologia tecnica chiara ed inequivocabile, per cui la *fictio* viene considerata un grave pericolo, dall’altro il legislatore francese fa esplicitamente ricorso alla finzione. Ma si tratta, appunto, di finzioni legislative, mentre vengono respinte le finzioni dottrinali e giurisprudenziali. Si capovolge così la prospettiva, con la prevalenza del diritto legale sul diritto giurisprudenziale.

Su queste basi, la dottrina riprende l'approfondimento del tema della finzione nel quadro più ampio della costruzione di una visione globale della realtà giuridica. Nella concezione storicistica e volontaristica di Savigny il presupposto è che la realtà giuridica sia riducibile alla volontà dello "spirito popolare" (attraverso la mediazione dello Stato), e la finzione serve a tale volontà come strumento di riconoscimento e di controllo della stessa realtà giuridica⁹.

Nella concezione imperativistica di Bentham, invece, la realtà giuridica consiste in un sistema di norme qualificate per il loro contenuto e per l'autorità che le ha emanate; la validità logica della *fictio* dipende, quindi, dalle norme, identificandosi la validità logica con la validità formale¹⁰. In questa concezione, in un sistema normativo perfettamente razionale la *fictio* non troverebbe posto.

Il dibattito europeo conseguente alle due prese di posizione sulla *fictio*, positiva in Savigny, negativa in Bentham, prosegue trovando fautori ed avversari. Si ritrova il favore di Jhering¹¹, che fa della *fictio* uno strumento della costruzione giuridica, e l'avversione

⁹ Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale (trad. di v. Scialoja)*, Napoli 1840; TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1976, 456 ss..

¹⁰ Cfr. BENTHAM, *Teoria delle finzioni*, trad. it. a cura di Petrillo, Napoli 2001.

¹¹ Cfr. JHERING, *L'esprit du droit romain (trad. di O. de Meulanaere)*, Parigi 1887, 90.

sia dei movimenti antiformalistici, che vedono in essa un impaccio formalistico allo sviluppo del diritto libero, sia dei movimenti formalistici, come *L'Ecole de l'exégese*, che, nel suo rigido normativismo, statualistico e legalistico, teme il verificarsi, attraverso la finzione, di un eccessivo allargamento interpretativo delle norme fissate dal legislatore napoleonico. La *fictio* torna ad essere rilevante nella sintesi equilibratrice dell'*Ecole scientifique* di Gén¹², che sottolinea il ruolo tecnico della finzione nell'ambito della realtà giuridica, e soprattutto nella *Philosophie des Als-Ob* di Vaihinger¹³, che, trasponendo il discorso dal piano logico a quello ontologico, riduce a finzione l'intera realtà giuridica, rischiando, paradossalmente, di negare specificità alla *fictio iuris*. A questo si contrapporranno Kelsen, che conserverà solo le finzioni "personificative"¹⁴, e poi il pensiero istituzionalista, che considererà la *fictio* come momento negatore della realtà giuridico-istituzionale.

La dottrina prende progressivamente coscienza del diverso ruolo svolto, storicamente, dalle finzioni, per cui, a partire da Jhering, si sono riconosciute due funzioni distinte della *fictio iuris*, una storica

¹² Cfr. GÉNY, *Science et technique en droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la methode juridique*, Parigi 1921, 260.

¹³ Cfr. VAHINGER, *La filosofia del "come se"*, trad. it. a cura di Voltaggio, Roma 1967.

¹⁴ Cfr. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. it. a cura di Carrino, Napoli 1988.

e una dogmatica. Vista nella sua funzione storica, la *fictio* sarebbe stata lo strumento per introdurre nella realtà giuridica delle nuove norme; in quella dogmatica, invece, servirebbe ad inquadrare sistematicamente determinate soluzioni nell'ambito dell'ordinamento giuridico, presupposto come una totalità razionale, per cui si inserirebbe coerentemente nei nuovi sistemi giuridici codificati.

Per i giuristi moderni la *fictio* perde del tutto il ruolo creativo, divenendo un puro mezzo di coordinamento sistematico¹⁵, mentre si perde l'interesse per la riflessione sul rapporto tra finzione ed equità, poiché la dogmatica giuridica ottocentesca e il formalismo novecentesco, con la pretesa di erigersi a totalità concettuali, di costruire sistemi in sé chiusi ed autonomi, hanno prodotto la crisi dell'idea stessa di equità.

4. IL MECCANISMO DELLA *FICTIO IURIS*

Passando a sottolineare i caratteri pratici della *fictio iuris*, per *fictio* si intende il procedimento, legislativo o giurisprudenziale, mediante il quale si rappresenta come esistente ciò che non esiste, o non esistente ciò che esiste, per ricollegare a ciò che si finge determinati effetti giuridici, e quindi per rendere possibili tali effetti

¹⁵ Le *fictiones* sono comunque numerose in tutti i settori del diritto, per le più varie esigenze pratiche, cfr. GREGGIO, *Le fictiones iuris*, in L'Ircocervo, 2004, I, recensione a BRUNETTA D'USSEAUX, *Le finzioni nel diritto*, Padova 2002.

che da un fatto giuridico non scaturirebbero. Importante è poi un'altra prospettiva, secondo cui le finzioni sarebbero “delle norme di diritto, mediante le quali un rapporto di fatto, in virtù di una comparazione con un altro rapporto, regolato giuridicamente, viene elevato a rapporto di diritto, e, per ciò che concerne la sua natura e l'efficacia, assomigliato ed eguagliato al modello”¹⁶.

Il Bianchi, nella sua approfondita indagine, la definisce una “cosciente deformazione di una realtà concreta cui si riconnette una conseguenza giuridica propria di una differente fattispecie”¹⁷.

Si sottolinea quindi la natura della *fictio* come espediente intellettuale, la cui funzione consiste nel dare concreta applicazione ad una norma giuridica, quando questa sia ostacolata o dall'assenza di un elemento indispensabile al perfezionamento della fattispecie giuridica, o dall'impossibilità di funzionamento di un meccanismo giuridico, a causa della presenza di un fatto che impedisce l'efficacia della fattispecie stessa, ma attraverso la *fictio* la fattispecie giuridica si perfeziona o acquista efficacia, pur in seguito all'avveramento di fatti diversi da quelli tipici, poiché gli effetti tipici “si considerano” avverati.

¹⁶ Tutte queste definizioni sono riportate da ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, cit, 660-662. Cfr. anche AMARELLI, *La realtà e la finzione giuridica*, in *LABEO*, 1980, 111-114.

¹⁷ Così BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 12; cfr. anche CASTRO, *Sulla “fictio iuris”*, in *LABEO*, 1999, 486-491.

Tali contributi mettono in rilievo innanzitutto un carattere intrinseco della finzione, che è quello di essere un mezzo artificiale, un rimedio della tecnica giuridica, un procedimento intellettuale che opera assimilando due distinti fattori, ossia dei fatti non tipici con i fatti tipici.

Dalle definizioni e dalle prime osservazioni possiamo poi trarre l'essenza del meccanismo finzionistico: il punto di partenza per l'applicazione della finzione è costituito da una norma e da un rapporto di fatto nuovo, a cui non sia applicabile la norma in questione. Il procedimento tipico della finzione consiste nel modificare il rapporto, "trasfigurandolo" in modo da farlo rientrare nell'alveo della norma, la quale rimane immutata. Gli effetti giuridici scaturiscono quindi dal fatto "nuovo", che per mezzo della finzione è ricondotto sotto la regola, poiché si finge che il fatto nuovo abbia tutti gli elementi richiesti dalla fattispecie normativa: si verifica quindi un'ideale modificazione e correzione della realtà concreta, poiché si immagina che invece del fatto realmente accaduto (il fatto nuovo) se ne sia verificato un altro già previsto da una norma precedente, in modo che tale norma vi si applichi automaticamente.

Queste sono le caratteristiche peculiari della finzione giuridica, che ne fanno un mezzo tecnico-giuridico con caratteri propri e inconfondibili, e la differenziano dai fenomeni affini: dalle presunzioni, e, soprattutto, per la loro intrinseca e sostanziale affinità, dall'analogia e dall'interpretazione estensiva¹⁸.

¹⁸ Cfr. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, cit., 1 ss..

Le presunzioni sono le conseguenze e le semplici deduzioni logiche per cui da un fatto provato o notorio si deduce che anche un altro fatto è vero; la finzione, invece, si basa sul falso ed occupa il posto della verità. Le presunzioni hanno il proprio fondamento ed il proprio riscontro nella realtà, sebbene sia incerta la corrispondenza alla verità del fatto presunto, mentre la *fictio* contrasta pienamente con essa, poiché uguaglia un fatto astrattamente previsto ad un altro diverso, rendendo palese la falsità del procedimento; anche la presunzione deforma la realtà, ma rispetto alla finzione si ha un diverso grado di deformazione: nella presunzione si considera vero ciò che è solo probabile, mentre nella finzione si considera vero ciò che è certamente inesatto, poiché si considerano reali dei dati che tali non sono. Mentre la presunzione può essere superata dalla prova di un fatto contrario a quello presunto, nella finzione non si pone nemmeno la questione della prova del contrario, poiché il fatto che si finge è constatato inesistente, e perciò falso.

L'interpretazione estensiva allarga la portata dell'enunciato normativo a causa dell'identità della *ratio* di due situazioni a confronto, dalla quale emerge l'imperfezione della previsione legislativa per la sua incapacità formale di corrispondere all'intera latitudine della situazione sostanziale: tale estensione è quindi basata sull'autenticità delle situazioni di riferimento, e risponde all'esigenza di una maggiore corrispondenza della regola giuridica alla situazione di fatto oggetto della sua disposizione.

Anche l'analogia soccorre ad una lacuna dell'enunciato normativo,

ma la *fictio* si differenzia da essa perché uno dei fini principali di essa è proprio l'elusione della necessità di individuare la *ratio* della norma da estendere, poiché la *fictio* implica il riconoscimento della mancanza di una *eadem ratio* a cui estendere una *eadem dispositio*. Perciò, in questo caso, la reintegrazione avviene non, come con l'interpretazione estensiva, restando nell'ambito della sola norma di riferimento e adeguandone il contenuto formale all'effettiva portata della situazione sostanziale, poiché la diversità tra le due situazioni a confronto è tale da non poter essere superata con la norma a disposizione. E' quindi indispensabile la ricerca di un'altra norma con cui è risolto legislativamente un problema analogo¹⁹.

Nella realtà quindi la *fictio* soccorre come *remedium ultimum* laddove la fattispecie è tale da non consentire l'applicazione di alcuna norma vigente; si ricorre quindi alla finzione quando nemmeno in via di interpretazione estensiva e analogica una norma può arrivare ad essere applicabile a una data situazione di fatto.

¹⁹ Cfr. FALZEA, *Riflessioni sulla fictio iuris*, in BRUNETTA D'USSEAU, *Le finzioni*, cit., 121.

CAPITOLO SECONDO

LA CONDIZIONE

1. CENNI SULLA CONDIZIONE NEL DIRITTO ROMANO.

E' necessario affrontare preliminarmente gli aspetti essenziali relativi alla condizione, che fin dall'antichità rappresenta uno degli strumenti più efficaci a disposizione dei soggetti di un negozio giuridico per adattarne i singoli tipi previsti alle concrete necessità della vita reale: secondo quanto riferisce la tradizione ulpiana²⁰, la

²⁰ *Tit. ex corp. Ulp. 2, 4: "Sub hac condicione liber esse iussus, "si decem milia heredi dederit", etsi ab herede alienatus sit, emptori dando pecuniam ad*

condizione come elemento accidentale del negozio è già nota nel diritto romano sin dall'età delle XII Tavole.

Dalle fonti romane possiamo evincere delle enunciazioni classificatorie, da cui si trae, in prima battuta, il carattere peculiare della condizione, che consiste, in prima approssimazione definitoria, nel collegamento dell'efficacia del negozio ad un avvenimento della realtà il cui verificarsi è connotato da oggettiva incertezza, e perciò necessariamente collocato temporalmente nel futuro. Le parti di un negozio giuridico pongono immediatamente in essere un determinato assetto di interessi, destinandone però l'inizio dell'efficacia o il venir meno della stessa al verificarsi della situazione che viene dedotta in una clausola aggiunta al negozio; i Romani indicavano come *condicio* sia l'avvenimento descritto sia la clausola stessa.

A seconda che l'avverarsi dell'evento *in condicione* dipendesse dalla volontà di una delle parti del negozio, o dal caso (al quale viene equiparata la volontà di un terzo, non coinvolgendo quella delle parti del negozio), o da un insieme di circostanze dovute parte alla volontà degli interessati e parte al caso, le condizioni venivano distinte, secondo una terminologia giustiniana, in potestative, casuali e miste.

Definendo la condizione abbiamo poc' anzi fatto riferimento alla duplicità del tipo di effetti (sospensivi e risolutivi) prodotti dall'apposizione di una condizione ad un negozio giuridico; occorrono ora delle precisazioni al riguardo: secondo una dottrina molto diffusa, solo a partire dall'età giustiniana la dottrina romanistica ha elaborato *libertatem perveniet: idque lex XII Tabularum iubet*'.

il concetto di efficacia risolutiva della condizione, mentre nell'età classica era conosciuta solo l'efficacia sospensiva di una clausola condizionale apposta ad un negozio (poiché la concretezza della mentalità romana non poteva ritenere possibile la perfezione di un negozio e contestualmente prevederne la fine).²¹ Poiché però le esigenze concrete necessitavano della possibilità di ottenere un effetto risolutivo, i giuristi romani ottenevano una soluzione in via mediata, e cioè aggiungendo al negozio puro (cioè non condizionato) un patto di risoluzione, quest'ultimo sottoposto a condizione sospensiva: se ciò è indubbio per i primi secoli dell'età repubblicana, la dottrina più recente ha evidenziato come già a partire dal II secolo a. C. l'operatività pratica della condizione risolutiva fu recepita più direttamente nella prassi negoziale : in particolare nei negozi costitutivi dell'usufrutto, cui era apponibile un termine finale, si cominciò a delimitare il tempo del diritto in relazione ad un fatto futuro ed incerto²²: si trattava sostanzialmente di una condizione

21 Cfr. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1985, 96: "Il concetto romano della condizione corrisponde, pertanto, al concetto moderno della condizione sospensiva. La condizione risolutiva, cioè l'avvenimento futuro e oggettivamente incerto, da cui si fa dipendere il venir meno degli effetti di un negozio è un concetto moderno, ma non romano". Cfr. anche ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1987, 85; ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Bologna 1962, II, 31 ss..

22 Per es., si era soliti delimitare la durata di un legato di usufrutto alla vedova fino al momento di eventuali nuove nozze ("*quoad nupta non erit*"); cfr.

risolutiva. In età classica continuò questo sviluppo: la condizione risolutiva fu ammessa quando il diritto oggetto del negozio fosse, come l'usufrutto, un diritto a carattere essenzialmente temporaneo.

Particolare importanza ai fini della nostra analisi assume la considerazione del tempo in cui un negozio condizionato acquista efficacia: finché l'evento *in condicione* non si verifica, il negozio è considerato esistente, ma non produce i suoi effetti tipici; li produrrà solo all'avverarsi della condizione.

Considerazioni analoghe valgono per l'efficacia risolutiva, ma in tal caso il negozio *sub condicione* (sospensiva) è il patto di risoluzione annesso: il negozio principale è puro, e perciò in pendenza della condizione è subito efficace, mentre il patto di risoluzione produrrà i suoi effetti (*ex nunc*) all'avverarsi dell'evento condizionale (consistenti, per diritto classico, nell'obbligo per il beneficiario degli effetti del negozio di restituire l'interessato nella situazione in cui si sarebbe trovato se il negozio non fosse stato concluso; per diritto giustiniano si ha invece l'immediata ed automatica risoluzione degli effetti del negozio).

Un'importante questione pratica cui dà luogo l'avveramento della condizione consiste nella considerazione della retroattività o meno della produzione degli effetti. La soluzione accolta dal diritto romano classico è nel senso dell'irretroattività, ossia della produzione *ex nunc* degli effetti. Il diritto giustiniano, invece, assegnando un valore preponderante alla volontà negoziale rispetto all'evento

TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., 132.

condizionante, opta per la retroattività degli effetti (produzione *ex tunc*); la considerazione della retroattività serve, in particolare, per superare determinati ostacoli che in diritto classico derivavano dal rispetto formalistico dei principii, con la finalità pratica di conservare il rapporto giuridico contro l'influenza di fatti che ne potessero compromettere l'operatività.

2. APPROFONDIMENTI TEORICI SULLA CONDIZIONE.

E' necessario a questo punto approfondire la struttura della condizione, anche in rapporto al negozio condizionato, per comprendere e delimitare quale debba essere il campo concettuale sul quale fondare le riflessioni in tema di avveramento fittizio di una condizione.

La dottrina giuridica in tema di condizione verte, in particolare, oltre che sull'analisi dei requisiti dell'evento condizionale, sulla comprensione del rapporto tra clausola condizionale e negozio, della struttura della volontà dei soggetti di un negozio condizionato e degli effetti della volontà negoziale²³.

²³ Cfr. RESCIGNO, in *Enc. dir.*, voce "Condizione", VIII, 1961, 773 ss.; BARBERO, in *Noviss. Dig. It.*, voce "Condizione", III, Torino 1959, 1099.

2.1. LA TEORIA SOGGETTIVISTICA

Una approfondita ricostruzione dottrinale della condizione si deve, in particolare, ad alcuni studiosi del secolo scorso, che ne hanno messo in luce, secondo differenti prospettive, la struttura e le dinamicità operative.

Le teorie predominanti nella prima metà del secolo scorso²⁴ si rifanno all'impostazione pandettistica²⁵, che proponeva un modello di ricostruzione del fenomeno condizionale secondo cui la configurazione di un evento esterno alla volontà del soggetto doveva comunque essere collocato all'interno della sfera volitiva: la condizione è comunque oggetto della volontà negoziale, costituendo un *unicum* con essa. La condizione, pur essendo un elemento

²⁴ Cfr. MALVAGNA, *Recenti teorie in tema di negozio condizionato*, in *Riv. dir. civ.*, 1935, 401 ss.; BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano 1937.

²⁵ Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, Torino 1930, I, per cui il primato dello spirito del soggetto e della manifestazione di volontà comportava che, in caso di volontà condizionata, si avesse un'unica volontà negoziale.

accidentale rispetto alla dichiarazione di volontà, viene in qualche modo in essa assorbito, e si ha così una dichiarazione di volontà condizionata.²⁶

Questa teoria prende le mosse dalla critica a due concezioni dottrinali, la prima delle quali classifica la condizione come un elemento che agisce direttamente sul negozio giuridico, in modo che all'incertezza dell'evento condizionante consegue l'incertezza dell'esistenza del volere negoziale.²⁷ L'altra concezione è antitetica, e sostiene che la dichiarazione condizionata di volontà non cessa di essere una dichiarazione di volontà effettiva ed attuale, poiché ciò che dipende dalla condizione non è l'esistenza della volontà, ma l'esistenza dell'effetto che si vuole conseguire²⁸. Entrambe queste tesi partono dalla concezione per cui una volontà condizionata è una volontà in atto, ma mentre la prima, scorgendo un'alternativa tra due stati volitivi, afferma che, una volta attuata la volontà (negoziale o non negoziale), si avrà negozio o meno fin dal momento della dichiarazione che manifesta la volontà, secondo l'altra la volontà è univoca, attuale ed effettiva, seppure condizionata, e può essere eventualmente paralizzata nei suoi effetti dall'esito della condizione. Ma la prima teoria sconta un fondamento indimostrabile, ossia che

²⁶ Cfr. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1947, 191 ss..

²⁷ Cfr. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile*, Roma 1915.

²⁸ Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa, cit., 284.

una volontà attuale possa trovarsi in direzioni opposte, sia pure alternative; la seconda, invece, è criticabile sotto due aspetti: non si comprende come la volontà possa essere contemporaneamente univoca e condizionata, e nemmeno come possa non seguire l'effetto del volere ad una volontà assunta come attuale ed effettiva.²⁹

Il nodo deve essere approfondito distinguendo quella che è la volontà, intesa come atto volitivo, da quella che invece ne è la manifestazione, come espressione esteriore di essa.

La manifestazione di volontà condizionata sconta un profilo di ambiguità, poiché il 'volere' condizionato implica contemporaneamente il 'non volere' in mancanza della condizione stessa, esprimendo quindi una volontà alternativamente ipotetica, che però esclude logicamente la presenza di una volontà in atto.

La volizione negoziale, invece, è quella che esprime una determinazione attuale, senza altre determinazioni al di fuori del proprio contenuto: il negozio, per sussistere, deve risultare dalla manifestazione di una volontà in atto, non di due volontà antitetiche, ipotetiche e alternative che non possono coesistere: ogni volizione non può che determinarsi a volere o non volere un determinato oggetto. Se si considera la volizione diretta immediata, il soggetto non può che volere o non volere gli effetti dichiarati nella manifestazione; conseguentemente, se li voglia, essi saranno univocamente e irrevocabilmente prodotti, se non li voglia, non si produrranno. Posta questa alternativa, occorre trovare un diverso modo di dare un

²⁹ Cfr. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, 8 ss..

contenuto attuale (univoco, non alternativo, non ipotetico, non eventuale) alla volizione, e ciò si ottiene spostando il punto di incidenza diretta del volere dagli effetti tipici negoziali all'evento condizionante, per cui alla dichiarazione condizionata che si esprime nel "volere se", si deve senz'altro assegnare un contenuto attuale effettivo che si può descrivere come un "volere che l'evento condizionante sia decisivo per la produzione dell'effetto negoziale". In questo modo la sostanza dell'atto volitivo è attualmente univoca, mentre è la forma dell'espressione che mantiene il carattere condizionale e ipotetico³⁰. A ben vedere non è poi corretto nemmeno definire "condizionata" la forma, poiché comunemente si verifica inavvertitamente una trasposizione, ossia si collega il concetto di "condizionato" alla dichiarazione, mentre è corretto ritenere condizionati quelli che potrebbero essere gli effetti del negozio. Infatti, non sapendo se gli effetti saranno prodotti (perché la loro produzione è condizionata al verificarsi dell'evento), si dice che è condizionata la dichiarazione. Abbiamo però sottolineato come una dichiarazione condizionata sarebbe ipotetica e non attuale, e quindi priva, di per sé, di pregio giuridico; perciò abbiamo concluso che una volizione negoziale non ha per oggetto immediato e diretto gli effetti tipici del negozio, ma il fatto che al loro verificarsi sia decisivo un determinato evento.

³⁰ Cfr. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, cit., 16 ss..

In questa prospettiva, si può quindi affermare che la dichiarazione condizionata non sia una dichiarazione accessoria di volontà: ciò presupporrebbe la presenza di una determinazione principale, cui l'altra potesse accedere. Ma se la determinazione principale fosse quella attuale e diretta alla volizione negoziale, gli effetti si produrrebbero, senza che potesse in alcun modo influirvi l'evento futuro. In realtà la determinazione condizionante, come abbiamo sopra considerato, è quella che esplicita il contenuto attuale della volontà assorbendo in sé la valenza dell'evento condizionante. Ulteriore conseguenza di tale ricostruzione è che non si può sostenere che l'evento condizionante sia deputato al compimento dell'efficacia del negozio, né, in senso opposto, che la mancanza dell'evento paralizzi la volontà negoziale. La volizione è di per sé efficace, ma, finché non si produce l'evento previsto, manca la circostanza esterna che ha la funzione, data dalla volizione stessa, di essere decisiva per la produzione degli effetti. Nel negozio condizionato la volontà viene emessa già nella sua completezza, e non necessita di perfezionarsi né di vedere sbloccata la presunta paralisi dei propri effetti. Il verificarsi dell'evento non agisce sull'efficacia del volere, ma su ciò che il soggetto ha voluto, considerando tale evento decisivo per la produzione degli effetti dichiarati.

L'evento condizionante, quindi, è un elemento di per sé esterno alla volontà negoziale, ma, nella struttura descritta, ricompreso nella stessa, e pone un confine fondamentale tra l'insieme dei fatti "interni" e l'insieme dei fatti "esterni" alla volontà. Seguendo questa

impostazione, è l'evento condizionante il discrimine per la classificazione degli innumerevoli fattori che possono influire in maniera determinante sulla vicenda condizionante; occorre collocare correttamente tali fattori all'interno o all'esterno della volizione, poiché la diversa considerazione di un elemento può portare a conseguenze opposte.

2.2 LA CONDIZIONE IN RAPPORTO ALLA TEORIA DELLA FATTISPECIE GIURIDICA.

Dalla costruzione pandettistica, fortemente connotata da un'impronta soggettivistica, per cui la visione complessiva poneva al centro di ogni piano d'indagine il soggetto, si è passati gradualmente a configurare il meccanismo della condizione non come espressione meramente volitiva ma come struttura autonoma, per cui gli effetti giuridici, in questa prospettiva, non rappresentano il risultato di una dichiarazione di volontà, ma sono elementi della fattispecie giuridica che si sviluppa secondo una costruzione propria.³¹

Il superamento, in questo senso, della concezione pandettistica, si deve alla ricostruzione del negozio come fattispecie formata da un insieme di elementi: tale fattispecie, nel caso in cui gli effetti

³¹ Cfr. ALCARO, *La condizione nel contratto: tra atto e attività*, Padova 2008; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941; PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Padova 2000.

emergano in un momento successivo (come nel caso del negozio sottoposto a condizione sospensiva), è definita “a formazione successiva”. Il negozio condizionato, in quest’ottica, rappresenta una fattispecie incompleta fino al momento del realizzarsi dell’evento: si distinguono così effetti preliminari ed effetti finali.³² Una prima conseguenza teorica consiste nella chiara distinzione strutturale tra la condizione sospensiva e la condizione risolutiva: con la prima, le parti cristallizzano l’efficacia potenziale del negozio, differendone ad un momento futuro la definitiva sussistenza, a seconda che l’evento dedotto in condizione si verifichi o meno. Con la seconda si ha invece l’immediata efficacia del negozio, la cui definitività assoluta è però subordinata all’accadimento dell’evento dedotto. I due tipi di condizione operano su piani diversi: la condizione sospensiva si affianca agli elementi essenziali della fattispecie, paralizzandone temporaneamente gli effetti; la condizione risolutiva si aggiunge ad una fattispecie già completa nei suoi elementi ed idonea a determinare i suoi effetti.

La teoria della fattispecie giuridica è stata poi approfondita, in particolare con la classificazione e la distinzione dei singoli elementi: a partire dalla metà del secolo si afferma la distinzione tra elementi essenziali ed elementi accidentali.

³² Cfr. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova 1994; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950.

Su queste basi è venuta sviluppandosi una nuova indagine teorica sulla condizione, che parte dall'osservazione per cui, dal punto di vista di una fattispecie concreta, un negozio giuridico, perfetto nei suoi elementi essenziali, può essere inefficace quando, pur essendosi prodotto il nucleo centrale della fattispecie, l'efficacia risulti subordinata al verificarsi di altre cause, ulteriori rispetto agli elementi astrattamente previsti per la fattispecie stessa. Le cause che concorrono alla costituzione concreta di un negozio vengono così distinte in due tipi: le cosiddette concause essenziali e quelle accidentali.³³

Le concause essenziali sono quegli elementi che incidono intrinsecamente sulla struttura dell'atto, qualificando i soggetti e l'oggetto del rapporto; il verificarsi di tali concause dà attuazione al concreto assetto di interessi dei contraenti, nella misura in cui esso è corrispondente alla fattispecie negoziale astratta prescelta, prevista dall'ordinamento.

Le concause accidentali (tra cui rientra la condizione) danno la possibilità alle parti di porre in essere una fattispecie complessa, arricchita da una previsione che non altera il tipo negoziale prescelto ma lo modella in rapporto ad una concreta situazione di fatto, e cioè, considerando la condizione, differendone l'efficacia ad un evento condizionante futuro ed incerto³⁴. Il meccanismo condizionale, quindi,

³³ Cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., 44-45.

³⁴ Cfr. ALCARO, *La condizione*, cit., 9; FALZEA, *La condizione*, cit., 69.

non altera la struttura interna della fattispecie ma incide sull'eventualità dell'efficacia dell'atto. Il negozio condizionato, prima dell'accertamento del verificarsi o meno dell'evento condizionante, è quindi una fattispecie in cui coesistono elementi essenziali ed elementi accidentali, ossia elementi indispensabili alla produzione di un certo effetto, ed elementi che rilevano perché specificano le modalità di una data conseguenza giuridica.

Dal punto di vista funzionale, invece, possiamo osservare che con la condizione si attribuisce rilevanza giuridica ad interessi estrinseci rispetto a quelli negoziali tipici. Il meccanismo condizionale è, in questo senso, determinato dalla valutazione dei contraenti, che compongono in un unico negozio due differenti piani d'interesse, tra loro incompatibili: uno interno, corrispondente alla funzione tipica del negozio utilizzato, ed uno esterno, specificato nella clausola condizionale.³⁵

Il meccanismo della condizione si introduce dall'esterno sul piano della fattispecie, ed opera inserendosi tra l'atto e le sue conseguenze giuridiche: non opera cioè sulla struttura dell'atto o sulla struttura dell'effetto, ma sui rapporti che collegano l'atto all'effetto, sostituendosi al rapporto della causalità immediata.³⁶ Rispetto alla fattispecie, quindi, la condizione si inserisce tra di essa e l'effetto, rendendola più complessa ed inidonea a produrre le proprie

³⁵ Cr. AMADIO, *La condizione di inadempimento – contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova 1999, 143 ss..

³⁶ Cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., 119.

conseguenze giuridiche prima della realizzazione dell'evento: rispetto all'effetto, la condizione agisce ritardandone il subentrare, cioè separando nel tempo l'atto dal suo effetto. Il meccanismo della condizione agisce impedendo che, quando sia perfezionato il nucleo centrale dell'atto, trovi immediata attuazione giuridica il regolamento di interessi prefissato dai soggetti con il negozio adottato.³⁷

2.3. LA C.D. “SITUAZIONE DI PENDENZA”

Sorge quindi una situazione giuridica di pendenza³⁸, che presenta due caratteri: il primo è il ritardo temporale, che connota la condizione esprimendo il carattere futuro del conflitto tra gli interessi che il meccanismo condizionale è chiamato a comporre³⁹: i soggetti prevedono che l'incidenza del piano degli interessi esterni su quello degli interessi interni direttamente perseguiti con il negozio tipico sia eventualmente realizzabile in un momento successivo a quello in cui si perfeziona l'atto condizionale. E' quindi necessaria l'esistenza di un periodo di tempo, più o meno lungo, nel quale è sospesa la

³⁷ Cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., 177.

³⁸ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Milano 1950, 525; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, 332; PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., 45.

³⁹ Cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., 161 ss..

realizzazione degli interessi interni dell'atto, in attesa che si accerti l'interferenza o meno degli interessi esterni. Tale periodo è comunemente qualificato, appunto, come situazione di pendenza, per significare che durante tutto il tempo in cui esso perdura le conseguenze giuridiche dell'atto condizionale, in quanto sono fatte dipendere dall'avverarsi dell'evento futuro, rimangono sospese.

Il secondo carattere della situazione di pendenza è costituito dall'incertezza sulla produzione degli effetti giuridici⁴⁰, a cui corrisponde una situazione di aspettativa da parte dei destinatari delle conseguenze giuridiche; anche tale aspettativa ha un carattere particolare, poiché si presenta come aspettativa di una situazione giuridica incerta. Quando, per il verificarsi dell'evento, il negozio acquista piena efficacia, ai soggetti negoziali viene attribuita immediatamente la titolarità della situazione giuridica. Durante il periodo della pendenza essi sono invece titolari di una situazione giuridica di aspettativa condizionale, caratterizzata dall'incertezza circa il futuro subentrare degli effetti previsti.

Analizziamo tale situazione: il meccanismo della condizione fa sì che, in primo luogo, il negozio venga riconosciuto dal diritto fin dal momento della conclusione, rimanendo sospesi solo gli effetti fino al verificarsi della condizione; in secondo luogo che, sin da quando l'atto viene posto in essere, le sorti di esso siano sottratte all'incidenza di fattori esterni, e siano invece rimesse all'evento condizionante. Quando le parti concludono il negozio, sussiste un certo rapporto tra le

⁴⁰ Cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., 169 ss..

probabilità favorevoli e le probabilità sfavorevoli del verificarsi della condizione, e tale rapporto esprime l'incertezza dell'evento posto in condizione. Il grado di incertezza può modificarsi durante lo stato di pendenza, può aumentare o diminuire, ma queste modificazioni possono essere causate o a causa di determinati accadimenti che alterano lo spontaneo progredire della situazione, o dall'intervento di una delle parti, in modo che l'evento condizionante, mutato nel suo grado di incertezza, non serve più a dimostrare la verifica o meno dell'incidenza degli interessi posti in condizione. L'incertezza può venire modificata in due modi: o facendo venir meno le probabilità favorevoli, cioè impedendo il verificarsi della condizione; o, viceversa, facendo venir meno le probabilità sfavorevoli, determinando il verificarsi della condizione con modalità diverse da quelle previste.⁴¹

Occorre quindi che la situazione di attesa circa le sorti del negozio sia tutelata dal diritto, occorre cioè che vengano disposte delle misure affinché possa essere ripristinata una situazione alterata, oggettivamente o soggettivamente, rispetto alla previsione negoziale.

Prendiamo in esame, in quanto particolarmente utile ai fini della nostra indagine, l'impedimento sotto il profilo soggettivo, che si verifica quando una delle parti modifica arbitrariamente lo stato di incertezza dell'evento: impedendosi l'avveramento della condizione si pregiudica l'interesse della controparte, poiché si preclude la possibilità di determinare l'incidenza o meno degli interessi esterni,

⁴¹ Cfr. FALZEA, *La condizione*, cit., 206 ss..

destinando il negozio all'inefficacia. Quando invece una delle parti modifica il grado di incertezza eliminando le probabilità sfavorevoli al verificarsi dell'effetto, ossia quando viene favorito il prodursi dell'evento, viene comunque violato l'interesse della controparte: pur essendosi avverata la condizione, l'evento è venuto in essere con modalità diverse da quelle programmate, potendo collidere con il piano di interesse esterno contrario che, ove fosse stato rispettato lo spontaneo stato di incertezza, avrebbe paralizzato l'efficacia del negozio.

Sotto il profilo oggettivo, osserviamo che le cause che, durante lo stato di pendenza, possono influire eliminando o modificando lo stato di incertezza, possono rilevare anche quando vanno ad incidere su altri elementi, e precisamente sugli elementi presupposti.

La riflessione deve quindi ora incentrarsi sulla teoria relativa alla presupposizione; come vedremo, gli elementi presupposti trovano, rispetto all'avveramento fittizio della condizione, una valutazione completamente differente nel diritto romano e negli ordinamenti moderni, in particolare in quello italiano.

3.1. LA PRESUPPOSIZIONE: TEORIA GENERALE.

La presupposizione, che viene denominata anche condizione non sviluppata o inespressa, differisce dalla condizione in quanto il dichiarante si rappresenta che si verifichi un effetto solo nel caso che ricorra una determinata circostanza, ma non subordina l'effetto a tale evento.

E' istituito ormai generalmente ammesso dalla giurisprudenza; si è affermato che si ha presupposizione quando una determinata situazione di fatto desumibile dal contesto del negozio risulti comune ad entrambi i contraenti, ed il suo verificarsi sia indipendente dalla loro volontà; tale situazione deve avere carattere obiettivo e formare il presupposto del negozio.⁴²

Pertanto la presupposizione deve essere comune a tutti i contraenti e l'evento supposto deve essere assunto come certo nella rappresentazione delle parti (in questo la presupposizione differisce dalla condizione che costituisce un evento futuro ed incerto); deve trattarsi inoltre di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda,

⁴² Cfr. Cass. civ., 23 settembre 2004, n. 19144, Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1952, e Cass. civ., 24 marzo 1998, n. 3083.

integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione.⁴³

La teoria della presupposizione fu elaborata per la prima volta dalla dottrina giuridica tedesca nella seconda metà del secolo scorso, quando per la prima volta Windscheid ebbe l'idea di attribuire rilevanza a motivi non espressi in una clausola⁴⁴: di essa si apprezzò la portata fortemente equitativa, perché mirava a stemperare il principio, oltremodo rigoroso, della vincolatività assoluta dell'accordo.

Tuttavia tale teoria fu resa oggetto di forti critiche: si sottolineò che, nel rapporto contrattuale, non poteva esservi spazio per i fini contingenti delle parti, a meno che non fossero stati espressi in una clausola, ed inoltre che la teoria della presupposizione non tutelava adeguatamente l'affidamento che le parti riponevano nella stabilità del vincolo contrattuale.⁴⁵

In Italia, una recente pronuncia della giurisprudenza di legittimità, ha affermato che “la presupposizione, non attinendo né all'oggetto né alla causa né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso esterna, che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse, ma con riconoscimento

⁴³ Cfr. ALCARO, *La condizione*, cit., 49.

⁴⁴ Cfr. WINDSCHEID, *Die Lehre des romische Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf 1850.

⁴⁵ Cfr. FADDA E BENSA, *Note alle Pandette di Windscheid*, Torino 1902, 1035.

da parte dell'altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale"⁴⁶; quindi la Suprema Corte stabilisce che la figura della presupposizione, nei termini suesposti, è da considerarsi quale specifico presupposto oggettivo.

Se in passato la dottrina ha ritenuto di fondare l'istituto della presupposizione nell'ambito di una concezione soggettivistica e volontaristica⁴⁷, è però ora assolutamente prevalente l'orientamento che fonda, in termini oggettivi, la rilevanza della presupposizione sul principio generale di buona fede. Si sostiene, ad esempio, che quando la circostanza esterna (indipendente da ogni dichiarazione contrattuale) si riveli essere stata la causa in considerazione della quale si sia determinato il contenuto dell'accordo e sul quale si sorregge l'equilibrio economico del rapporto, e si possa ricavare, dall'interpretazione della volontà dei contraenti, che essi abbiano

⁴⁶ Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12235. Cfr. anche Cass. civ., 23 settembre 2004, n. 19144, Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1952, e Cass. civ., 24 marzo 1998, n. 3083.

⁴⁷ Cfr. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 102, che attribuisce rilevanza giuridica alla presupposizione elevandola ad errore sul motivo; anche GALGANO, *Dir. privato*, Padova 1987, 262 e DE MARTINI, *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*, Milano 1950, 49, collegano la presupposizione alle norme in tema di errore. COSTANZA, *Della causa di presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 291, ricollega la teoria della presupposizione alla causa negoziale.

concluso il negozio per il perseguimento di quella determinata finalità considerata da entrambi (o almeno la cui rilevanza sia stata percepita da entrambi), e tale finalità non sia più concretamente perseguibile in relazione alle situazioni di fatto o di diritto verificatesi successivamente alla stipulazione, non possa pretendersi l'esecuzione.⁴⁸ La presupposizione serve quindi a dare equità al caso concreto, attraverso il recupero di motivi individuali che hanno spinto i soggetti a contrarre.⁴⁹

3.2 LA PRESUPPOSIZIONE IN RAPPORTO AD UN NEGOZIO CONDIZIONATO.

Il rapporto tra la presupposizione e la condizione è variamente discusso: l'orientamento più risalente riteneva la presupposizione stessa una condizione implicita, non sviluppata nel negozio, dagli effetti risolutivi⁵⁰. Un altro indirizzo proponeva di ritenere la presupposizione non come elemento di integrazione accessoria del

⁴⁸ Cfr. BESSONE, in *Enc. dir.*, voce 'Presupposizione', XXXV, Milano 1966, 326; ID., *Errore sul motivo, fauste cause e questioni di presupposizione*, in *Foro it.*, 1972, IV, 35.

⁴⁹ Cfr. MARINELLI, *La tutela civile dei soggetti deboli*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 162; SACCO, *La nozione di contratto*, in *Trattato di dir. privato*, X, Torino, 1983, 333.

⁵⁰ Cfr. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, Torino, 1962, 433, e BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, 238.

negozio ma come espressione del profilo causale del negozio, cioè come elemento di specificazione dei requisiti negoziali che incidono sull'assetto causale, individuando il fondamento stesso del negozio⁵¹.

Una diversa ricostruzione interpretativa ritiene che la presupposizione non attenga all'oggetto, alla causa o ai motivi del contratto, ma rappresenti una circostanza esterna alla vicenda negoziale che, anche se non specificamente dedotta come condizione, ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo così autonomo rilievo.⁵²

In rapporto al meccanismo condizionale, invece, il significato della presupposizione si ha nella presunta volontà di chi ha apposto la condizione di escludere alcuni eventi dal complesso degli elementi a cui si intende subordinare gli effetti del negozio, cioè da quello che è l'evento condizionale. La presupposizione determina cioè i suoi effetti sulla volontà negoziale attraverso il riferimento alla condizione voluta, venendo a delimitare l'evento condizionante. Infatti, quando si subordina una dichiarazione negoziale ad un certo evento, l'autore agisce sulla base di una certa rappresentazione, sia delle probabilità che l'evento in condizione si realizzi o meno, sia dell'insieme delle cause che possono determinare o impedire il verificarsi dell'evento

⁵¹ Cfr. SACCO, *Motivi, fini, interessi*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*, X, 335.

⁵² Cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, 2007, 1012 ss..

(tali elementi sono incerti nella loro verifica). Quando, però, nella vicenda della condizione vengono ad interferire fatti e cause non rientranti nella rappresentazione del soggetto dichiarante come determinanti per la produzione o meno dell'effetto voluto, cioè non facenti parte dell'evento condizionante, si modifica il complesso delle circostanze nel quale la condizione si inserisce, poiché tali fatti e cause erano posti nella rappresentazione del soggetto come certi ed immutabili.

Ne consegue che se si verifica una causa estranea, se un elemento presupposto come non condizionante diventa, nelle circostanze del caso, capace di impedire la condizione, questa, in mancanza di altre cause che ne possano provocare il mancato avveramento, deve ritenersi avverata.

Se invece, simmetricamente, interviene una causa estranea che determini l'avveramento della condizione, le conseguenze sono contrarie, per cui la condizione deve ritenersi non avverata.

La tesi della presupposizione è stata applicata con particolare riguardo alle ipotesi in cui l'evento condizionante è costituito da una prestazione in favore di un terzo: senza dubbio la condizione deve considerarsi adempiuta se la prestazione viene rifiutata, poiché si presume che la condizione sia stata voluta in base al presupposto che la prestazione sarebbe stata accettata. Con la mancata accettazione viene meno il presupposto, e quindi viene meno anche la condizione, per cui il negozio ha effetto.

CAPITOLO TERZO

L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO ROMANO

1. *CONDICIO PRO IMPLETA HABETUR*

Nelle particolari ipotesi in cui, durante la fase di pendenza condizionale, si verificano delle circostanze tali da alterare l'incertezza negoziale, in modo che successivamente l'evento dedotto nella clausola condizionale non si verifichi come previsto dai contraenti, si prevede che gli effetti del negozio condizionato si producano ugualmente, come se l'evento *in condicione* si fosse regolarmente avverato; le fonti giuridiche romane esprimono l'avveramento fittizio della condizione secondo le formule linguistiche *condicio pro impleta habetur* e *habetur, ac si condicio impleta fuisset*.

La dottrina non è unanime, ma si può affermare con il conforto della maggior parte degli Autori che le fonti ci tramandano sostanzialmente, in poche affermazioni generali e svariati casi di applicazioni concrete, due ipotesi generali di avveramento fittizio della condizione: la prima, di più ampio sviluppo ed applicazione, che

consiste nell'ipotesi in cui sia opposto un impedimento all'adempimento della condizione da parte di chi abbia un interesse contrario al suo verificarsi; la seconda si ha quando colui che doveva adempiere la condizione potestativa o mista ha fatto quanto era in lui per l'adempimento, ma il mancato avveramento dipende da un fatto attribuibile ad un terzo.

1.1 LA PRIMA REGOLA: L'IMPEDIMENTO DA PARTE DELL'INTERESSATO AL MANCATO AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE (“SI PER EUM, CUIUS INTEREST CONDICIONEM NON IMPLERI, FIT, QUOMINUS IMPLEATUR”).

Analizziamo la prima delle dette ipotesi: la regola per cui si verifica l'adempimento fittizio della condizione quando l'avveramento è stato impedito da chi aveva interesse a che la condizione non si verificasse deriverebbe da una disposizione delle XII Tavole⁵³, che sembrerebbe contenere la più antica testimonianza di adempimento fittizio della condizione, secondo quanto riferito dalla tradizione ulpiana in *Tit. ex corp. Ulp. 2,4*:

⁵³ In particolare cfr. VASSALLI, *Dies vel condicio*, *Studi sulla dottrina della condizione*, in VASSALLI, *Studi giuridici*, vol. I, Milano 1960, 225.

“*Sub hac condicione liber esse iussus: si decem milia heredi dederit, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem pervenit; idque lex duodecim tabularum iubet.*”⁵⁴

La disposizione delle XII Tavole è relativa al caso dello *statuliber*, ossia dello schiavo del quale il *dominus* nel proprio testamento disponga la manumissione⁵⁵ sotto una condizione, in questo caso di dare una somma di denaro all’erede; tuttavia, morto il testatore, l’erede aliena lo schiavo: la legge delle XII Tavole stabilisce che lo schiavo divenga libero anche se egli paghi la somma al nuovo proprietario. La fattispecie in cui lo schiavo, manomesso sotto condizione, paga la somma disposta dal testatore a colui che lo aveva acquistato dall’erede, ottiene il medesimo effetto giuridico della

⁵⁴ La disposizione decemvirale è ricordata anche da Modestino, D. 40, 7, 25: “*Statuliberos venumdari posse duodecim tabularum putaverunt*”.

⁵⁵ Cfr. GAI. II, 200: “...*exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est...*”; Tit. ex corp. Ulp. 2,1: “*Qui sub condicione testamento liber esse iussus est statu liber appellatur*”; Festo, s. v. ‘Statu liber’, 414, 32 L.: “*Statu liber est, qui testamento certa condicione proposita liber esse iubetur*”; cfr. anche CUIACIO, *Opera*, IV, 53 (*In lib. II quaest. Pap.*): “*Notissimum est, statuliberum esse servum, cui verbis directis, verbis civilibus relicta est libertas testamento in diem vel sub condicione*”. Singolare è D. 40.9.16.4.3, Paul. Ad leg. Ael. Sent., per cui “*Si sub condicione alicui pecunia debeatur, quasi statuliber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex condicione*”, ove la nozione di *statuliber* serve ad esplicitare una diversa situazione di pendenza.

fattispecie prevista: il conseguimento della libertà da parte dello schiavo. Si può quindi ritenere che l'ipotesi della norma decemvirale configuri un avveramento fittizio della condizione, osservando però che non vi è ancora espresso il principio in esame (*per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur*) poiché ne difettano i requisiti: non è richiesto il dolo dell'erede (come invece in *Tit. ex corp. Ulp. 2,5: "si per heredem factum sit", infra*), postoché l'applicazione della norma è indipendente da qualsiasi indagine sulla volontà dello stesso; inoltre l'alienazione del servo da parte dell'erede non impedisce in assoluto l'adempimento della condizione, né il servo è dispensato dall'adempierla: la adempie dando all'acquirente, nuovo *dominus*, invece che all'erede⁵⁶.

Molti Autori ritengono che il risultato di far ottenere la libertà allo schiavo sia stato ottenuto non attraverso una *fictio* ma grazie ad un'attività di interpretazione estensiva, disponendosi che, in quel determinato caso *heres* fosse da intendersi nel senso di *dominus*⁵⁷, col far leva sull'attestazione dell'antica valenza dei due termini⁵⁸.

Di séguito al passo precedente viene poi enunciato un altro

⁵⁶ L'analisi dei requisiti necessari per l'applicazione del principio sarà oggetto di trattazione *infra*.

⁵⁷ Cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, Roma 1928, 166, nt. 1.

⁵⁸ Cfr. PAOLO DIACONO, s. v. '*Heres*', 88, 28: "*Heres apud antiquos pro domino ponebatur.*" Questa valenza di *heres* nel senso di *dominus* è dichiarata anche in fonti giuridiche giustiniane, cfr., ad es., I. 2, 19, 7: "...*Pro herede enim gerere est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant...*"

principio dello stesso genere, sempre relativo allo *statuliber*:

Tit. ex corp. Ulp. 2,5: “*Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicione pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset.*”

In questo passo Ulpiano enuncia, facendo riferimento al caso della *manumissio*, il principio dell'avveramento fittizio della condizione dovuto all'impedimento opposto dall'erede: l'erede ha fatto in modo che lo statulibero non adempisse la condizione, e questi diventa libero, come se la condizione fosse stata adempiuta.

Ulpiano accosta poi a questo un altro caso particolare:

Tit. ex corp. Ulp. 2,6: “*Extraneo pecuniam dare iussus et liber esse, si paratus sit dare et is, cui iussus est dare, aut nolit accipere aut, antequam acceperit, moriatur, proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset* ».

In questo caso la condizione cui è soggetto il conseguimento della libertà per lo statulibero è di dare una somma di denaro ad un terzo: se il terzo rifiuta di ricevere la somma o muore prima di riceverla, lo statulibero acquista la libertà, come se avesse adempiuto la condizione di dare il denaro.

La successione ulpiana *Tit. ex corp. Ulp. 2,4-6* pone il problema se i principii dei paragrafi 5 e 6 siano derivati dalla norma

delle XII Tavole ricordata nel paragrafo 4; sembra però che Ulpiano presenti in 2,5-6 i due princìpi come coordinati alla regola legislativa e non derivanti da essa; la norma decemvirale richiedeva l'adempimento, quantunque a favore di persona diversa da quella voluta dal disponente, mentre la giurisprudenza ammette che fatti impeditivi dell'adempimento della condizione possano avere la stessa efficacia del suo verificarsi effettivo.

Sembra quindi più corretto ritenere che l'antica norma posta per il caso specifico dello *statuliber* abbia offerto un primo spunto alle successive statuizioni giurisprudenziali, le prime delle quali non potevano ancora richiamare un principio generale, mentre le successive (di età classica) introdurranno questo principio, dapprima per un numero limitato di casi particolari, poi per un numero sempre maggiore. Ulpiano tiene presente in questo senso la norma decemvirale, per presentare la progressiva stratificazione dei princìpi relativi alle circostanze che fanno ottenere la libertà allo *statuliber* in mancanza dell'adempimento della condizione.

Per questo la maggior parte degli Autori è concorde nel ritenere che il principio in esame sia il frutto dell'elaborazione dei giuristi, che lo formularono dapprima in relazione alle libertà testamentarie e lo estesero poi agli altri atti *mortis causa* ed anche ad alcuni atti *inter vivos*.

Ciò risulta chiaramente innanzitutto dal seguente passo:

D. 40, 7, 3, pr.-2 Ulp. l. 27 ad Sab.: “Statuliberos condicioni parere oportet, si nemo eos impediatur, et sit condicio possibilis. 1 Sed si in heredis persona iussus sit parere condicioni, quid dici debeat? Si quidem paruit condicioni, statim liber est etiam invito herede. Quod si non patitur heres pareri (puta offert decem, quae dare iussus erat), **procul dubio liber est, quia per heredem stare videtur, quo minus condicioni impleat.** Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta : receptum est enim, ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem, sive ipsi heredi sive alio dare iussus est. 2 Inde quaeritur, si forte debeatur pecunia huic servo vel ab herede, quod in domini rationem plus erogaverat, vel ab extraneo, nec velit heres debitorem convenire vel statulibero solvere pecuniam an debeat ad libertatem pervenire, quasi moram per heredem patiatur. Et aut legatum huic statulibero fuit peculium aut non: si legatum peculium fuit, Servius scribit moram eum libertatis passum ob hoc ipsum, quod ei aliquid ex ratione dominica deberetur nec ei ab herede praestaretur: quam sententiam et Labeo probat. Idem Servius probat et si in eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus; nam perventurum ad libertatem ait. Mihi quoque videtur verum quod Servius ait. Cum igitur veram putemus sententiam Servi, videamus, an et si non fuerit praelegatum peculium servo, idem debeat dici: constat enim statuliberum de peculio posse dare veli ipsi heredi iussum vel alii: et si eum dare impediatur, perveniet statuliberum ad libertatem. Denique etiam remedii loco hoc monstratur domino statuliberi, ut eum extraneo iussum dare prohibeat, ne et nummos

perdat cum statuliberto. Proinde defendi potest et si non vult exigere vel ipse solvere, ut hic habeat, unde conditioni pareat, libertatem competere : et ita Cassius quoque scribit.”

Il giurista severiano tratta in questo passo dell'adempimento della condizione nella manumissione testamentaria: dopo aver affermato, nel *principium*, la necessità che lo *statuliber* adempia la condizione sotto cui è manomesso (a meno che qualcuno glielo impedisca), esamina nel par. 1 l'ipotesi normale dell'adempimento (*si paruit conditioni, statim liber est*), e vi accosta l'ipotesi che lo *statuliber* sia impedito ad adempiere la condizione dall'erede nella persona del quale deve “*parere conditioni*”. Lo schiavo manomesso consegue la libertà (“*procul dubio liber est*”), poiché “*per heredem stare videtur, quo minus conditioni impleat*”.

Il par. 2 inizia con “*inde*” che lega al séguito ciò che immediatamente precede: la fattispecie è quindi sempre quella del servo manomesso sotto la condizione di pagare una determinata somma. Si pongono due casi: nel primo, il servo vanta un credito nei confronti del suo padrone (si tratta di un'obbligazione naturale); nel secondo, il servo ha un credito nei confronti di un terzo (di cui è titolare il *dominus*, cioè, a séguito della successione, l'erede). Tuttavia nel primo caso l'erede non adempie l'obbligazione verso il servo, e nell'altro non agisce in giudizio contro l'estraneo per esigere il credito di cui è titolare; ci si chiede se il servo, che in entrambi i casi è posto nell'impossibilità di effettuare il pagamento (cioè di adempiere la

condizione cui è sottoposta la sua libertà), divenga ugualmente libero (“*quaeritur an debeat ad libertatem pervenire*”) come se avesse subito la mora dell’erede (“*quasi moram per heredem patiatur*”). Occorre distinguere se al servo sia stato legato il peculio (dal quale preleverà il denaro necessario ad adempiere la condizione di *dare*) oppure no. Ulpiano riporta le soluzioni, favorevoli alla libertà, prospettate da Servio (“*Servius scribit moram eum libertatis passum*”; “*idem Servius probat et si in eo moram faciat heres, quod nolit exigere a debitoribus: nam ad libertatem perventurum ait*”). Nella prima ipotesi, Servio ritiene che il servo subisca una *mora libertatis*, per il fatto che quanto gli era dovuto “*ex ratione dominica*” non gli è stato neppure pagato dall’erede (soluzione confermata da Labeone, “*quam sententiam et Labeo probat*”); inoltre, per Servio la mora è ravvisabile anche nell’ipotesi in cui l’erede non voglia “*exigere a debitoribus*”, per cui anche in questo caso lo schiavo otterrà la libertà.), Ulpiano approva poi le soluzioni adottate dal giurista repubblicano. Il giurista si chiede poi se la stessa soluzione valga qualora il peculio non sia stato legato. L’orientamento comune (“*constat*”) è nel senso che allo statuliber, a cui sia stato ordinato di dare del denaro allo stesso erede o ad altri, sia consentito di prelevare dal peculio. Se gli sarà impedito, avrà senz’altro la libertà. Ma poiché in questo caso il peculio non è stato oggetto di legato, se l’erede proibirà allo statuliber di dare ad un terzo, oppure se non esigerà dai debitori, o non pagherà il suo debito allo schiavo (allo scopo di privarlo dei mezzi per adempiere) si configurerà un impedimento all’avverarsi della condizione, e pertanto

anche in questo caso il servo otterrà la libertà. Ulpiano conclude riportando il parere concorde di Cassio su questo ragionamento.

I riferimenti ai giuristi testimoniano come già in età tardo-repubblicana fosse accolto il principio dell'avveramento fittizio della condizione, ma limitatamente all'istituto delle manumissioni testamentarie, che fu quindi (richiamando anche le considerazioni fatte a proposito di *Tit. ex corp. Ulp.* 2, 4-6⁵⁹) il primo campo di applicazione nel quale si è andato sviluppando il principio in esame.

Conferma di ciò si rileva in Festo, sempre riguardo allo *statuliber*:

Fest. s. v. 'Statu liber', 414, 32 L.: "...et si per heredem est, quominus statu liber praestare possit, quod praestare debet, nihilominus liber esse videtur."

Festo fu un grammatico del periodo antonino-severiano: per risalire all'epoca dell'elaborazione giuridica di questa testimonianza, bisogna anzitutto considerare che, secondo un'opinione consolidata, Festo avrebbe epitomato nella sua opera "*De verborum significatu*" l'omonima opera del grammatico Verrio Flacco, di età augustea; si può quindi ritenere che il passo, come lo leggiamo in Festo, risalga a quest'epoca. Molto plausibile è poi l'ipotesi specifica⁶⁰ che Verrio

⁵⁹ *Supra*, 50-53.

⁶⁰ Cfr. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., 451.

Flacco lo abbia a sua volta ricavato dall'opera "*De verborum, quae ad ius civile pertinent, significatu*" del giurista Elio Gallo, la cui produzione non è di facile datazione ma è collocabile tra la fine del II e l'inizio del I secolo a. C.⁶¹; ma anche al di là di tale ipotesi, il contenuto del passo deve comunque essere riferito ad un'esperienza giurisprudenziale al massimo coeva a Verrio Flacco: abbiamo quindi ulteriore conferma dell'elaborazione del principio per la condizione dello *statuliber* in ambito tardo-repubblicano o al massimo proto-classico.

Il campo originario dell'adempimento fittizio della condizione è quindi limitato e particolare, ed è peculiare all'istituto della manumissione testamentaria.⁶²

1.2. L'ITER FORMATIVO DELLA REGULA IURIS

⁶¹ Cfr. FALCONE, *Per una datazione del de verborum quae ad ius civile pertinent significatione di Elio Gallo*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 41,1991, 223.

⁶² Cfr. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione*, Bari 2005.

Il processo per cui questo principio diventò progressivamente una *regula iuris*, applicabile ad ogni disposizione condizionata, passa attraverso l'ampliamento della casistica all'interno dello stesso campo delle manumissioni testamentarie; traiamo queste informazioni sempre da Ulpiano:

D. 40, 7, 3, 3 Ulp. l. 27 ad Sab.: “*Non solum autem si dare iussum prohibeat, statuliber ad libertatem pervenit, verum etiam si ascendere Capitolium iussum ascendere vetet. Item si Capuae dare iussum Capuam ire prohibeat:...*”

Il giurista rileva come l'avveramento fittizio della condizione si verifichi non solo nel caso in cui l'erede abbia impedito l'adempimento di una condizione di dare, ma anche in quello in cui abbia impedito allo *statuliber* di adempiere una condizione di fare, quale quella di salire al Campidoglio⁶³. Ulteriore ampliamento si ha per l'ipotesi in cui, essendo la manomissione sottoposta alla condizione di dare a Capua, l'erede abbia vietato allo statulibero di raggiungere tale località; essendo necessario andare a Capua per adempiere la condizione di dare in quel luogo, anche il proibire di

⁶³ Ricordiamo a questo proposito la precisazione di Giuliano in D. 35, 1, 29: “*Haec condicio: “Si Capitolium ascenderit” sic recipienda est: “si cum primum potuerit Capitolium ascendere”*”.

andare a Capua costituiva impedimento, e giustificava il fittizio adempimento.

Un altro interessante passo fornisce l'esplicita testimonianza dell'applicazione della regola nel caso di una condizione di *facere*:

D. 35, 1, 57 Pomp. l. 9 ad Q. Muc.: “*Quaesitum est, an, si iussus fuerit servus quinque operas extraneo dare, ut liber sit, condicio talis sit recipienda, ut, quemadmodum circa pecuniae dationem dicitur, ita et circa praestationem operarum dicamus. Sed hoc iure utimur, ut, quemadmodum dictum est, si pecuniam ex peculio suo det extraneo, admitti eum ad libertatem, ita et, si operam praestiterit, necesse sit eum admitti ad libertatem. Itaque et in proposito sapienter faciet heres etc.*”

Pomponio esamina una *quaestio*, relativa anch'essa alle manumissioni testamentarie (lo desumiamo dal riferimento all'*heres*) condizionate: nel caso in esame il contenuto della condizione consiste nella prestazione di lavoro a favore di un terzo da parte dello schiavo (*quinque operas extraneo dare*): il dubbio da risolvere è se tale condizione di *praestare operas* si possa considerare alla stessa stregua della condizione di *dare pecuniam*. La soluzione che Pomponio prospetta è nel senso che sia nettamente assodato (*hoc iure utimur*, e, più avanti, *necesse sit*) che i due tipi di condizione, di *facere* e di *dare*, siano assimilabili, di talché producano il medesimo effetto giuridico: il conseguimento della libertà (*admitti eum ad libertatem*).

Leggiamo poi

D. 40, 7, 16, 3 Ulp. l. 27 ad Sab.: “*Item Iulianus libro XVI digestorum scribit, si Arethusaе libertas ita data si tres servos pepererit et per heredem steterit quo minus pepererit (puta quod ei medicamentum dedisset ne conciperet) statim liberam futuram esse*”;

Ulpiano riporta un’opinione di Giuliano, che costituisce un’importante estensione del principio, poiché rappresenta il primo esempio di applicazione dell’avveramento fittizio riguardante una condizione casuale e non più soltanto le condizioni potestative.

Da un passo di Africano si desume che la regola doveva estendersi all’ipòtesi in cui l’impedimento della condizione di dare all’erede (che fosse sotto tutela), apposta ad una manumissione testamentaria, provenisse dal tutore dell’erede:

D. 40, 4, 22 Afr. l. 9 quaest.: “*...nam quod alioquin placeat si statuliber pecuniam dare iussus tutori det **vel per tutorem stet, quo minus conditioni pareatur**, pervenire eum ad libertatem.*”

L’allargamento della casistica all’interno del campo delle libertà testamentarie prelude all’estendersi del principio anche ad altri istituti, ed innanzitutto alle disposizioni *mortis causa*: in alcuni passi, di

Scevola e di Modestino, troviamo l'attestazione del processo di estensione della regola ai fedecommessi condizionati:

D. 33, 1, 13 pr. Scaev. l. 4 resp.: *“Maevia nepotem ex Maevio puberem heredem instituit et Lucio Titio ita legavit: “Lucio Titio dari volo annuos quamdiu vivat aureos decem, si rebus nepotis mei interveniat omnemque administrationem rerum nepotis mei ad sollicitudinem sua revocaverit”.* Quaero, cum Lucius Titius aliquo tempore Maevii negotia gesserit et per eum non stet, quo minus gerat, Publius autem Maevius nollet eum administrare, an fideicommissi praestari debet. Respondi, si non propter fraudem aliamve quam iustam causam improbandae operae causa remotus esset a negotiis, quae administrare secundum defuncti voluntatem vellet, percepturum legatum.”

L'opinione di Scevola è netta: il beneficiario di un fedecommesso che non abbia adempiuto alla condizione di amministrare un patrimonio perché impeditone dal titolare (*per eum non stet, quo minus gerat, Publius autem Maevius nollet eum administrare*) avrà diritto a percepire i suoi *annuos aureos decem*.

Sempre a proposito di fedecommessi condizionati è un parere di Modestino, che testimonia l'eventuale applicazione dell'avveramento fittizio:

D. 35, 1, 66 Mod. l. 10 resp.: “...Modestinus respondit, quamquam statuliberum heres manumiserit, tamen fideicommissum, quod sub iisdem condicionibus relictum ei debet, ita praestare cogitur, si condiciones impletas esse praestabit aut per eum stetit, quo minus impleatur.”

D. 31, 34, 4 Mod. l. 10 resp.: “Si ea condicione liberto fideicommissum relictum est, ne a filiis eius recederet, et per tutorem factum est, quo minus condicionem impleret, iniquum est eum, cum sit inculpatus, emolumento fideicommissi carere.”

Quest’ultimo passo costituisce una riflessione sull’impedimento ad adempiere la condizione cui è sottoposto un fedecommissario: Modestino non riferisce una regola ma indica come contrario all’*aequitas* (*iniquum est*) l’impedimento opposto (anche in questo caso, come in Africano, dal tutore) all’adempimento di una condizione cui è sottoposto un fedecommissario.

Per l’ulteriore ampliamento della regola dobbiamo ora esaminare con attenzione due passi considerati *loci geminati*⁶⁴, poiché

⁶⁴ Si può ipotizzare che la presenza contestuale dei due passi nel Digesto sia dovuta all’appartenenza a masse diverse, da cui ciascuna sottocommissione dei compilatori estraeva i frammenti utili per la compilazione dell’opera: dalla massa sabiniana il passo di Giuliano e dalla massa edittale il passo di Ulpiano. Sulla questione delle *leges geminatae* cfr. STARACE, *Lo statuliber*, cit., 188, ed ivi nt. 43.

del tutto simili nella loro composizione interna, ma appartenenti ad autori diversi:

D. 35, 1, 24 *Iul. l. 55 dig.*: “*Iure civili receptum est quotiens per eum, cuius interest condicionem <non>⁶⁵ impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus pareret.* »

D. 50, 17, 161 *Ulp. l. 77 ad ed.*: “*In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.* »

65 La lezione della *littera Florentina* non contiene il “non”, ma ciò è dovuto senz’altro ad un errore nella trascrizione, come dimostrano il raffronto con il passo di Ulpiano e la coerenza, nel prosieguo del brano, con l’esempio relativo alla *stipulatio* (“*cum per promissorem factum esset, quo minus pareret*”); bisogna quindi leggere “*non impleri*”. Cfr. sul punto anche la netta opinione di CUIACIO, in OPERA, VI, 411 (*In lib. LVI Salvi Iulianii*): “*Et inde etiam liquet in hoc l. 24 non esse legendum, detracta negatione, ut in Florentinis, ‘cuius interest condicionem impleri’, sed negate, ‘cuius interest condicionem non impleri’*”.

E' interessante porre attenzione alle lievi sfumature linguistiche che differenziano i due passi, ponendoli a confronto, per ricavarne alcuni diversi profili interpretativi⁶⁶.

Il passo giuliano si apre con l'affermazione "*iure civili receptum est*", seguita dall'enunciazione di un principio interpretativo valido per varie disposizioni condizionate, mostrando il progressivo articolarsi del quadro degli istituti a cui, nel corso del tempo, tale principio fu applicato in modo sempre più ampio (dalle manomissioni ai legati e alle istituzioni di erede, fino agli atti *inter vivos* come le *stipulationes*). Tale progressione, collegata all'incipit "*receptum est*", sembra descrivere il fenomeno mediante il quale la riflessione dei giuristi è giunta all'enunciazione della regola dell'avveramento fittizio della condizione, e l'impiego del verbo "*receptum est*" sembra testimoniare un dibattito giurisprudenziale nel quale diverse opinioni si sono confrontate fino a raggiungere un accordo. Nell'esposizione giuliana affiora la consapevolezza della prassi del ricorso ripetuto alla soluzione finzionistica (non solo nell'ambito delle disposizioni *mortis causa*, ma anche nel vastissimo campo delle stipulazioni), ove proprio l'attività della giurisprudenza sarebbe stata artefice dell'elaborazione del meccanismo finzionistico, e di impieghi sempre più ampi dello stesso. L'ablativo "*iure civili*" andrebbe quindi interpretato sottolineando il ruolo e la valenza dell'elaborazione giurisprudenziale. Anche nell'enunciazione per cui "*plerique ... perduxerunt*" possiamo ritrovare l'importanza fondamentale

⁶⁶ Cfr. STARACE, *Lo statuliber*, cit., 189 ss.

dell'opera dei giuristi, e più precisamente della parte preponderante di essi, il cui parere aveva consentito l'estensione della regola; ed ancora, “*quidam recte putaverunt*” testimonia come la regola finzionistica si applicasse anche alle stipulazioni grazie alla corretta valutazione dei giuristi.

Nel passo di Ulpiano l'ablativo “*iure civili*” è preceduto dalla preposizione “*in*”; osservando poi il registro linguistico che connota l'intero passo, ne emerge una tendenza del tutto impersonale e generalizzante (“*fiat*”, “*haberi*”, “*perducitur*”, “*committuntur*”). Dalle espressioni di Ulpiano non emerge, come osservato per il passo giuliano, l'itinerario percorso dal principio interpretativo prima di divenire regola stabile, cioè quel processo di graduale estensione per cui un principio elaborato in un particolare ambito si allarga ad altre disposizioni; il contesto ulpiano sembra invece quello di una raggiunta stabilità normativa. Ulpiano non fa rilevare il ripetuto e costante ricorso all'avveramento fittizio della condizione in un numero di casi sempre crescente, per giustificarne la finale acquisizione, ma sembra registrare l'esistenza di una disciplina ormai definita e consolidata, che regola tutti i casi aventi determinati requisiti. Si può quindi pensare che Ulpiano abbia ripreso le parole di Giuliano per ribadire un principio divenuto a pieno titolo una regola del *ius civile*, e che quindi abbia trasferito il discorso su un piano più generale ed astratto, essendo ormai superate le controversie giurisprudenziali sull'opportunità della soluzione finzionistica.

Probabilmente, invece, quando Giuliano scriveva i Digesta da cui è tratto il frammento in esame, il principio non aveva ancora completamente assunto la stabilità di una regola, ma riceveva continua applicazione pratica; perciò il giurista doveva avvertire l'importanza di ripercorrerne lo sviluppo storico e di ribadire l'origine interpretativa, in modo da fondarne ulteriormente la validità e giustificare l'estensione.

Sotto un altro profilo, poiché apprendiamo da Giuliano che il principio "*per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur*" viene esteso anche ai legati e alle istituzioni di erede (*quod...perduxerunt*), mentre Ulpiano riferisce "*quod ad libertatem ...perducitur*", sembrerebbe che il principio si fosse esteso anche alle libertà testamentarie. Ma sembra impossibile che, se ci fosse stata estensione alle libertà (*et unde?*), Giuliano l'avesse tralasciata; inoltre abbiamo visto come altri passi testimonino che le prime applicazioni della regola fossero relative alle manumissioni testamentarie, ed è quindi logico pensare che Giuliano non nominò le libertà tra i casi di estensione, e che Ulpiano invece possa aver aggiunto il riferimento "*ad libertatem*" assegnandogli la priorità in una sorta di elencazione cronologica⁶⁷; oppure si può più

⁶⁷ Una ricostruzione dottrinale, che esamineremo ad altro proposito, sostiene che Giuliano e Ulpiano, in loco di "*Iure civili/In iure civili receptum est*" ponessero all'inizio dei brani semplicemente "*In libertatibus receptum est*"; ciò spiegherebbe meglio la progressione estensiva, ma non l'inserzione ulpiana "*ad libertatem*", che sarebbe il frutto di un'interpolazione.

semplicemente e logicamente pensare che tale riferimento non risalga ad Ulpiano ma che le parole “*libertatem et*” costituiscano un’interpolazione compilatoria⁶⁸, ed a sostegno di tale ipotesi occorre notare anche che dinanzi ad uno dei tre complementi difetta la preposizione “*ad*”.

E’ comunque chiara l’estensione della regola alle disposizioni di ultima volontà: Giuliano, come abbiamo visto, attribuisce l’estensione a *plerique* e Ulpiano addirittura la generalizza (*perducitur*).

Sempre da Ulpiano traiamo un interessante esempio relativo ai legati condizionati:

D. 36, 2, 5, 5 *Ulp. l. 20 ad Sab.*: “*Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam **pro impleta habetur**: ut puta si iussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit.*”

Dopo aver enunciato il principio in relazione alla fattispecie dei legati sottoposti a condizione (che si ha per adempiuta quando

⁶⁸ Cfr. VASSALLI, *Dies vel condicio, Studi sulla dottrina della condizione*, in VASSALLI, *Studi giuridici*, cit., 226.

l'inadempimento dipende non dal legatario, ma dall'erede o dalla persona verso la quale il legatario deve adempiere⁶⁹), Ulpiano ne esemplifica il caso concreto del rifiuto dell'erede di ricevere una somma di denaro.

La fase successiva di ampliamento della regola si svolge per gli atti *inter vivos*, a partire dalla compravendita; leggiamo a tal proposito un passo di Ulpiano:

D. 18, 1, 50 Ulp. l. 11 ad ed.: “*Labeo scribit si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin agi posse: ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione cum per emptorem stet, quo minus impleatur.*”

In questo frammento si fa l'ipotesi della vendita di una biblioteca alla condizione che i decurioni vendano al compratore un posto dove collocarla: ma il compratore non si adopera affinché i decurioni gli concedano il posto, non lo richiede (*per me stet, quo minus id a Campanis impetrem*): il venditore potrà allora agire in giudizio. Il parere di Labeone, riportato da Ulpiano, è semplicemente che “*non esse dubitandum, quin agi posse*”, mentre Ulpiano

⁶⁹ Per quest'ultima ipotesi specifica (che rientra nella casistica relativa alla seconda figura di adempimento fittizio) *infra*, 97 ss..

soggiunge che il suo parere è che si possa agire *ex vendito*, come se la condizione fosse stata adempiuta, poiché è il compratore che ne ha causato l'inadempimento.

Possiamo considerare che, se per Labeone l'estensione della regola alla compravendita era ancora in fase embrionale, al tempo di Ulpiano fosse invece già realizzata, sebbene se ne possa dubitare in considerazione dell'espressione ulpiana "*ego puto*", che può essere indicativa di un'opinione personale dell'autore sull'argomento⁷⁰; riteniamo però che la valenza rafforzativa dell'*ego* e la sfumatura apportata dall'*etiam* valgano semplicemente a sottolineare, all'interno del passo, la differenza e l'evoluzione del pensiero di Ulpiano rispetto al parere di Labeone.

Anche Pomponio ci fornisce un esempio della progressione della regola:

D. 18, 1, 8 *Pomp. l. 9 ad Sab.*: "*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascantur aut fiant, ex empto agi posse.*"

⁷⁰ Cfr. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, estratto da *SDHI*, 1937, ora in DONATUTI, *Studi di diritto romano*, Milano 1976, vol. II, 595.

L'argomento è la compravendita: Pomponio, dopo aver ricordato l'essenzialità dell'oggetto in tale contratto (*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*), passa a considerare (quasi come un'eccezione) la vendita di cosa futura (*fructus et partus futuri recte ementur*), che è un negozio valido, ed efficace retroattivamente se ne verrà ad esistenza l'oggetto (*cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset, venditio facta intellegatur*); conclude affermando che se il venditore ha fatto in modo che non nascano i frutti o non si verifichi il parto oggetto del contratto, si possa agire in giudizio *ex empto*, cioè come se la condizione (che in questa fattispecie di contratto è *in rebus*) si fosse avverata.

Avviene successivamente il passaggio della regola anche alle stipulazioni, come riportato nell'ultima parte dei passi "gemelli" di Giuliano e Ulpiano, che prendono in esame il caso che il promissore impedisca al promissario di adempiere la condizione cui è sottoposta la *stipulatio*; le espressioni usate dai due giuristi indicano che per Ulpiano l'estensione era generalizzata (*stipulationes quoque committuntur*) mentre per Giuliano il principio non era generale, ma tale estensione era ancora sostenuta da pochi (*quidam putaverunt*).

Un'ulteriore testimonianza si trova in un altro passo relativo alla *stipulatio*:

D. 45, 1, 85, 7 *Paul. l. 75 ad ed.*: "*Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilo minus obligatur*";

anche per Paolo l'applicazione della finzione è generale (*quicumque ... nihilominus obligatur*).

Il processo di ampliamento della regola nei vari istituti giuridici, che Giuliano e Ulpiano passano sinteticamente in rassegna, appare per i due giuristi funzionale all'affermazione posta in capo ai due brani: ***Iure civili receptum est - in iure civili receptum est.***

Da questo categorico *incipit* sembrerebbe che all'epoca di Giuliano e Ulpiano la regola fosse generalmente recepita nel diritto civile ed applicabile a tutti i negozi giuridici; appare però più fondata la teoria per cui l'estensione della regola non poteva essere ancora tanto consolidata da poterla ritenere *ius receptum*; alcuni Autori sostengono questo⁷¹ basandosi sull'andamento dei passi, poiché l'affermazione "*receptum est*" mal si concilierebbe con il successivo verbo "*perducere*", tanto da far pensare che in capo ai due brani i compilatori giustinianeî abbiano sostituito l'affermazione generale ad un precedente riferimento specifico limitato alle libertà (per es. "*In libertatibus receptum est*")⁷²; così si spiegherebbe meglio anche la

⁷¹ Cfr. DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, cit., ora in DONATUTI, *Studi di diritto romano*, cit., 608.

⁷² Cfr. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, II ed., Torino 1962, 458: "E' ormai dimostrato che l'espressione generale *in iure civili* è stata sostituita al riferimento concreto alle libertà testamentarie, per le quali la regola si è affermata e da cui è stata progressivamente estesa ai legati, alle istituzioni di erede, ai fedecommessi, quindi alle stipulazioni, cioè ai contratti."

manca, in Giuliano, dell'estensione "*ad libertatem*" (che invece si trova in Ulpiano, ma, come abbiamo *supra* considerato, si tratta probabilmente di un'interpolazione).

Consideriamo anche il passo seguente:

D. 35, 1, 78, pr. *Pap. lib. resp.*: "*Cum pupillus aut tutor eius condicionem in personam pupilli collatam impedit, tam legati quam libertatis iure communi condicio impleta esse videtur.*"

Anche Papiniano testimonierebbe che la regola sarebbe generalizzata relativamente alle condizioni apposte alle libertà ed ai legati; ma il riferimento allo *ius commune* è di dubbia genuinità.

1.3. IL FONDAMENTO DELLA REGOLA

Abbiamo finora esplorato l'origine e il processo di ampliamento per cui si venne creando ed estendendo il principio giuridico; dal campo di applicazione originario, limitato e particolare, abbiamo seguito mediante una scansione cronologica la trasformazione della regola. E' necessario ora effettuarne una scansione logico-giuridica, che completi e giustifichi la prima: dobbiamo cioè approfondire la riflessione sul significato e sul fondamento del principio.

I fattori che hanno dato origine e sviluppo alla regola sono molteplici.

Questa prima figura di adempimento fittizio della condizione, come abbiamo visto, *ab initio* si forma nel campo delle manumissioni testamentarie.

Lo spirito originario della regola è stato spiegato⁷³ dal punto di vista della necessaria delimitazione del potere dominicale sullo *statuliber*: lo schiavo manomesso *sub condicione* nel testamento rimaneva in proprietà dell'erede⁷⁴, e acquistava quindi solamente una *spes libertatis*, che di fatto però poteva ridursi ad una vana parola, poiché l'erede, esplicando la sua normale attività di *dominus*, avrebbe potuto impedire allo schiavo l'adempimento della condizione, proibendogli di compiere quell'atto che il testatore aveva posto come condizione per ottenere la libertà (consideriamo che il caso originario e più comune di libertà condizionata è quello di condizione consistente in un atto dello statulibero).

Occorreva allora disciplinare particolarmente i rapporti tra *dominus* e schiavo perché l'illimitato diritto di proprietà spettante all'erede sullo schiavo avrebbe potuto rendere vana la manumissione; così, se la manumissione fosse stata condizionata al pagamento da

⁷³ Cfr. JHERING, *L'esprit du droit romain (traduit par O. de Meulanaere)*, cit., tomo II, 164-165.

⁷⁴ GAL., II, 200: "*Statuliberum medio tempore servum heredis esse, nemo est qui ignorare debeat.*"

parte del servo di una somma di denaro (che era lecito anche togliere dal peculio⁷⁵), e il *dominus* avesse privato lo schiavo del peculio, si sarebbe frustrata l'intenzione del testatore e la conseguente *spes libertatis* dello statulibero.

Se si fosse trattato di un altro tipo di rapporto, si sarebbe potuto rimediare applicando una sanzione come il risarcimento dei danni o una penalità; ma poiché era impossibile accordare un diritto (ai danni o a una penalità) a favore dello schiavo (che rimaneva una *res*), si rimediò considerando la condizione come adempiuta⁷⁶. Con questa costruzione giuridica veniva quindi salvaguardata la posizione "intermedia" dello statulibero⁷⁷.

E' quindi da un'esigenza concreta che presero le mosse le interpretazioni e i pareri dei giuristi; il graduale passaggio dalla casistica allo sviluppo di un principio generale fa emergere anche la determinazione dei requisiti richiesti per l'applicazione del principio.

⁷⁵ Cfr. D. 40, 7, 3, 1: "*Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta*".

⁷⁶ Cfr. JHERING, *L'esprit du droit romain (traduit par O. de Meulanaere)*, cit., 164: « Mais comment reconnaître un droit à l'esclave ? Les Romains résolurent ce dilemme, d'abord en ce qui concernait l'héritier, en assimilant son opposition à l'accomplissement de la condition ; de sorte qu'en définitif l'héritier était obligé de respecter la disposition du testament. »

⁷⁷ Cfr. JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain (traduit par O. de Meulanaere)*, Parigi 1902, 427: « Le statuliber est dans la propriété de l'héritier, mais cette propriété est restreinte par la perspective de liberté accordée à l'esclave. »

1.4. ANALISI DEI REQUISITI NECESSARI.

Il primo di tali requisiti risulta chiaramente dalle fonti, e può essere espresso in due forme: positivamente si richiede che colui, al quale è posto per condizione l'atto, ove le circostanze lo richiedano, abbia fatto quanto era in lui per effettuarlo, cioè abbia svolto l'attività necessaria per l'adempimento della condizione; negativamente, si richiede che al comportamento di chi deve adempiere la condizione non sia imputabile il mancato adempimento della stessa.

Le fonti si esprimono in questo modo: per la formulazione positiva,

D. 40, 4, 22, Afr. l. 9 quaest.: “ *si offerente statulibero pecuniam*”,

D. 35, 1, 14 Pomp. l. 8 ad Sab.: “*si paratus est ponere*”,

D. 40, 7, 4, 3 Paul. l. 5 ad Sab.: “*Si duobus decem datis liber esse iussus sit et unus quinque accipere noluerit, melius est dicere posse eadem quinque alteri offerentem ad libertatem pervenire*”;

mentre la formulazione negativa viene così espressa:

D. 33, 1, 13 pr. *Scaev. l. 4 resp.*: “...cum *Lucius Titius aliquo tempore Maevii negotia gesserit et per eum non stet, quo minus gerat, ...*”

D. 40, 7, 3, 11 *Ulp. l. 27 ad Sab.*: “*Sed et hic expleta condicio videtur, quoniam per eum non steterit, quo minus impleatur*”

D. 36, 2, 5, 5 *Ulp. l. 20 ad Sab.*: “*Item si qua condicio sit, quae per legatarium ... non stat, quo minus impleatur, ..., pro impleta habetur*”;

colui che è chiamato ad adempiere la condizione deve perciò svolgere l’attività che sia necessaria; è implicita nel comportamento che si richiede (positivo nella prima formulazione, negativo nella seconda) la mancanza di colpa dell’agente; inoltre il comportamento deve essere effettivo, deve cioè consistere, sempre ove le circostanze lo richiedano, non in un’astratta attitudine o disposizione ma nella reale esplicazione dell’attività, impedita da circostanze esteriori al suo volere.

Va precisato poi che la necessità, nel senso indicato, di un’attività concreta piuttosto che della mera volontà di agire dipende sempre dalla volontà del disponente.

Il secondo requisito, come risulta dai testi che abbiamo definito “gemelli” di Giuliano e Ulpiano (D. 35, 1, 24 e D. 50, 17, 161), consiste nel fatto che chi è interessato a che la condizione non sia adempiuta impedisce che questa sia adempiuta; il principio è

sintetizzato nella forma “*per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat, quo minus impleatur*”.

1.5. L'ELEMENTO SOGGETTIVO.

Se è concordemente ammesso che l'elemento soggettivo richiesto in tale configurazione del principio consista nel dolo dell'impediente, non essendo sufficiente la colpa, la precisa determinazione di questo requisito è molto discussa, poiché la casistica illustrata dalle fonti non è unanime: la teoria più accreditata è quella per cui nel diritto classico era richiesta la semplice volontarietà dell'impedimento del verificarsi del fatto *in condicione*, mentre i giustinianeî ebbero la tendenza a richiedere anche l'intento di impedire gli effetti del verificarsi della condizione (nel campo delle libertà testamentarie era quindi richiesto l'*animus impediendae libertatis*)⁷⁸; ciò risulta dai brani del Digesto, poiché vi sono nella compilazione giustiniana pochi e isolati frammenti nei quali si specifica in quel secondo senso l'elemento soggettivo relativo all'impedimento. Per esempio

⁷⁸ Cfr. GROSSO, *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, negli *Atti dell'Accademia delle scienze di Torino* LXX, 1929-30, ora in GROSSO, *Scritti storico-giuridici*, Torino 2001, tomo III, 490-507.

D. 40, 7, 3, 3 Ulp. l. 27 ad Sab.: “Non solum autem si dare iussum dare prohibeat, statuliber ad libertatem pervenit, verum etiam si ascendere Capitolium iussum ascendere vetet. Item si Capuae dare iussum Capuam ire prohibeat: nam qui prohibet servum proficisci, **intellegendus est impedire magis velle libertatem quam operis servi uti.**”

D. 40, 7, 38 Paul. l. 1 ad Ner.: “Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit, sed id dumtaxat, **quod impediendae libertatis factum est.**”

Da questi passi risulterebbe in modo inequivoco il requisito dell'intento specifico di impedire gli effetti del verificarsi della condicione.

Ma un triplice ordine di considerazioni ci permette di criticare radicalmente questa ricostruzione: *in primis* l'esegesi dei seguenti passi:

D. 12, 4, 3, 9 Ulp. l. 26 ad ed.: “Quamquam permissum sit statulibero etiam de peculio dare implendae condicionis causa, **si tamen vult heres nummos salvos facere**, potest eum vetare dare: sic enim fiet, ut et statuliber perveniat ad libertatem quasi impleta condicione cui parere prohibitus est, **et nummi non peribunt.**”

D. 35, 1, 57 Pomp. l. 9 ad Q. Muc.: “Quaesitum est, an, si iussum fuerit servus quinque operas extraneo dare, ut liber sit,

*condicio talis sit recipienda, ut, quemadmodum circa pecuniae dationem dicitur, ita et circa praestationem operarum dicamus. Sed hoc iure utimur, ut, quemadmodum dictum est, si pecuniam ex peculio suo det extraneo, admitti eum ad libertatem, ita et, si operam praestiterit, necesse sit eum admitti ad libertatem. Itaque et in proposito **sapienter faciet heres, si impedierit eum, quo minus praestet operas: hac enim ratione servus perveniet quidem ad libertatem, sed operis eius extraneus non utetur.***”

Nel primo di questi brani il giurista, trattando della possibilità per lo schiavo di adempiere la condizione di dare una somma di denaro attingendo tale somma dal peculio, escogita una soluzione favorevole al padrone che non voglia perdere questo denaro: egli prevede che il *dominus* possa vietare allo schiavo di dare i *nummos*, cosicché lo schiavo diventa libero, e tuttavia il *dominus* conserva il denaro

Nel secondo passo, relativo alla condizione di *praestare operas* (che, come abbiamo visto, è considerata fattispecie giuridicamente del tutto equivalente alla condizione di *dare pecuniam*⁷⁹), Pomponio si esprime in termini ancor più espliciti: addirittura l’erede agirà saggiamente, nell’impedire allo schiavo di *praestare operas* per un estraneo; perché (la soluzione è analoga a quella del passo precedente) in questo modo lo schiavo diventerà libero, ma il terzo non avrà

⁷⁹ *Supra*, 60-61.

potuto fruire delle sue prestazioni. In entrambi i casi unico intento del proibente è di risparmiare i *nummi* e le *operae*, non certo di impedire la libertà, poiché egli sa ed accetta che lo schiavo diventi comunque libero; e ciò prova che per l'applicazione dell'avveramento fittizio non era necessario l'intento di impedire la libertà, e che questo intento non era quindi necessariamente implicito nella volontà di impedire il fatto *in condicione*.

Ciò è suffragato dalla seconda considerazione: vi sono numerosi brani significativi già nelle locuzioni verbali, come ad esempio

D. 12, 4, 3, 9 Ulp. l. 26 ad ed: “*Heres potest eum **vetare** dare: sic enim fiet, ut et statuliber perveniat ad libertatem quasi impleta condicione cui parere prohibitus est*”;

D. 40, 7, 3, 8 Ulp. l. 27 ad Sab.: “...quod **si prohibeatur** operari, ... plane si ei ablata fuerit pecunia ex operis collecta, liberum fore arbitror”

D. 40, 7, 4, 4 Paul. l. 5 ad Sab.: “... ideoque **si prohibet** heres Titio servire, ...”

D. 35, 1, 78 pr. Pap. l. 9 resp.: “Cum pupillus aut tutor eius condicionem in personam pupilli collatam **impedit**, ... condicio impleta esse videtur”;

il semplice uso di *vetare*, *prohibere*, *impedire* per definire il comportamento dell'erede evidenzia che la volontà viene valutata solamente in relazione al *condicionem impleri*, cioè all'impedimento

del fatto *in condicione*. .

E' poi interessante notare come, in tutti i brani ora in esame, il medesimo effetto giuridico discenda da fattispecie diverse, in cui la seconda è connotata dall'impedimento opposto dal soggetto terzo rispetto al negozio

Traiamo dalla casistica un altro esempio significativo:

D. 40, 7, 16, 3 Ulp. l. 27 ad Sab.: “*Item Iulianus libro XVI digestorum scribit, si Arethusa libertas ita data si tres servos pepererit et per heredem steterit quo minus pepererit (puta quod ei medicamentum dedisset ne conciperet) statim liberam futuram esse*”;

è contemplato il caso dell'erede che somministra un *medicamentum* alla schiava, liberata sotto la condizione di partorire, per impedirle il concepimento⁸⁰; non è detto che si richieda che egli abbia fatto ciò precisamente allo scopo di impedire la libertà; l'erede può averlo fatto ad altri scopi, e principalmente, per esempio, perché l'uso che egli faceva della schiava esigeva che questa non restasse incinta.

⁸⁰ Abbiamo già esaminato questo passo, come esempio di adempimento fittizio di una condizione casuale; *supra*, 61.

Il terzo ordine di considerazioni spiega meglio perché i riferimenti compilatori all'*animus impediendae libertatis* non siano determinanti nella ricerca dell'elemento soggettivo.

Di entrambi i frammenti alcuni Autori⁸¹ ritengono interpolati i periodi conclusivi, rispettivamente “*nam qui prohibet servum proficisci, intellegendus est impedire magis velle libertatem quam operis servi uti*”⁸² e “*sed id dumtaxat, quod impediendae libertatis factum est*”, cioè proprio i riferimenti alla volontà di impedire gli effetti dell'adempimento della condizione.

Nel primo di questi due frammenti Ulpiano ci informa che la avveramento fittizio trova applicazione nel caso in cui l'erede abbia impedito l'adempimento di una condizione di dare ed in quello in cui egli abbia impedito di adempiere una condizione di *facere*, quale quella di *ascendere Capitolium*; inoltre, se la condizione fosse stata di dare a Capua, si sarebbe avverata fittiziamente anche nell'ipotesi che l'erede avesse vietato allo *statuliber* di raggiungere tale località. La riflessione “*nam qui prohibet servum proficisci, intellegendus est impedire magis velle libertatem quam operis servi uti*” si riferisce a

⁸¹ Cfr. GROSSO, *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, cit., ora in GROSSO, *Scritti storico-giuridici*, cit., tomo III, 497; v. anche nota successiva.

⁸² ROBBE ritiene questo periodo “una glossa evidentissima, sia per la forma e sia per il contenuto: riguardo a questo, esso è del tutto superfluo, fuori luogo e inutile per non dire proprio insensato”; così, testualmente, in *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, cit., 685.

quest'ultimo caso ed occorre quindi esaminarlo in particolare: la partenza per Capua costituiva parte integrante della condizione e non era solo un atto indirettamente preparatorio dell'adempimento di questa: se allo *statuliber* per acquistare la libertà era stata imposta la condizione di dare a Capua, il semplice fatto di proibire di recarvisi costituiva senz'altro impedimento di adempiere la condizione, fosse stata questa o meno la vera intenzione di chi aveva posto in essere la proibizione; poiché andare a Capua era assolutamente necessario per dare a Capua (e così adempiere la condizione ed acquistare la libertà) il divieto di andare a Capua era un evidente impedimento di adempiere la condizione (e quindi portava all'applicazione della regola sull'avveramento fittizio).

Il glossatore, postclassico o giustiniano, che spiegò che in questo caso il proibire la partenza era più probabilmente finalizzato all'impedire la libertà non rilevò il collegamento diretto tra l'atto preparatorio (la partenza) ed il fatto *in condicione* (la dazione di denaro), per cui la semplice volontarietà dell'impedimento al primo era sufficiente a significare la volontarietà dell'impedimento a questo, e constatò l'esistenza del dolo intravedendovi e presumendo la presenza dell'*animus impediendae libertatis*, che come requisito specifico spostava il fulcro della casistica classica (per cui, come abbiamo visto, era necessaria la semplice volontà di impedire il fatto *in condicione*).

Analoga alterazione sembra essere avvenuta nel passo di Paolo, dove anche la proposizione conclusiva "*sed id dumtaxat, quod*

impediendae libertatis factum est” è ritenuta “una evidentissima glossa”⁸³.

I termini precisi dell’interpolazione e la valutazione del testo originario non è però semplice, tanto che vi sono due ricostruzioni dottrinali, entrambe plausibili ma non completamente dimostrate: secondo la prima l’affermazione iniziale (“*Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta condicione cedit*”) doveva essere probabilmente accompagnata nel testo classico dall’enunciazione di alcuni casi pratici, che esemplificavano il requisito del dolo entro il limite della volontà dell’impedimento al verificarsi del fatto *in condicione*; ed in relazione a questo limite doveva essere la dichiarazione di Nerazio (riportata da Paolo); il glossatore, volendo trarne una dichiarazione generale, fece cadere l’esemplificazione originaria, e, non essendo sufficiente la dichiarazione negativa, aggiunse l’ultima proposizione come affermazione positiva della limitazione, traendo forse tale limite positivo proprio dall’affermazione “*intellegendus est magis velle libertatem impedire*”, con la quale sembra essere in rapporto di logica derivazione.

Secondo l’altra interpretazione non è da escludere che, oltre alla frase di chiusura del testo, sia stato interpolato anche il *non* iniziale; il testo originario di Paolo (che in questa ipotesi sarebbe stato: “*Omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro*

⁸³ COSÌ ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condicione nel diritto romano*, cit., 686.

expleta condicione cedit”) doveva quindi contenere la regola che qualsiasi impedimento dell’erede allo *statuliber* di adempiere la condizione (nei termini suddetti dell’impedimento del fatto *in condicione*) era sufficiente per l’applicazione della finzione di adempimento; anche questa presumibile alterazione sembra finalizzata a far emergere l’elemento soggettivo sotto la nuova prospettiva.

E’ importante sottolineare che questo significa che per i giustinianeî la valenza del requisito del dolo era soltanto presunta nel senso dell’*animus impediendae libertatis*; infatti, se trasferiamo il ragionamento sul piano prettamente operativo, constatiamo che, se i giuristi postclassici e giustinianeî avessero elaborato il requisito soggettivo nel senso della necessit  dell’*animus impediendae libertatis* per l’applicazione dell’avveramento fittizio, proprio tale campo di applicazione si sarebbe nella pratica ristretto: poich , nei casi in cui l’impedimento di adempiere avesse avuto motivazioni diverse dall’intento di impedire la libert , l’elemento soggettivo sarebbe mancato e di conseguenza non avrebbe potuto essere applicata la *fictio*; ma questo avrebbe assurdamente colliso con la nota tendenza culturale dell’epoca postclassica e giustiniana al favore per il conseguimento della libert  da parte degli schiavi. Ed   evidentemente impossibile che una pi  approfondita elaborazione del *favor libertatis* avesse portato ad una concreta delimitazione proprio della stessa libert .

D’altro canto, osservando pi  da vicino il periodo “*intellegendus est, magis velle impedire libertatem quam servi operis*

uti”, data anche la scarsa coordinazione con quanto precede, esso ci appare più come un’affermazione di principio o una riflessione dottrinale che come un precetto normativo; ed il “*non omne impedimentum ... sed id dumtaxat, quod impediendae libertatis factum est*” può essere letto come uno svolgimento logico basato proprio sull’affermazione precedente.

Se questo era il regime normativo per le manumissioni, dobbiamo concludere che lo stesso regime fosse applicabile agli altri negozi condizionati, anche per i quali quindi l’adempimento fittizio della condizione si verificava indipendentemente dalla specificità dell’elemento doloso.

La precedente ampia analisi del dolo ci ha permesso di concludere che tale requisito consisteva nella volontarietà dell’impedimento del fatto posto in condizione: anche questo trova la sua spiegazione radicata nelle esigenze concrete. Tenendo conto del sorgere del principio nel campo delle libertà, se con la *fictio* si sottraeva la condizione della libertà all’arbitrio dell’erede, la riflessione sul dolo ci permette ora di completare queste considerazioni: da un lato si voleva delimitare il potere del *dominus* sullo schiavo, ma non lo si poteva e non lo si voleva paralizzare completamente, poiché in ogni esplicitazione di tale potere si sarebbe potuto ravvisare un impedimento al verificarsi della condizione; la *fictio* si applicava soltanto agli atti volontari che impedissero direttamente il verificarsi della condizione, cioè ad atti che operassero sul fatto dedotto in condizione.

Ma il requisito della volontarietà dell'impedimento non era ancora sufficiente a delimitare il campo di applicazione del principio generale.

Occorre un ulteriore limite, che emerge dalle fonti, ed in particolare da

D. 40, 7, 30 *Pomp. l. 7 ex var. lect.*: “*Si ita liber esse iussus sit « Stichus, si eum heres non alienaverit, liber esto », etiamsi statuliber est, alienari tamen poterit*”.

Siamo sempre nel campo originario di una manumissione testamentaria condizionata: il servo manomesso sotto questa condizione (*si eum heres non alienaverit*) potrà, benché statulibero, essere alienato. L'alienazione farà mancare la condizione, ma in questo caso non si applicherà l'adempimento fittizio (*alienari tamen poterit*); dato il contenuto della condizione, l'eccezione appare *prima facie* equa e naturale.

Il suo fondamento giuridico è riposto nella volontà del testatore. La soluzione finzionistica, ribadiamo, trasse origine dalla delimitazione dei poteri del *dominus* sullo *statuliber*, ma indipendentemente dalla volontà del testatore: trovava però in quest'ultima il suo limite, poiché non si applicava laddove risultasse che il testatore aveva voluto includere il comportamento negativo o positivo dell'erede tra le cause da cui doveva dipendere il verificarsi o la deficienza della condizione, cioè quando il testatore avesse voluto

che l'erede potesse liberamente compiere l'atto diretto a far mancare la condizione. Si può dire cioè che la non trovava luogo quando l'attività dell'erede fosse *in condicione* (come è nel caso surriferito illustrato da Pomponio: nella fattispecie della clausola condizionale è espressamente previsto che l'erede possa alienare il servo).

1.6. IL FONDAMENTO NELLA PRESUPPOSIZIONE

E' proprio questa limitazione esplicitamente affermata in D. 40, 7, 30 ad illuminare nel fondamento l'ipotesi in cui la regola si era *ab origine* concretamente formata: nelle manomissioni testamentarie la condizione di dare all'erede richiedeva necessariamente la collaborazione dello stesso erede, che poteva essere interessato al non avveramento; allora per applicare la regola bisognava pensare che nel porre la condizione fosse stato presupposto che quella collaborazione non sarebbe mancata. Apponendo cioè alla libertà la condizione di dare all'erede, il testatore aveva presupposto che l'erede avrebbe accettato: questa presupposizione faceva sì che la condizione fosse considerata come consistente in un atto dello statulibero ed il rifiuto dell'erede venisse ad essere un impedimento estraneo. Poiché la regola, sorta nel campo delle manomissioni testamentarie, diventò progressivamente un principio generale applicabile anche agli altri negozi, possiamo ampliare il ragionamento e considerare che il limite

derivasse più in generale dalla volontà del disponente o dei contraenti il negozio; l'applicazione della *fictio* doveva essere esclusa laddove risultasse che l'attività di colui al quale interessava che la condizione non si verificasse fosse stata posta *in condicione*, cioè prevista come incerta, tale che potesse far mancare la condizione.

L'adempimento fittizio trovava quindi il suo fondamento nella volontà del disponente o dei contraenti, nel senso specifico che questi avessero presupposto che la parte interessata al mancato adempimento non si sarebbe comportata in modo da impedire il verificarsi della condizione⁸⁴.

Il comportamento degli interessati al mancato adempimento si configurava come un elemento certo; se fosse stato elemento incerto della fattispecie, la *fictio* non avrebbe potuto essere applicata.

1.7. IL FONDAMENTO NELLA VOLONTÀ

Il fondamento giuridico del principio in esame è stato spiegato anche secondo una diversa teoria, che in apparenza si discosta dalla teoria fondata sulla presupposizione: si è sostenuto che si pervenne alla *regula iuris* mediante l'estensione di massime giurisprudenziali che si formarono in conseguenza di interpretazioni *ex voluntate* di

⁸⁴ Cfr. su questo punto, GROSSO, *La finzione di adempimento nella condicione*, Modena 1930, ora in GROSSO, *Scritti storico-giuridici*, cit., tomo III, 429-489.

alcuni negozi giuridici: è opportuno ricordare il doppio metodo di interpretazione dei negozi - *secundum verba* e *secundum voluntatem* - seguito fin dall'epoca repubblicana, e la prevalenza, fin dall'epoca di Silla, dell'interpretazione *ex voluntate* in materia di testamenti. Consideriamo inoltre che l'*aequitas*, nell'interpretazione dei negozi giuridici, si realizza mediante l'*interpretatio secundum voluntatem*.

Le più antiche decisioni in proposito riguardano ipotesi di manumissioni testamentarie dirette sotto la condizione “*si heredi dederit*”, che non si avvera per fatto dell'erede; se una tale disposizione si fosse interpretata *ex verbo* (sempre nell'ipotesi che la condizione fosse mancata per fatto dell'erede) si sarebbe negata la libertà al servo, perché la condizione non si era avverata; ma interpretando *secundum voluntatem* era chiaro che il testatore con la disposizione condizionata aveva inteso subordinare la libertà dello schiavo al verificarsi del fatto *in condicione* ma non al volere arbitrario dell'erede.

Interpretando *ex voluntate* doveva apparire che il testatore, con quelle disposizioni dirette a beneficiare il suo servo, esigeva implicitamente un certo comportamento da parte dell'erede, cioè il comportamento diretto a non eludere la sua volontà, e quindi non poteva contemporaneamente far dipendere la libertà del servo dall'arbitrio dell'erede. L'avvenimento futuro ed incerto dedotto in condizione era bensì il compimento dell'atto richiesto all'onorato, e quindi il complesso degli elementi necessari alla sua esistenza, ma se esso richiedeva la cooperazione dell'erede, sia pure in forma passiva,

questa, data la volontà del testatore che l'esigeva senz'altro, non poteva far parte della condizione, appunto perché non era voluta dal testatore come un qualcosa di incerto.

Una conferma testuale si ritrova in

D. 40, 7, 20, 3 *Paul. l. 16 ad Plaut.*: “...*Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. ...Julianus autem ait favore libertatis constituto iure hunc ad libertatem perventurum. ... Adeo autem constituto potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit. ...diversa causa est eius, quem heres prohibet conditioni parere: hic enim ex testamento ad libertatem pervenit.*”

Dopo aver detto che Giuliano, nell'ipotesi di condizione di dare apposta ad una manumissione testamentaria e mancata per morte del destinatario⁸⁵, sosteneva che la liberazione del servo proveniva dal *favor libertatis*, Paolo contrappone la fattispecie dell'impedimento opposto dall'erede (“*Diversa causa est eius quem heres prohibet conditioni parere: hic enim ex testamento ad libertatem pervenit*”); è netta l'antitesi fra il fondamento delle due ipotesi: al *favor libertatis* della prima si contrappone, nella seconda, il raggiungimento della

⁸⁵ E' questo un caso che esamineremo all'interno dell'analisi della seconda ipotesi di adempimento fittizio; *infra*, 110.

libertà *ex testamento*, che in questa contrapposizione assume il significato di *ex voluntate testatoris*.

Secondo questa teoria, la regola si sarebbe via via estesa ai soli negozi suscettibili di interpretazione *ex voluntate*: perciò l'estensione alle stipulazioni, testimoniata da Giuliano e Ulpiano, sarebbe stata limitata alle stipulazioni pretorie⁸⁶ e poi generalizzata e resa applicabile a tutti i contratti dai compilatori giustiniane.

Il fondamento dell'avveramento fittizio ricondotto ad una *interpretatio ex voluntate*, è stato contrapposto alla suesposta ed analizzata spiegazione nel senso del fondamento su di una presupposizione; ma possiamo notare che, se le due teorie divergono nella considerazione della genesi e dell'evoluzione del principio, sono poco distanti nella sostanza; se “doveva apparire che il testatore, con le disposizioni dirette a beneficiare il suo servo, esigeva implicitamente un certo comportamento da parte dell'erede, e che l'avvenimento futuro ed incerto dedotto in condizione era bensì il compimento dell'atto, richiesto all'onorato, ma se esso richiedeva la cooperazione dell'erede, sia pure in forma passiva, questa, data la volontà del testatore che l'esigeva senz'altro, non poteva far parte della condizione, appunto per non essere voluta dal testatore come un che di incerto”⁸⁷; se dunque si assume come punto di partenza la volontà del

⁸⁶ Il passo sarebbe stato originariamente riferito alla *stipulatio* di *vadimonium sisti*.

⁸⁷ Così DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, cit., ora in DONATUTI, *Studi di diritto romano*, cit., 599.

testatore e si esige un certo comportamento dalla parte a danno della quale la condizione si deve verificare, e ciò si traduce nella conclusione che tale comportamento non può far parte della condizione, si ricalca l'iter logico per cui vi è un atteggiamento della volontà nel senso della presupposizione che colui a danno del quale la condizione deve verificarsi si astenga dal comportarsi in modo da impedirne l'adempimento.⁸⁸

Tale fondamento riposto nella presupposizione di volontà costituisce poi il *trait d'union* tra l'effetto dell'impedimento di colui al quale interessava che la condizione non si verificasse e quello del rifiuto di cooperazione di un terzo. Il primo grado di tale estensione avviene attraverso il passaggio dalla considerazione dell'impedimento opposto dall'interessato alla considerazione della fattispecie, più ampia e comprensiva della prima, del rifiuto di cooperazione dell'interessato nel caso che tale cooperazione fosse necessaria per l'adempimento della condizione.

Il passo successivo è semplice: come, apponendo una condizione che si dovesse adempiere verso l'erede (o l'interessato), il testatore poteva aver presupposto che l'erede (o l'interessato) avrebbe accettato (o, comunque, non avrebbe mancato di collaborare) così, apponendo la stessa condizione in modo che richiedesse la

⁸⁸ Cfr. GROSSO, *Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento*, nota a sentenza della Corte d'Appello di Torino 27 aprile 1938, in *Riv. di dir. commerciale*, ora in *Scritti storico-giuridici*, cit., tomo III, 587-596.

cooperazione di un terzo, poteva aver presupposto che il terzo prestasse la richiesta cooperazione.

2. LA SECONDA REGOLA: IL RIFIUTO DI COOPERAZIONE E LA MORTE DEL TERZO.

2.1. IL RIFIUTO DELLA COLLABORAZIONE DA PARTE DEL TERZO.

Veniamo quindi all'analisi della seconda fattispecie generale a cui si applicava la *fictio* di adempimento della condizione. In tale fattispecie assume rilevanza centrale non tanto il ruolo del disponente il negozio condizionato né quello dell'onerato (cioè di chi deve adempiere la condizione), quanto invece i fatti relativi al terzo, il cui comportamento *lato sensu* collaborativo sia necessario perché la condizione sia adempiuta.

Nell'ipotesi che tale apporto collaborativo defici, e quindi la condizione rimanga inadempita, si prospettano due categorie di casi in cui trova applicazione l'avveramento fittizio, con la conseguenza che la condizione si deve ritenere verificata, così che il negozio dispieghi normalmente i suoi effetti.

La prima categoria comprende i casi in cui l'onerato, per adempiere la condizione, ha necessariamente bisogno della

cooperazione di un'altra persona, e questa rifiuta di prestarla.⁸⁹

Le fonti esemplificano la categoria *de qua* in relazione a vari istituti giuridici. La casistica è ricca per le disposizioni di ultima volontà, ed *in primis* per le manumissioni testamentarie: a questo proposito dobbiamo considerare l'ultima parte della progressione ulpiana che abbiamo già esaminato:

Tit. ex corp. Ulp. 2, 6: "Extraneo pecuniam dare iussus et liber esse, si paratus sit dare et is, cui iussus est dare, aut nolit accipere aut, antequam acceperit, moriatur, proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset. »

In questo caso lo schiavo per ottenere la libertà è tenuto a dare una somma di denaro ad un terzo (*extraneo*), non all'erede (altrimenti si applicherebbe la prima ipotesi di avveramento fittizio: è il caso che Ulpiano esamina in precedenza in *Tit. ex corp. Ulp. 2, 5*): se il terzo non accetta l'offerta (*nolit accipere*), la condizione si ha per adempiuta, con la conseguenza che lo schiavo *fit liber*.

D. 40, 4, 55, pr. *Maec. l. 2 fideic.*: « *Libertate sub condicione data huc iam decursum est, ut, si per statuliberum non stet, quominus*

⁸⁹ Su questo punto cfr. in particolare GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condicione*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Torino*, Torino 1930, ora in GROSSO, *Scritti storico-giuridici*, cit., tomo III, 372-428.

condicioni pareat, quamvis ne per heredem quidem stet, tamen ad libertatem perveniat. ... »

Il giurista illustra la regola in forma negativa: lo *statuliber* perverrà alla libertà se l'inadempimento della condizione non dipenda da lui e nemmeno dall'erede, ma dipenda quindi dal comportamento del terzo; l'autore non dice neppure esplicitamente da chi debba essere dipeso, ma se ne arguisce che la condizione non è stata adempiuta per colpa di un terzo.

Le seguenti ipòtesi si riferiscono invece all'istituzione di erede condizionata:

D. 28, 7, 3 *Paul. l. 1 ad Sab.*: “*Si ita heres institutus sim, si decem dederò, et accipere nolit cui dare iussus sum, pro impleta condicio habetur.*”

In questo frammento l'autore spiega con lineare sintesi ed in prima persona come si debba considerare adempiuta la condizione di dare una somma di denaro quando il destinatario rifiuti di riceverla; è evidente l'omologia, anche terminologica (*cui dare iussus ... nolit accipere*), con il precedente passo di Ulpiano esaminato (*Tit. ex corp. Ulp. 2,6*).

Oltre alla condizione di *dare pecuniam*, lo stesso principio è espresso per altri tipi di condizione: per esempio

D. 28, 7, 11 *Iul. l. 29 dig.*: “*Si quis testamento hoc modo scripserit: “filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto: si non adoptaverit, exheres esto” et filio parato adoptare Titius nolit se adrogandum dare, erit filius heres quasi expleta condicione.*”

La condizione di adottare Tizio si adempirà (e l’istituito diverrà erede) quando Tizio opporrà il suo rifiuto ad essere adottato, essendo l’istituito pronto ad adottarlo.

C. 6, 25, 1 *Imp. Sev. Ant. A.A. Alexandro*: “*Cum avum maternum ea condicione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset, non prius eam heredem existere, quam condicioni paruerit aut Anthylli filio recusante matrimonium impeditum fuerit, manifestum est.*”

Questa costituzione imperiale prende in esame un’istituzione ereditaria condizionata al fatto che l’erede contragga matrimonio con una certa persona (nel caso particolare istituita è la figlia del richiedente il responso, alla condizione che sposi il figlio di Antillo); l’imperatore considera sullo stesso piano il fatto che la condizione sia adempiuta e che il nubendo designato opponga il suo rifiuto (*condicioni paruerit aut Anthilly filio recusante matrimonium impeditum fuerit*).

D. 35, 1, 14 *Pomp. l. 8 ad Sab.*: “*Titius si statuas in municipio*

posuerit, heres esto. Si paratus est ponere, sed locus a municipibus ei non datur, Sabinus Proculus heredem eum fore et in legato idem iuris esse dicunt.”

L’erede istituito deve porre delle statue in un municipio, ma la condizione è adempiuta anche se l’avveramento è stato impedito dal rifiuto degli amministratori di concedergli il luogo adatto (significativo è il conforto dell’opinione in tal senso sia di Sabino che di Proculo); lo stesso principio vale se la condizione è apposta ad un legato.

Anche la fattispecie seguente è relativa ai legati:

*D. 36, 2, 5, 5 Ulp. l. 20 ad Sab.: “Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed aut per heredem **aut per eius personam, in cuius persona iussus est parere condicioni,** dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: ut puta si iussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit. Sed et si mihi ita legatum sit, si Seiam uxorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quo minus paream condicioni, sed per alium stat, quo minus impleatur condicio.”*

Ulpiano espone prima il principio generale⁹⁰, poi lo ribadisce

⁹⁰ Abbiamo ora evidenziato graficamente il riferimento all’impedimento da parte del terzo; stessa soluzione avevamo adottato, in relazione alla prima regola (l’impedimento da parte dell’interessato), per il riferimento all’erede. cfr. *supra*, 54.

con un esempio relativo alla condizione di contrarre matrimonio: la condizione si ha per adempiuta nel caso del rifiuto del terzo, in questa ipotesi la nubenda (*nec ea velit nubere*).

L'estensione ai fedecommessi è testimoniata esplicitamente, nell'ipotesi di manomissione fedecommissaria, nel prosieguo del passo di Meciano *supra* considerato:

D. 40, 4, 55, pr. *Maec. l. 2 fideicomm.*: “ ... *ad libertatem perveniat. Quod credo responderi oportere **etsi per fideicommissum utique hereditariis servis libertas data fuerit.***”

Il primo requisito fondamentale perché si possa applicare la *fictio* in questa fattispecie è che l'inadempimento dipenda solo da un atto di volontà del terzo: le fonti esemplificano *a contrario* ponendo il caso della premorienza del destinatario dell'adempimento: se l'onerato non può adempiere perché non ha a chi rivolgere l'offerta, la condizione si deve ritenere mancata. Il seguente passo di Africano illumina queste considerazioni:

D. 35, 1, 31 *Afric. l. 2 quaest.*: “*In testamento ita era scriptum: “Stichus et Pamphila liberi sunt et si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto”*: Stichus ante apertas tabulas decessit. Respondit partem Stichi defectam esse: sed et Pamphila defectam condicionem videri ideoque partem eius apud heredem

remansuram. Sed et si uterque viveret et Stichus nollet eam uxorem ducere, cum mulier parata esset nubere, illi quidem legatum deberetur, Stichi autem portio inutilis fiebat. Nam cum uni ita legatum sit: “Titio, si Seiam uxorem duxerit, heres meus centum dato”, si quidem Seia moriatur, defectus condicione intellegitur: at si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte eius condicio defecisse intellegitur: utroque autem vivente si quidem ipse nolit uxorem ducere, quia ipsius facto condicio deficit, nihil ex legato consequitur, muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei debetur.”

Il giurista esamina la fattispecie della disposizione per testamento di un legato (a favore di due schiavi, Stico e Panfila, manomessi con lo stesso testamento) sottoposto alla condizione che i legatari contraggano matrimonio tra loro, e prospetta e risolve i diversi problemi relativi alle varie vicende possibili:

I) Stico, prima dell’apertura del testamento, muore: la condizione viene a mancare e la soluzione del problema è nel senso che deve ritenersi mancata *in toto*, cioè anche per la parte di Panfila, con la conseguenza che anche la parte del legato a lei spettante deve restare all’erede;

II) se invece (entrambi viventi: *si uterque viveret*), Stico rifiutasse di sposare Panfila, disposta a sposarlo, quest’ultima potrebbe acquistare il legato (per la sua parte), al contrario di Stico, la cui quota sarebbe rimasta all’erede, in quanto divenuta *inutilis (portio inutilis*

fiabat).

La fattispecie che ora assume maggiore interesse è la seconda, poiché dimostra che la volontà contraria del terzo, manifestata con la non collaborazione, produce l'adempimento fittizio della condizione.

Questa ipotesi è complicata dalla particolare struttura della condizione di contrarre matrimonio, il cui adempimento necessita di due volontà convergenti in un unico atto; per dare maggiore chiarezza alle nostre riflessioni, possiamo scindere la condizione in esame in due condizioni distinte e complementari, di contenuto speculare (e cioè considerare che ciascuno dei due sia onerato della condizione di sposare l'altro); in questa prospettiva, il rifiuto di Stico di sposare Panfila fa venir meno entrambe le condizioni, ma la prima (quella cui è sottoposto Stico) manca definitivamente, poiché egli stesso, che nell'ottica di questa condizione è l'onerato, l'ha fatta mancare (ed infatti egli perde la sua parte di legato); la seconda invece, cui è sottoposta Panfila, e che per essere adempiuta necessita della collaborazione, *id est* del consenso, di Stico (che nell'ottica di quest'altra condizione è terzo), viene sì a mancare, ma proprio a causa della mancata collaborazione da parte di Stico, e quindi si applica la *fictio* (e quindi Panfila ottiene la sua parte di legato: *illi quidem legatum deberetur*).

Ciò è ribadito dalla seconda parte del brano, che espone invece la fattispecie in cui il legato sia disposto unicamente a favore di Tizio, sempre alla condizione di contrarre matrimonio (con Seia); anche per quest'ipotesi possiamo distinguere due possibili vicende:

I) la prima riguarda la morte di uno dei nubendi, che fa mancare la condizione, e quindi il legato;

II) corrispondentemente alla disamina relativa alla precedente parte del brano, anche ora ci appare più significativa la seconda delle vicende, introdotta anch'essa dal dato *utroque autem vivente*, e osservabile in due distinte ipotesi: se Tizio, legatario, rifiuta di *uxorem ducere*, non ottiene il legato, perché, è da sottolineare, la condizione viene a mancare per colpa sua (*ipsius facto*); se invece è la donna a non voler sposare il legatario, egli consegue il legato (ed è quindi sottinteso che la condizione si ha per adempiuta).

Quest'ultima contrapposizione è molto interessante, poiché dimostra che il discrimine per l'operare della *fictio* consiste solamente nella carenza della necessaria collaborazione del terzo per l'adempimento, per nulla rilevando altre diverse vicende.

Il secondo requisito risiede nel comportamento di colui che deve adempiere la condizione, ed è espresso in due forme, la prima delle quali negativa: in contrapposizione alla condotta del terzo, l'onerato non deve concorrere in alcun modo nella responsabilità per l'inadempimento.

In molti passi relativi a questa regola il momento descrittivo della fattispecie è seguito da un'enunciazione che considera il comportamento dell'onerato: la condizione si ha per adempiuta "*quia non staret per eum quo minus ...*", ove l'*eum* è riferito appunto all'onerato.

Questo tipo di enunciazione si ritrova a proposito dei vari tipi di

condizione, per esempio in D. 40, 7, 3, 10: “ ... *per eum non steterit ... quo minus det*”; e si rivela *a contrario* nella motivazione data in D. 35, 1, 31 per il caso in cui la condizione manchi per colpa dell’inadempiente: “*quia ipsius facto condicio deficit*”.

La genericità di questo tipo di affermazioni ha fatto pensare che esse fossero l’espressione di un principio generale: parte della dottrina ha sostenuto che tale principio sarebbe il frutto di una generalizzazione compilatoria, che, sulla scia di una costituzione di Giustiniano (C. 6, 46, 6), avrebbe così creato, attraverso varie interpolazioni *ad hoc*, un principio finzionistico a sé stante, in aggiunta al primo, relativo all’impedimento da parte dell’interessato.

Ma la dottrina più recente ha dimostrato con argomentazioni convincenti che la regola espressa con “*per eum non stat, quo minus impleatur*” è di formulazione classica, e non è in rapporto con la suddetta costituzione di Giustiniano⁹¹; è stato poi giustamente osservato e chiarito che il principio finzionistico relativo all’adempimento della condizione è unico, e si esprime nella formula “*condicio pro impleta habetur*” (*et similia*): questa osservazione è confortata dalla comparazione dei passi più importanti relativi alle due figure di *fictio* di adempimento, per cui si può considerare che tanto il “*per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quominus impleatur*”, quanto il “*per eum non stat, quominus impleatur*” non

⁹¹ La cui importante ma diversa rilevanza esamineremo ad altro proposito: *infra*, 120.

costituiscono dei principi giuridici distinti, ma sono, nei termini esposti, soltanto due dei requisiti richiesti (in aggiunta agli altri previsti per l'una e l'altra figura), perché sia possibile l'applicazione dell'avveramento fittizio della condizione (che, ribadiamo, come principio giuridico è unico).

Questo requisito relativo al comportamento dell'onerato è poi espresso anche con l'esigenza di un atteggiamento positivo, e cioè della concreta prontezza ad eseguire il fatto dedotto in condizione.

A questo proposito, nel suesposto passo di Africano D. 35, 1, 31 sono significative le espressioni "*cum mulier parata esset nubere*", e la corrispondente "*cum ipse paratus esset*". Anche in altri passi è esplicitato tale requisito, per esempio in D. 28, 7, 11, in cui è prevista l'istituzione di erede condizionata ad un'adozione, e si specifica che il *filius* (che è l'istituito) sia *paratus adoptare*. Idem dicasi per la condizione di *statuas ponere* in D. 35, 1, 14, per cui è richiesto che l'onerato sia *paratus ponere*.

Ritroviamo quindi anche per questa seconda regola lo stesso requisito soggettivo, nelle sue diverse formulazioni, necessario per la configurazione della prima regola (cioè quella che abbiamo sintetizzato nella formula "*per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quominus impleatur*").

Proseguendo l'esame di questa prima sottofigura compresa nella categoria di adempimento fittizio dovuto alla mancata collaborazione del terzo, dobbiamo ora por mente al fondamento su cui si innestano i casi precedentemente analizzati.

2.2. IL FONDAMENTO.

Come già brevemente accennato al termine del capitolo precedente⁹², possiamo considerare che questa figura derivi dallo stesso fondamento su cui si è sviluppata la figura dell'impedimento da parte dell'interessato: come, apponendo una condizione che si dovesse adempiere verso l'erede, il testatore poteva avere presupposto che l'erede avrebbe accettato (e così poi negli altri negozi il disponente o i contraenti potevano aver presupposto che l'interessato o l'altro contraente non avrebbero impedito l'adempimento), così, apponendo la stessa condizione in modo che richiedesse la cooperazione di un terzo, poteva aver presupposto che il terzo avrebbe prestato la cooperazione richiesta.

Sul fondamento della presupposizione si riesce quindi ad abbracciare in un unico concetto le due figure esaminate in cui si esprime il principio *condicio pro impleta habetur*.

Occorre però considerare come, di fronte a questo criterio generale, è diversa la posizione che assumono le due categorie di applicazione.

Per la prima categoria, qualunque impedimento all'adempimento della condizione opposto dall'interessato al mancato

⁹² *Supra*, 96.

adempimento faceva considerare la condizione *pro impleta*, poiché si presumeva che il disponente (o i contraenti) avessero presupposto che quel soggetto si sarebbe astenuto da qualunque atto diretto all'impedimento della condizione (fatta eccezione per i casi in cui risultasse che tale impedimento fosse stato previsto come causa da cui potesse dipendere la deficienza della condizione, per es. D. 40, 7, 30⁹³).

Nei confronti dei terzi la presupposizione doveva necessariamente avere una portata diversa: il principio non si poteva riferire alla generale astensione da parte di tutti da atti impeditivi del verificarsi della condizione, ma si applicò soltanto a quei casi particolari in cui un determinato comportamento di una determinata persona fosse stato ritenuto presupposto immediato del verificarsi della condizione (che, quindi, il disponente pensava non sarebbe mancato); al di fuori di questi casi invece gli impedimenti opposti dai terzi rientrano tra le svariate cause di definitivo mancato avveramento della condizione, che non fanno parte della presupposizione del disponente.

Analogamente al procedimento logico adottato per la prima regola, possiamo anche per questa seconda trasferire queste considerazioni nell'ottica astratta della fattispecie dedotta in condizione: in questa fattispecie non rientrava il comportamento collaborativo del terzo, che era presupposto come un qualcosa di certo, oltre che di necessario; perciò la deficienza di questa

⁹³ *Supra*, 89-90.

cooperazione faceva considerare *pro impleta* la condizione.

Invece i comportamenti di generale astensione da atti impeditivi, che poc'anzi abbiamo considerato come non presupposti, da questo punto di vista possono essere intesi come rientranti nella condizione, ossia come fattori di incertezza, seppure se non espressamente previsti, e quindi tali che la loro mancanza (mancanza dall'astensione, *id est* impedimento) facesse semplicemente venir meno la condizione.

3.1. LA MORTE DEL TERZO.

Esaminiamo ora la seconda categoria di casi per i quali trova applicazione la *fictio* di adempimento relativa al deficit collaborativo del terzo: in tale categoria sono compresi i casi in cui l'inadempimento sia dovuto alla morte del terzo destinatario

dell'adempimento.

Osservando più compiutamente il passo dei *Tituli ex corpore Ulpiani* ne troviamo chiara applicazione:

Tit. ex corp. Ulp. 2, 6: “*Extraneo pecuniam dare iussus et liber esse, si paratus sit dare et is, cui iussus est dare, aut nolit accipere aut, antequam acceperit, moriatur, proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset.*”

La *fictio* si applica in due casi: il primo è quello (considerato nel capitolo precedente) in cui il terzo destinatario della dazione la rifiuta (*nolit accipere*), il secondo è il caso in cui costui, prima di ricevere il denaro muoia (*antequam acceperit moriatur*). In entrambi i casi lo schiavo *fit liber*.

Un ulteriore approfondimento si trova in Giavoleno

D. 40, 7, 39, 4 *Iav. l. 4 ex post. Lab.:* “*Si Stichus Attiae mille nummos dederit, liber esto. Attia vivo testatore decessit: non posse Stichum liberum esse Labeo Ofilius responderunt: Trebatius, si ante testamentum factum Attia decessisset, idem: si postea, eum liberum futurum.*”

La questione esposta assume un ulteriore profilo problematico: Attia, destinataria della dazione dello statulibero Stico, muore *vivo testatore*. Se per Labeone ed Ofilio la manumissione restava senza

effetti, Trebazio invece pensa che si debbano distinguere due ipotesi: se Attia fosse morta *ante testamentum factum* la manumissione sarebbe rimasta senza effetti, mentre se la sua morte fosse avvenuta dopo la confezione del testamento, lo schiavo sarebbe divenuto libero. In questo passo è dunque segnalato un limite all'applicazione della *fictio* in questa seconda figura: l'impossibilità di adempiere per la morte del terzo non deve essere anteriore alla perfezione del testamento, poiché altrimenti si avrebbe una condizione impossibile e non una condizione inadempita. La *fictio* per Trebazio sembra comunque verificarsi in caso di morte del terzo, indipendentemente dalla disponibilità o possibilità di adempiere da parte dello schiavo, rispettivamente richieste da Sabino e Giuliano in D. 40, 7, 20, 3⁹⁴.

Se logicamente la morte del terzo potrebbe rientrare nella serie di casi di mancata collaborazione intesa in senso ampio, e portare all'applicazione generalizzata della *fictio*, tale fattispecie costituisce invece una categoria a sé stante, con peculiarità ben delineate: innanzitutto occorre subito precisare che il campo di applicabilità della *fictio* è notevolmente ristretto, poiché è limitato al solo istituto della manumissione testamentaria⁹⁵, mentre nella disciplina degli altri

⁹⁴ Riportato *infra*, 114.

⁹⁵ Dal punto di vista della manumissione le grandezze risultano invertite, nel senso che per questo negozio la *fictio* ha un'estensione maggiore, potendosi applicare sia per la mancata cooperazione che per la morte del terzo.

negozi il fatto-morte del terzo non provoca l'adempimento fittizio della condizione.

Va rimarcato innanzitutto che i suesposti brani di Ulpiano (*Tit. ex corp. Ulp.* 2, 6) e di Giavoleno (D. 40, 7, 39, 4) si riferiscono alla disciplina giuridica dello *statuliber*; ed è poi da sottolineare che le fonti stesse hanno cura di evidenziare la differenza tra manumissione da un lato e altri negozi dall'altro: Giustiniano, nella sua costituzione C. 6, 27, 6 considera lo schiavo istituito erede *sub condicione*, che deve intendersi manomesso implicitamente. La questione che si pone è se, nei casi di inadempimento della condizione e sussistendone i requisiti, la finzione di adempimento sia applicabile anche a questa ipotesi. Giustiniano dà la soluzione positiva, precisando però che lo schiavo conseguirà la libertà ma non acquisterà l'eredità: la *fictio* opera cioè per la manumissione ma non per l'istituzione di erede (che in questo particolare caso fanno capo allo stesso soggetto).⁹⁶

Esaminiamo poi

D. 40, 7, 20, 3 *Paul. l. 16 ad Plaut.*: “*Is, cui servus pecuniam dare iussus est ut liber esset, decessit. Sabinus, si decem habuisset parata, servum liberum fore, quia non staret per eum, quo minus*

⁹⁶ La costituzione ha però cura di stabilire che lo schiavo diventa anche erede nel caso l'eredità sia passiva; ma è di assoluta evidenza come il fondamento di questa singolare disposizione esuli da considerazioni logico-giuridiche sulla portata della *fictio* di adempimento.

daret. Iulianus autem ait favore libertatis constituto iure hunc ad libertatem perventurum, etiamsi postea habere coeperit decem. Adeo autem constituto potius iure quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut, si eidem et legatum sit, mortuo eo cui dare iussus est ad libertatem quidem perveniet, non autem et legatum habiturus est: idque et Iulianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit. ...”

La fattispecie è chiaramente esposta nell'*incipit*: Paolo prospetta l'ipotesi della morte di colui al quale lo statulibero avrebbe dovuto dare una somma di denaro in adempimento della condizione, e riferisce che tanto per Sabino quanto per Giuliano (ma in base a presupposti diversi) lo schiavo otteneva la libertà. La seconda parte del brano è quella che ora assume maggiore interesse: Paolo spiega che se nello stesso testamento fosse stato disposto un legato (anch'esso sottoposto alla condizione di dare) a favore dello statulibero, questi avrebbe pur ottenuto la libertà (*ad libertatem quidem perveniet*) ma non il legato (*non autem et legatum habiturus est*).

Da questa netta contrapposizione si evince che la morte del destinatario della condizione costituisce evento cui consegue adempimento fittizio solo nei casi in cui la condizione sia apposta ad una manumissione testamentaria.

Per una maggiore chiarezza il giurista rafforza poi la contrapposizione esplicitando che non solo lo statulibero, ma qualsiasi

legatario non acquisterebbe il legato in caso di morte del terzo (*idque et Iulianus putat, ut in hoc ceteris legatariis similis sit*).

Anche un passo di Ermogeniano ci fornisce una testimonianza concorde:

D. 35, 1, 94 *Herm. l. 1 iur. ep.*: “*Cum ita datur libertas: “si Titio (qui non est heres) decem dederit », certa persona demonstratur ac propterea in personam eius tantum condicio impleri potest. Sane si cum cesserit dies pecuniam condicione comprehensam statuliber habuerit, iure constituto nulli dando consequitur libertatem. Diversa causa est legatarii, in cuius persona placuit condicionem deficere, si, antequam dederit legatarius pecuniam, Titius moriatur.”*

La contrapposizione è la medesima: il mancato adempimento di una condizione di dare ad un terzo a causa della morte di questi non è di ostacolo al conseguimento della libertà, mentre il contrario accade per il conseguimento di un legato (*diversa causa est legatarii*).

Tale diversità non era però ammessa dall’unanimità dei giuristi: Pomponio esprime esattamente la soluzione contraria in

D. 30, 54, 2 *Pomp. l. 8 ad Sab.*: “*Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem.”*

Il legato, in caso di morte del terzo beneficiario del fatto dedotto in condizione (in questo caso la manomissione dello schiavo) spetterà comunque all'onerato.

E' un'opinione isolata, poiché oltre ai due passi che abbiamo analizzato, risulta anche da altri testi della compilazione giustiniana che per gli atti di ultima volontà diversi dalle manumissioni il fatto della morte del terzo non determina applicazione della finzione di adempimento e quindi non si producono gli effetti degli atti stessi.

Come a breve vedremo, la prevalenza dell'opinione che restringe alle manumissioni l'applicazione della *fictio* per la morte del terzo è spiegabile osservando il fondamento di questa particolare ipotesi.

3.2. IL FONDAMENTO.

Le fonti sono esplicite nel considerare i motivi della limitazione dell'applicazione finzionistica all'istituto delle manumissioni testamentarie.

In D. 40, 7, 20, 3 è riportata l'opinione di Giuliano, per il quale “*favore libertatis constituto iure hunc ad libertatem perventurum*”; nello stesso brano tale fondamento è sottolineato con la contrapposizione insita nella fattispecie dello schiavo manomesso e

contestualmente legatario; egli ottiene la libertà, appunto *favore libertatis constituto iure*, ma non il legato.

E' così spiegato il motivo per cui la morte del terzo che ha impedito l'adempimento della condizione costituisca un caso di adempimento fittizio: è un'applicazione eccezionale dovuta al *favor libertatis*; è questo dunque il fondamento che limita la *fictio* alle manumissioni, impedendo di raggiungere soluzioni analoghe in relazione agli altri negozi.

Ed infatti non prevale l'opinione di Pomponio (espressa in D. 30, 54, 2) secondo la quale la morte del terzo produce l'applicazione della *fictio* sia per la manumissione sia per i legati; questa teoria fa cadere la distinzione tra le due categorie che abbiamo esaminato, perché anche per gli altri negozi la morte del terzo viene ad essere uno dei fatti costituenti mancata cooperazione, in relazione ai quali si applica la *fictio*. Vi è, in sostanza, per Pomponio, una sola ampia categoria, ed infatti la conclusione è coerente con questa costruzione: "*quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem*": è il requisito che abbiamo esaminato a proposito della prima categoria (relativa al rifiuto del terzo), qui giustamente richiamato da Pomponio in quanto egli considera questo caso riportabile (come tutti gli altri) ad un'unica categoria.

Il fatto che soltanto nelle libertà testamentarie, *favore libertatis*, la morte del terzo faccia competere la libertà allo *statuliber* può anche essere spiegato dal punto di vista della presupposizione, sviluppando l'antitesi tra quest'ipotesi e quella del rifiuto del terzo.

La morte rientrava, in generale, nell'innumerabile serie di casi fortuiti che potevano impedire il verificarsi della condizione, e non si poteva intravedere una presupposizione del disponente nei riguardi di essa (analogamente a quei casi che nell'analisi del fondamento della prima figura abbiamo indicato come atti impeditivi del verificarsi della condizione per i quali vi fosse una generale astensione).

In questo senso il fatto-morte del terzo non avrebbe potuto provocare l'applicazione della finzione di adempimento, cioè non ne poteva costituire il fondamento; ecco perché questa regola si fonda eccezionalmente sulle particolari esigenze che trovano espressione nel *favor libertatis*.

4. LA RILEVANZA DEL CASO FORTUITO.

Abbiamo finora esaminato quale fosse per diritto classico il campo di applicazione dell'adempimento fittizio della condizione e considerato che l'ammissibilità della *fictio* era limitata alle due ipotesi analizzate: l'impedimento del verificarsi della condizione da parte dell'interessato e la mancata collaborazione del terzo; eccezionalmente e con particolare fondamento la *fictio* era ammessa nel caso di morte del terzo destinatario dell'adempimento.

Non assumeva invece alcun rilievo (e non dava luogo all'applicazione della *fictio*) l'impedimento derivante da circostanze fortuite.

Un esempio testuale ci è fornito da Ulpiano:

D. 9, 2, 23, 2 *Ulp. l. 19 ad ed.*: “*Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione “Si Stichum manumisero” et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit condicio ...*”.

Il giurista riporta l'opinione di Giuliano a proposito di un'istituzione di erede alla condizione di manomettere uno schiavo, il quale però viene ucciso dopo la morte del testatore: questo fatto fa considerare mancata la condizione.

Abbiamo già accennato che nella costruzione logica che trova fondamento nella presupposizione i casi fortuiti che provocano l'inadempimento della condizione costituiscono fatti esterni alla presupposizione del disponente, e quindi elementi incerti della fattispecie condizionale.

E' Giustiniano ad affrontare il problema in una importante costituzione del 30 aprile 531:

C. 6, 46, 6 *Imp. Iust. A. Iohanni pp.*: “*Cum quidam testamento*

condito libertatem suo servo dereliquit sub condicione, si suo heredi certum numerum solidorum praestet vel aliam quandam speciem vel vicarium servum, ille autem servus non in eodem loco constitutus, ubi etiam heres fuerat, herili testamento cognito properabat ad heredem cum ipso, quod iussus erat dare heredi, sed in medio latronum vel hostium incursione peremptum est quod portabat: quaerebatur inter antiquos, si praepeditur libertas, quia hoc dare servus non potest propter memoratum fortuitum casum. 1. Itaque veterum dubietate quiescente nobis placuit, ut et libertas omnimodo competat et commodum, quod heredi vel extraneo relinquitur, non abstrahatur. 2. Ex quacumque igitur causa impediatur, sive per heredem sive per eum, cui dare aliquid iussus est, sive per fortuitos casus, in libertatem quidem ipse omnimodo perveniat, nisi ipse servus noluit adimplere condicionem: obnoxius tamen constituatur post libertatem heredi vel ei cui dare iussus est, nisi et ipse oblatas pecunias non suscepit (quod enim semel repudiatum est ab eo, redintegrari minime concedimus), quatenus hoc quod dare iussus est omnimodo adimplere compellatur vel in ipso mancipio, si extat, vel in aestimatione eius non amplius quam in quindecim solidos imputanda, vel in alia re, si et ipsa appareat, vel si non existat, vera eius aestimatione praestanda.”

Nel principio del testo Giustiniano descrive innanzitutto la fattispecie in forma astratta: si tratta della manumissione testamentaria di uno schiavo sottoposta alla condizione di dare all’erede, alternativamente, una somma di denaro, una cosa specifica o un altro

schiavo; venuto a conoscenza della disposizione testamentaria, lo schiavo, non trovandosi nel medesimo luogo dell'erede, si affretta a recarsi presso di lui portando con sé l'oggetto dell'adempimento: ma *in itinere* ne viene derubato.

Viene poi indicato il profilo problematico, su cui vi era tra gli antichi diversità di opinioni (*quaerebatur inter antiquos*): quali conseguenze aveva sulla libertà il mancato adempimento da parte dello schiavo dovuto al caso fortuito (*propter memoratum fortuitum casum*)?

La soluzione, esposta prima in forma di principio nel par. 1 e poi motivata nel par. 2, consta di due capi, da esaminare singolarmente: *in primis* Giustiniano decide che, lasciando da parte i dubbi degli antichi (*veterum dubietate quiescente*), lo schiavo consegua la libertà (*et libertas omnimodo competat*): si ha quindi anche in questo caso l'adempimento fittizio.

La motivazione è particolarmente interessante, poiché si spiega che lo schiavo sarà libero (*in libertatem quidem ipse omnimodo perveniat*) qualunque sia la causa dell'impedimento (*ex quacumque igitur causa impediatur*); e le cause vengono poi elencate: se conosciamo già le prime due (l'impedimento dell'interessato, in questo caso l'erede, e la non collaborazione del terzo), è la terza che ora va sottolineata, perché costituisce l'innovazione che stiamo esaminando: lo schiavo conseguirà la libertà anche quando l'impedimento sia dovuto ai *fortuiti casus*.

Questa importante disposizione conferma che per diritto

classico il caso fortuito non aveva rilievo, che invece assunse (nel senso di provocare l'adempimento fittizio della condizione) a partire da questa costituzione di Giustiniano, nell'ipotesi di manumissione testamentaria.

Finora il significato e la struttura della disposizione appaiono lineari, ma il secondo e complementare capo della soluzione è foriero di complicazioni, perché prevede, in linea di principio, che il destinatario dell'adempimento debba ricevere comunque l'oggetto della condizione (*et commodum, quod heredi vel extraneo relinquitur, non abstrahatur*). Lo schiavo, spiega poi Giustiniano, una volta acquistata la libertà resterà obbligato nei confronti dell'erede o del terzo ad eseguire la prestazione, oppure a prestare il valore della cosa o dello schiavo vicario.

Quest'ultima previsione modifica sostanzialmente il principio dell'adempimento fittizio causato dal caso fortuito: se è vero che lo schiavo acquista subito la libertà (e quindi si può dire avverata, per *fictio*, la condizione) il dover poi adempiere è in netta contraddizione, perché significa che la condizione non è stata adempiuta, né realmente né per finzione, ma è soltanto rinviato il suo adempimento. Se lo scopo, evidentemente basato sul *favor libertatis*, è fatto salvo, è però difficilmente configurabile una struttura logica coerente per questo adempimento differito.

Si può pensare che l'attenzione giustiniana per il *favor libertatis* abbia a tal punto prevalso che si potesse concedere la libertà prima dell'adempimento (restando questo necessario), in una sorta di

fattispecie a formazione progressiva, che però esclude l'adempimento fittizio (la libertà veniva concessa d'imperio e senza adempimento, che doveva sopravvenire; inoltre non si accenna alle conseguenze del mancato adempimento successivo).

Un'altra ricostruzione consentirebbe invece di mantenere questa particolare fattispecie nell'alveo dell'adempimento fittizio: bisognerebbe ipotizzare che, per l'operare della *fictio*, lo schiavo avesse la libertà, e che contestualmente sorgesse a suo carico l'onere di adempiere secondo il contenuto della clausola condizionale, sostituendo così praticamente la condizione con la previsione di un *modus*.

La logica dell'adempimento fittizio era comunque trasformata da questa previsione (sia pure limitata al campo delle manumissioni, che però assumono nella casistica un grande rilievo).

Emerge dal testo della costituzione un altro aspetto interessante: lo schiavo, è detto, avrà la libertà a meno che egli stesso rifiuti di adempiere la condizione (*nisi ipse servus noluit adimplere condicionem*).

Le regole classiche imponevano la contemporanea sussistenza di un atteggiamento positivo (*si paratus sit dare*), ove le circostanze lo richiedessero, e di uno negativo (*si per eum non stat quo minus impleatur*) da parte dello schiavo.

Il requisito richiesto da Giustiniano relativamente al comportamento dello schiavo è invece marcatamente negativo, espresso col significativo verbo *noluit*, che, richiedendo un

comportamento volontariamente negativo, si contrappone al semplice *non stat* della proposizione classica, che ha invece significato meramente astensivo.

L'adempimento fittizio (che, ribadiamo, consegue all'impedimento, al rifiuto del terzo, ai *fortuiti casus*), può quindi essere escluso dal comportamento dello schiavo.

Per diritto giustiniano, differentemente da quello classico, si avrebbe allora adempimento fittizio anche se lo schiavo non fosse *paratus dare*⁹⁷, purché non manifestasse esplicitamente il suo rifiuto di adempiere (che infatti significa praticamente rinuncia ad ottenere la libertà).

5. LA CAUTIO MUCIANA

Un'altra ipotesi in cui si considera fittiziamente avverata una condizione apposta ad un negozio giuridico è quella che prevede l'applicazione della cosiddetta *cautio Muciana*, che trae la sua

⁹⁷ Suggestiva, in senso contrario, è l'espressione verbale usata nella descrizione della fattispecie per indicare il comportamento dello schiavo, il quale *properabat ad heredem*: l'affrettarsi è certamente manifestazione di concreta disposizione all'adempimento. Ma tale aspetto non è poi ripreso nella parte più propriamente dispositiva della costituzione. A meno che il non essere *paratus dare*, ove le circostanze lo richiedessero, potesse considerarsi un *noluer* implicito da parte dello schiavo.

denominazione (risultante, come vedremo, da vari testi della compilazione giustiniana) dal giurista dell'ultima repubblica Quinto Mucio Scevola⁹⁸, al quale risale la sua introduzione, come espressamente conferma Giustiniano in

Nov. 22, 43: “ ... *si vellet accipere relictum, non aliter licebat mulieri hoc accipere, antequam cautionem exponeret, quia ad secundas non veniret nuptias. ... Quintus Mucius Scaevola hoc praesanciverat, super omnibus quippe pendentibus in causarum prohibitionibus huiusmodi adinveniens cautiones. ...*”

L'analisi di due brani del Digesto ci fornirà i primi elementi utili alla comprensione della *cautio*:

D. 35, 1. 7 Ulp. l. 18 ad Sab.: “*Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, ‘quae in non faciendo sunt conceptae’, ut puta ‘si in Capitolium non ascenderit’, ‘si Stichum non manumiserit’ et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.*”

⁹⁸ 9. Q. MUCIUS SCAEVOLA, *consul ante Chr. 95, obiit 82*; così in O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis (Indices, II. Auctorum et librorum index cronologicus)*, vol. II, 1243.

D. 35, 1, 18 *Gai. l. 18 ad ed. prov.*: “*Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili, deficiente condicione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest.*”

Già si delinea il campo di applicazione: è necessario che si cauteli prestando la *cautio* (*Is, ..., cavere debet Muciana cautione*) il destinatario di una disposizione sottoposta ad una condizione potestativa negativa; Ulpiano definisce tali condizioni “*quae in non faciundo sunt conceptae*” e porta degli esempi (“*si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiseris*”), con l’autorevole conforto di Aristone, Nerazio, Giuliano e dell’imperatore Antonino Pio; un altro passo (che esamineremo poi più compiutamente) fa riferimento alle condizioni “*quae morte legatariorum finiuntur*”⁹⁹ e spiega con questa sintetica espressione il problema concreto che la *cautio* fu chiamata a risolvere: questo tipo di condizioni, aventi per oggetto degli atti astensivi, potevano dirsi adempiute solo nel momento in cui si fosse raggiunta la certezza che l’onerato non avrebbe inadempito, compiendo l’atto opposto a quello in condizione (ossia facendo ciò che doveva *non facere*); ma ciò poteva realizzarsi solo al momento della morte dell’onerato (appunto “*quae morte legatariorum*”

⁹⁹ D. 35, 1, 73; cfr. anche D. 36, 1, 67: “*quae sine fine vitae expleri non possent*”. Avremo poi modo di approfondire la non equivalenza tra le condizioni “*quae in non faciundo sunt conceptae*” e quelle “*quae morte legatariorum finiuntur*”: *infra*, 135.

finiuntur”), poiché fino a quel momento sussisteva la possibilità che egli potesse inadempire.

Questa situazione però comprometteva assurdamente le stesse disposizioni condizionate, poiché l’onorato ne avrebbe potuto godere solo al momento della sua morte, in quanto solo allora sarebbero divenute efficaci.

Per ovviare a tale situazione fu stabilito che l’onorato ricevesse l’oggetto della disposizione condizionata (*aliquid relictum*), ma dovesse prestare una *cautio* a colui che avrebbe conseguito tale oggetto in caso di inadempimento (*ei, ad quem hoc legatum eave hereditas pertinere potest*).¹⁰⁰

Dobbiamo approfondire la natura della *cautio Muciana* ed indagarne il meccanismo operativo: la *cautio* consisteva in una promessa effettuata in forma di *satisdatio* (D. 35, 1, 67: “*legatarius satisdedit*”), cioè di *stipulatio* con l’intervento di terzi garanti; il beneficiario della disposizione sottoposta a condizione potestativa negativa prometteva di restituire all’interessato promissario ciò che acquistava in virtù della disposizione nel caso in cui avesse successivamente inadempito la condizione (cioè avesse tenuto il

100 Cfr. SCIALOJA, *Sulla cautio Muciana applicata all’eredità*, in *Studi giuridici*, vol. II, Roma 1934, 128: “L’equità e l’utilità dell’espedito trovato dall’antico giureconsulto erano evidenti; nessun altro mezzo avrebbe potuto far ottenere al legatario il godimento del lascito, rispettando in pari tempo la volontà del testatore.”

comportamento vietato dalla condizione negativa); alla disposizione condizionata era quindi riconosciuta efficacia immediata¹⁰¹, e sorgeva un diritto di obbligazione alla restituzione di quanto ottenuto, sotto la condizione opposta.¹⁰²

Questo è il punto che ai nostri fini assume un rilievo cruciale: se in seguito alla prestazione della *cautio* si producono gli effetti del negozio significa che la condizione si considera adempiuta, e dunque si concretizza chiaramente un'ipotesi di adempimento fittizio.

L' applicabilità della *cautio Muciana* è limitata alle disposizioni *mortis causa*; l'ambito originario, e poi comunque precipuo, è costituito dai legati:

D. 35, 1, 67 *Iav. l. 11 ep.*: “*Cum sub hac condicione fundus alicui legatus esset ‘si servum non manumiserit’ et, si manumiserit, legatum fundi ad Maevium translatum esset, legatarius de non liberando satisdedit et legatum accepit et postea liberavit: quaero, an aliquid Maevio detur. Respondit, si cui ita legatum erit ‘si servum non manumiserit’, satisfactione interposita accipere ab herede legatum poterit et, si postea servum manumiserit, commissa stipulatione heredi vel fundum vel quanti ea res est restituet eoque casu heres ei, cui ex sequenti condicione legatum debuerit, restituet.*”

¹⁰¹ Cfr. BURDESE, *Muciana cautio*, estratto da: “Enciclopedia del diritto”, vol. 27, Milano 1977.

¹⁰² E' evidente la struttura della condizione risolutiva.

Viene disposto un legato sotto condizione potestativa negativa (*si servum non manumiserit*), con la previsione, in caso di inadempimento, di devoluzione del legato a Mevio, beneficiario di secondo grado. Il legatario presta la *cautio* promettendo di non liberare lo schiavo, quindi ottiene il legato, ma poi non ottempera alla promessa e manomette lo schiavo. La conseguenza è che dovrà restituire il legato (il fondo o il suo valore in denaro) all'erede, che poi provvederà a trasmetterlo al secondo legatario (nei confronti del quale la disposizione non risulta essere condizionata, e quindi non c'è bisogno di *cautio*).

Analoga fattispecie, con esplicito richiamo alla *cautio Muciana*, è riportata in

D. 35, 1, 73 *Pap. l. 19 quaest.*: “*Titio fundus, si in Asiam non venerit, idem, si pervenerit, Sempronio, legatus est. Cum in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur, heres cautionem a Titio accepit et fundum ei dedit. Si postea in Asiam pervenerit, Sempronio heres, quod ex stipulatu cautionis interpositae consequi potest, utili actione praestare cogitur. ...*”

I passi seguenti precisano il contenuto della *cautio*:

D. 31, 76, 7 *Pap. l. 19 quaest.*: “*Qui Mucianam cautionem*

alicuius non faciendi causa interposuit, si postea fecerit, fructus quoque legatorum (quos principio promitti necesse est) restituere debet.”

D. 35, 1, 79, 2 *Pap. l. 1 def.*: “*Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet: hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur.*”

Nel caso che il legatario, dopo aver ottenuto il lascito, avesse fatto mancare la condizione, era obbligato a restituire tanto l’oggetto legato quanto i frutti da esso prodotti.

Nel prosieguo del secondo passo è riferita la possibilità di ricorrere alla *cautio Muciana* anche nel caso di legato di usufrutto:

D. 35, 1, 79, 3 *cit.*: “*Quamvis usus fructus, cum morietur legatarius, inutiliter legetur, tamen cautionis Mucianae remedium usu fructu quoque sub condicionem alicuius non faciendi legato locum habet.*”

Il regime della *cautio* fu esteso anche all’istituzione di erede.

Tale applicabilità è molto discussa, perché sono pochi i passi che la attestano e non sempre limpidamente classici¹⁰³.

¹⁰³ Cfr. *VOCI, Dir. ereditario romano*, vol. II, Milano 1963, 607, ove l’Autore passa in rassegna vari brani in cui vi è o appare esservi l’estensione della *cautio* all’*heredis institutio*.

L'estensione *all'heredis institutio* si ritrova in forma generale in D. 35, 1, 7, pr. (“*Nec solum in legatis placuit, verum **in hereditatibus quoque idem remedium admissum est***”) e in D. 35, 1, 18 (“*hoc legatum **eave hereditas pertinere potest***”).

Un solo passo (è il prosieguito del primo dei due appena citati) attesta la *cautio Muciana* in un caso concreto di istituzione di erede:

D. 35, 1, 7, 1 Ulp. l. 18 ad Sab.: “*Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: ‘si dotem, quam ei promisi, neque petierit neque exegerit’, denuntiare eum posse coheredi paratum se accepto facere dotem vel cavere et ita adire posse hereditatem.*”

Una moglie istituisce erede il marito, a condizione che egli non chieda né esiga la dote, da lei promessa e non versata. Il marito, per poter adire l'eredità, deve o prestare l'*acceptilatio* nei confronti dei coeredi (che sono divenuti suoi debitori), o prestare loro una *cautio*: l'una o l'altra, secondo che (questa è la differenza logica tra le due ipotesi) i coeredi abbiano già accettato o meno l'eredità. La *cautio* richiesta non può essere che la *cautio Muciana*, dato il rapporto di questo brano col *principium* del medesimo passo.

Le difficoltà inerenti tale estensione riguardano due problemi: il diritto classico ammetteva per l'istituto sotto condizione la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas*: pur essendo questo un istituto pretorio, la concorrente possibilità di concedere la

cautio rappresentava praticamente una duplicazione di rimedi¹⁰⁴; inoltre era difficile individuare il destinatario della *cautio*, data la pluralità dei possibili controinteressati (il coerede, il sostituto, il successore *ab intestato*).

La scarsità di testimonianze è forse indicativa del fatto che tra i giuristi classici l'applicabilità della *cautio* all'*heredis institutio* fosse discussa e da taluni ammessa.¹⁰⁵

Nel diritto giustiniano invece tale applicabilità era consolidata, come lo stesso Giustiniano attesta nella Novella 22, 44: dopo aver disciplinato minuziosamente la prestazione della *cautio* per la condizione di non contrarre nuovo matrimonio in relazione ai vari possibili oggetti della disposizione, conclude con un'affermazione generale comprensiva dei casi esposti:

Nov. 22, 44, 9: “*Praefatae autem a nobis observationes dentur, si institutionis sit pars aut legatum, heredibus aut substitutis aut illis quibus haec relicta sunt ; si quidem mortis causa donatio, **omni modo heredibus. ...***”

¹⁰⁴ Gaio, che pure afferma che “*praetor heredes facere non potest*”, aggiunge poi che, per le analogie tra *hereditas* e *bonorum possessio* i *bonorum possessores* sono da considerare *loco heredum*. Cfr. GAI. 3,32.

¹⁰⁵ Cfr. COSENTINI, *Sull'origine dell'estensione della “cautio Muciana” all'eredità*, in *Miscellanea romanistica*, Catania 1956, 79 ss., che attribuisce ai postclassici l'estensione della *cautio* all'eredità.

La *cautio Muciana* non trovava invece applicazione alle manumissioni testamentarie; è in particolare Giuliano a spiegare la questione, come riportano Pomponio e Paolo nei due passi seguenti:

D. 40, 4, 61 pr. *Pomp. l. 11 ep.*: “*Scio quosdam efficere volentes ne servi sui umquam ad libertatem perveniant. Hactenus scribere solitos: ‘Stichus cum moreretur, liber esto’. Sed et Iulianus ait libertatem, quae in ultimum vitae tempus conferatur, nullius momenti esse, cum testator impediendae magis quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intellegitur. Et ideo etiam si ita sit scriptum: ‘Stichus si in Capitolium non ascenderit, liber esto’, nullius momenti hoc esse, si apparet in ultimum vitae tempus conferri libertatem testatorem voluisse, nec Mucianae cautionis locum esse.*”

Abbiamo riportato tutto il brano per sottolineare come evidentemente erano frequenti le disposizioni testamentarie tendenti, al di là dell'apparenza, a negare la libertà agli schiavi (esemplare è “*Stichus cum moreretur, liber esto*”). Ma siffatte disposizioni erano da considerare nulle (*nullius momenti hoc esse*), poiché era chiara la volontà di negare più che di concedere la libertà; e ciò vale anche per le condizioni potestative negative, ove appunto fosse evidente la volontà del testatore di concedere la libertà “*in ultimum vitae tempus*”, e quindi in sostanza di negarla. In questo contesto la *cautio Muciana* non aveva senso (“*nec Mucianae cautionis locum esse*”).

D. 40, 7, 4, 1 Paul. l. 5 ad Sab.: “*Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is qui manumissus est vivere non possit: aut si tam difficilem, immo paene impossibilem condicionem adiecerit, ut aliunde ea libertas optingere non possit, veluti si heredi milies dedisset aut cum moreretur, liberum esse iussisset: sic enim libertas inutiliter datur, et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est.*”

Questo passo spiega con maggior approfondimento la logica delle disposizioni che concedono la libertà: se la libertà è sottoposta a condizioni logicamente (*cum moreretur*) o praticamente (*si heredi milies dedisset*) impossibili da adempiere (poiché inadempibili prima del momento della morte dell’onerato), lo spirito della disposizione è negativo (*nec animus dandae libertatis est*), e la libertà *inutiliter datur*.

Poniamo ora attenzione all’ipotesi della condizione “*si Stichum non manumiserit*”, riportata ad esempio in D. 35, 1, 7, pr.. Anche se è prevalente la considerazione del *non facere* dell’onerato, tale condizione può avverarsi anche a causa di fatti esterni indipendenti dalla volontà dello stesso, senza bisogno quindi che si debba attendere la sua morte; segnatamente in quest’ipotesi l’avveramento può essere causato dalla morte del servo.

Queste condizioni “*in non faciendo conceptae*” possono anche

essere contestualmente delle condizioni “*quae nisi fine vitae expleri non possunt*”, ma rispondono ad un criterio più ampio, poiché si possono avverare anche durante la vita dell’onerato¹⁰⁶. E’ opportuno precisare che, seguendo la terminologia di C. 6, 51, 1, 7 solo le condizioni “*quae nisi fine vitae expleri non possunt*” sono definibili potestative (negative), mentre le condizioni “*in non faciendo conceptae*” poiché appunto possono avverarsi a causa di altri fatti, devono essere a rigore ricomprese nella categoria delle condizioni miste.

Riguardo ad alcune di queste condizioni miste la *cautio Muciana* fu negata, mentre per altre ne fu prevista l’applicabilità.

La condizione “*si Titio non nupserit*” poteva avverarsi non solo al momento della morte dell’onerato, ma anche per la morte di Tizio; a questa condizione non fu estesa la possibilità di prestare la *cautio Muciana*:

D. 35, 1, 106 *Iul. l. 25 dig.*: “*Hoc genus legati ‘si Titio non nupserit’ perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest.*”

Analoga è la condizione “*si a liberis non discesserit*” apposta ad un legato in favore di una madre: la condizione può avverarsi anche a causa della morte dei figli, e dovrebbe quindi sottostare alla stessa

¹⁰⁶ Cfr. MASI, *In tema di “cautio Muciana”*, in *IURA* 1962, XIII, 162.

disciplina della precedente.

Ma leggiamo invece

D. 35, 1, 72, pr.-1 *Pap. l. 18 quaest.*: «*Cum tale legatum esset relictum Titiae ‘si a liberis non discesserit’, negaverunt eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati condicio possit existere. Sed displicuit sententia: non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendae cautionis interpretatio debuit. 1. Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis eius non discessisset, permisit imperator velut Mucianam cautionem offerri: fuit enim periculosum ac triste libertum coniunctum patroni liberis eorundem mortem exspectare.*»

Questo passo prima ci informa che la *cautio* per questo tipo di condizione era stata giustamente negata (*negaverunt eam recte cavere*); ma Papiniano respinge questa soluzione (*displicuit sententia*), sostenendo che questa interpretazione sia addirittura malaugurante (*tam ominosa*). E subito ne spiega il motivo, riportando a sostegno della sua opinione un altro esempio di legato sottoposto alla stessa condizione, per il quale l'imperatore aveva permesso la prestazione della *cautio Muciana*. E' significativa e molto concreta la spiegazione

dei motivi di opportunità sottesi a questa concessione: “*fuit enim periculosum ac triste libertum coniunctum patroni liberis eorundem mortem exspectare*”. La situazione del liberto che, per ottenere il legato, doveva attendere che i figli morissero, era da un lato triste (quasi che egli dovesse sperare in tale evento per ricevere il lascito), e dall’altro era addirittura pericolosa (dobbiamo immaginare che la prospettiva dell’arricchimento avrebbe potuto portare il liberto ad affrettare la morte dei figli).

Il medesimo fondamento doveva avere la possibilità di prestare la *cautio* per la condizione di non manomettere uno schiavo:

D. 28, 7, 4, 1 *Ulp. l. 8 ad Sab.*: “*Idem Iulianus scribit eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere condicionem*”;

ove si fosse negata la *cautio* in considerazione del fatto che la condizione poteva avverarsi a causa della morte dello schiavo, la vita di questi sarebbe stata in pericolo, perché il beneficiario poteva essere tentato di abbreviare i tempi di questo avveramento.

CAPITOLO QUARTO

L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO COMUNE

Procediamo ora nell'*excursus* storico relativo all'avveramento fittizio della condizione: tale principio, che, come vedremo, si ritrova in vari ordinamenti moderni sia europei che extraeuropei, ci perviene attraverso le importanti testimonianze dell'elaborazione delle fonti romane operata dagli interpreti del diritto comune intermedio.

L'analisi di alcune glosse accursiane relative ai passi più significativi che attestano il principio in esame è indicativa dei risultati cui mira il metodo dei Glossatori: le glosse tendono a fare la massima chiarezza su punti oscuri, espongono i dubbi interpretativi ricercandone delle soluzioni inequivoche, nella tendenza all'omologazione e al superamento del *ius controversum*. L'esame di alcune glosse confermerà queste considerazioni: la glossa *Quidam habent* all'importante passo D. 35, 1, 24 pone un'importante distinzione interpretativa sulla base della ricostruzione del testo

comprensiva o meno del “non” (*impleri/non impleri*)¹⁰⁷, che portava a risultati completamente differenti; la glossa *Putas si stipulatus* al medesimo passo porta un esempio relativo ad una fattispecie di *stipulatio* condizionata, alla quale l’ultima parte del passo estendeva il principio:

Gl. ad D. 35, 1, 24: “...Putas si stipulatus sim decem a te dari si Capitolium ascendero, et tu promissor impedis me ascendere: pro impleta habetur conditio.”

In relazione a D. 36, 2, 5, 5 è significativa la glossa ‘*Item*’ apposta alla spiegazione “*quod per me non stat, quo minus paream condicioni, sed per alium stat, quo minus impleatur conditio*”: Accursio aggiunge che invece non ha rilevanza il caso fortuito (“*secus si per casum fortuitum*”), evidentemente considerando che la disposizione di Giustiniano in merito non era stata recepita.

Nel periodo che segna la transizione tra il metodo dei glossatori e la scuola del commento è il diritto canonico ad offrire un importante spunto di riflessione, con una decretale del *Liber sextus* di Bonifacio VIII, ricompreso nel *Corpus iuris canonici*:

C. 66 de reg. iur., Sexti decretalium lib. V tit. XII: “*Quum non stat per eum, ad quem pertinet, quo minus conditio impleatur: haberi debet perinde, ac si impleta fuisset.*”

¹⁰⁷ *Supra*, 65 ed ivi nt. 65.

E' un'affermazione di principio che considera l'adempimento fittizio della condizione nella massima estensione; la conseguenza "*haberi debet perinde, ac si impleta fuisset*" è dovuta al comportamento espresso in forma negativa "*per eum non stat*".

Riflettendo su questa disposizione nell'ottica dell'analisi che abbiamo svolto, notiamo che la decretale pontificia riporta quello che per il diritto romano era uno dei requisiti necessari alla configurazione del principio; in questo modo, considerando che l'avveramento fittizio operi per qualsiasi causa intervenuta, anche indipendente dalla volontà del soggetto interessato, nel mancato adempimento, tale disposizione perviene alla massima generalizzazione, lasciando àdito alla più ampia interpretazione; ma tale tensione alla generalità è rimasta pressoché isolata¹⁰⁸.

La scuola dei Commentatori conserva il sistema tramandato dalle fonti, analizzando le regole con un metodo che privilegia la classificazione, la distinzione l'evidenziamento di analogie e antitesi, con un carattere marcatamente rivolto a finalità pratiche¹⁰⁹.

108 Cfr. GROSSO, *La finzione di adempimento nella condizione*, cit., 51.

109 "Baldo soleva ripetere: '*Leges in scholis deglutiuntur, sed in palatio digeruntur; quia practica est scientia digestiva, et ubi theoreticus desinit, practicus incipit*'. Così TAMASSIA, *Baldo studiato nelle sue opere*, in *L'opera di Baldo (per cura dell'Università di Perugia nel V centenario della morte del grande*

Prendiamo ad esempio il commento di Bartolo a D. 35, 1, 24:

“Iure civili si per gravatum impeditur implementum conditionis pro impleta habetur tam in ultimis voluntatibus quam contractibus. Ibi non impediatur per gravatum sed alias conditio non implebatur.”

L’Autore riprende il principio enunciato nelle fonti dell’impedimento da parte dell’onerato e specifica con estrema chiarezza che il campo di applicazione comprende sia gli atti *mortis causa* che i contratti. Bartolo ha poi cura di sottolineare che il principio è limitato all’ipòtesi summenzionata, e che cause diverse non provocavano l’adempimento della condizione.

Un altro esempio in cui emergono gli scopi pratici, spinti fino alla parcellizzazione delle fattispecie, è la posizione di una *quaestio* relativa all’atteggiamento soggettivo richiesto all’onerato, nel commento a D. 28, 7, 3:

“...et quaero primo, utru sufficiat oblatio sola, vel requiratur depositio et consignatio, ad hoc, ut adeo habetur pro impleta. Glossa dicit, si quidem sit praesenti, tunc sufficit sola oblatio.”

giureconsulto), Perugia 1901, 17.

Significativa è anche il contenuto degli scritti in merito di Cuiacio: nel commento a D. 50, 17, 161¹¹⁰ egli esplicita le regole generali sull'adempimento fittizio:

“Certum est conditionem pro impleta haberi si per debitorem fiat quo minus conditio existat. Si per eum in cuius persona conditio impleri debet, videtur impleta conditio; et ita hanc legem accipio. Si per extraneum fiat quo minus impleatur, non videtur impleta.”

Ritroviamo in questo brano la previsione dell'adempimento fittizio nei casi di impedimento da parte dell'interessato e di mancata collaborazione del terzo che deve ricevere la prestazione condizionale; interessante è poi la riaffermazione dell'irrilevanza degli atti compiuti da estranei.

In generale quindi l'elaborazione del diritto comune, pur con molte discussioni tese a ricomporre le contraddizioni e la varietà di soluzioni interpretative, mantiene il sistema di regole previsto nelle fonti e ne sottolinea il fondamento equitativo.

¹¹⁰ Cfr. CUIACIO, *Opera*, VIII, 733 (*in tit. XXVI de diversis regulis antiquis*).

CAPITOLO QUINTO

LA RECEZIONE DELL'ADEMPIMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO CODIFICATO

1. INTRODUZIONE.

Le moderne legislazioni hanno variamente recepito le regole romanistiche, come risulterà dalla seguente analisi delle disposizioni in merito previste dalle principali codificazioni: se nessuna ha accolto il principio generale del *Corpus iuris canonici*, quasi tutte hanno affermato il principio circa l'effetto dell'impedimento da parte di colui che ha interesse al mancato avveramento.

Seguendo un criterio basato sulla diversa impostazione dottrinale, esamineremo innanzitutto come è recepito l'adempimento fittizio della condizione nei Codici civili di area germanica e nel Codice civile francese; passeremo poi all'esame dei codici su di essi modellati: dopo un'analisi più accurata sul diritto vigente nel nostro ordinamento giuridico, concluderemo con una breve rassegna delle disposizioni dei codici vigenti in altri ordinamenti, europei ed extraeuropei.

2. IL DIRITTO PRUSSIANO (ALR)

Il diritto territoriale prussiano (Allgemeines Landrecht, ALR) del 1794 disciplina l'adempimento fittizio della condizione recependo solamente la prima regola (escludendo perciò l'ammissibilità della finzione per i casi di rifiuto del terzo o di caso fortuito), e vi apporta un'importante addizione: la legge, dopo aver previsto che la condizione si abbia per avverata nel caso dell'impedimento da parte di colui a danno del quale si doveva verificare, prevede anche che la condizione si abbia per non avverata nel caso della determinazione dell'adempimento da parte di chi ne è avvantaggiato: quest'ultima disposizione (che, come vedremo, è recepita da molte legislazioni nel diritto vigente) costituisce la trasposizione al negativo della prima regola, e bisognerebbe definirla come "inadempimento fittizio" o "finzione di inadempimento".

Viene presa in considerazione la condotta del soggetto avvantaggiato dall'adempimento della condizione, è prevista la sanzione dell'avveramento fittizio, ed il fondamento è lo stesso: anche questa previsione si basa su una presupposizione, e precisamente sulla presupposizione del soggetto svantaggiato dall'adempimento che la controparte si astenga da atti influenti (positivamente, in questo caso) sull'adempimento della condizione; venendo meno la presupposizione, viene meno la conseguenza del comportamento ad

essa contrario.

3. IL CODICE CIVILE TEDESCO (BGB)

Le suesaminate disposizioni dell'ALR sono poi trasfuse nel codice civile tedesco del 1900 (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), che detta regole analoghe nel § 162: è previsto l'adempimento fittizio per il caso di impedimento da parte dello svantaggiato, e, nel capoverso, l'inadempimento fittizio per il caso contrario. Vengono infatti dettate esplicitamente due regole simmetriche, per cui al § 162 del BGB si legge che “la condizione si considera avverata, se l'avveramento è stato impedito, contrariamente a buona fede, dalla parte alla quale esso avrebbe nociuto” e, di seguito, che “la condizione si considera non avverata, se l'avveramento è stato procurato, contrariamente a buona fede, dalla parte alla quale esso giova”.

Questa regola, che si può definire come “inadempimento fittizio” è presente anche in altre moderne legislazioni, e pone il problema dell'accoglimento o meno di essa (in via interpretativa) negli ordinamenti, come quello italiano, che non la prevedono.¹¹¹

¹¹¹ GROSSO, a questo proposito mettendo in relazione il § 162 del BGB con l'art. 1169 del codice civile italiano (su cui *infra*), si augurava che “*de iure condendo*, per una maggiore armonia di sistema e per evitare equivoci, sarebbe desiderabile che il caso suaccennato fosse contemplato espressamente accanto a quello di impedimento del debitore”. Così in *La finzione di adempimento nella condizione*, cit., 54, nota 3.

Molto importante è l'espressione, in entrambe le regole, “*wider Treu und Glauben*”, che introduce il criterio della buona fede nella valutazione della condotta del soggetto che ha impedito o provocato l'adempimento: non è quindi necessario che tale condotta sia configurabile come dolosa o colposa, ma è sufficiente un comportamento contrario al principio di buona fede¹¹², anche se la giurisprudenza tedesca considera indispensabile che l'interessato abbia agito “per un motivo moralmente non apprezzabile”¹¹³. Il fatto di qualificare direttamente contrario alla buona fede il comportamento di chi impedisce (o, nel caso inverso, determina) il verificarsi della condizione costituisce il riconoscimento dell'obbligo di astenersi da tali atti, dandovi poi sanzione.

Il BGB contiene anche una norma (§ 2076) che riconosce efficacia di adempimento, per le disposizioni di ultima volontà, al rifiuto della necessaria collaborazione da parte di un terzo, quando la condizione è apposta nell'interesse di quest'ultimo; anche questa disposizione (che costituisce un *unicum* nelle moderne legislazioni) si

¹¹² E' evidente la matrice pandettistica di tale previsione normativa: si riteneva che l'attività rivolta ad interferire sull'avveramento o sul mancato avveramento della condizione fosse contraria a buona fede quando si esplicasse in opposizione allo “scopo”, allo “spirito” del negozio; cfr. FADDA E BENZA, *Note alle Pandette di Windscheid*, cit., IV, 486.

¹¹³ Cfr. RESCIGNO, , voce ‘*Condizione (dir. vig.)*’, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII.

fonda su una presupposizione, ed il fatto che la condizione abbia per scopo il vantaggio di un terzo è un sicuro indizio che il testatore aveva presupposto che il terzo non avrebbe rifiutato; e tale presupposizione nei confronti del comportamento del terzo ha un riconoscimento diretto. Si è sostenuto che, scorgendo la sostanziale identità dell'effetto della norma di cui al § 162 e di quella di cui al § 2076, anche che la previsione dell'impedimento o della determinazione *wider Treu und Glauben* non implichi una valutazione giuridica del comportamento delle parti, ma solo la constatazione della contrarietà al presupposto, valutato secondo le regole della buona fede, intesa in senso obiettivo.

4. IL CODICE NAPOLEONE

La normativa del codice civile francese sulla condizione è particolarmente analitica e definitoria; oltre alla definizione di condizione, si ritrova la definizione di condizione casuale, potestativa e mista. Vi sono poi disposizioni molto analitiche che costituiscono specificazioni, in materia di condizione, dei principi generali sulle obbligazioni e sui contratti; in tema di avveramento fittizio viene dettata la regola, tradizionale, relativa all'impedimento di chi ha contrario interesse, con la formulazione semplice dell'art. 1178:

“La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur,

obligé sous cette condition, qui en empêche l'accomplissement.”

L'evento dedotto in condizione non si è avverato, tuttavia l'ordinamento giuridico, per le particolari circostanze del mancato avveramento, lo considera avverato; il mancato avveramento dell'evento condizionante deve ascriversi al comportamento del debitore, controinteressato rispetto all'avveramento.

L'avveramento fittizio non è connesso con un obbligo di correttezza o di buona fede; la finzione rappresenta la sanzione di un particolare aspetto del generale obbligo, imposto al debitore, di adempiere l'obbligazione.

Tale articolo serba l'eco della dottrina domatiana¹¹⁴, mentre non è stata inserita nel codice la singolare elaborazione dottrinale del Pothier che, considerando l'impedimento all'avveramento della condizione di dare ad un terzo dovuto alla morte di quest'ultimo, ne ammetteva l'effetto finzionistico ove la condizione fosse apposta agli atti di ultima volontà, in base ad un'interpretazione più estesa che per gli atti tra vivi.¹¹⁵

¹¹⁴ Cfr. DOMAT, *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine* (trad. it.), tomo II, 77, Pavia 1825: “Se l'avvenimento o l'adempimento di una condizione è impedito da quello de'contraenti il quale ha interesse che essa non avvenga, sia che dipenda dal suo fatto, o no, la condizione a suo riguardo si avrà per adempita; ed egli sarà obbligato a ciò che ei doveva fare, o dare, o soffrire nel caso dell'avvenimento o adempimento della condizione.”

¹¹⁵ Cfr. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), tomo I, 220, Venezia 1833: “I contratti non devono intendersi se non *quantum sonant*”.

5. IL DIRITTO ITALIANO

5.1. I PRECEDENTI: IN PARTICOLARE, L'ART. 1169 DEL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

Ancor prima dell'unificazione, si ebbe in Italia un segno tangibile della consapevolezza dell'esistenza di un diritto comune¹¹⁶ con la pubblicazione in unico compendio dei vari codici e delle leggi civili preunitarie¹¹⁷ (Codice sardo, Ticinese, Parmense, Napoletano, Estense, e le varie ordinanze vigenti negli Stati di Modena, della Toscana, e della Chiesa): la loro sostanziale equivalenza era addirittura sottolineata dagli studi privatistici di allora, che poterono facilmente sfociare nella compilazione del codice unitario del 1865¹¹⁸.

¹¹⁶ Sotto la chiara influenza dell'enorme prestigio della Pandettistica.

¹¹⁷ *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia*, Torino, 1845.

¹¹⁸ Traiamo tutte queste interessanti informazioni da IMPALLOMENI, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato (prolusione tenuta a Mogadiscio il 3 settembre 1970 nell'Aula Magna dell'Università Nazionale della Somalia, in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 1970-71)*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, XVII, 373.

Il codice civile del Regno d'Italia è in massima parte derivato da quello francese (non senza nel contempo tracce di un'influenza del codice Austriaco); vi si ritrovano due disposizioni che interessano il nostro tema d'indagine, che concretizzano la tutela giuridica della situazione di attesa circa le sorti del negozio.

L'art. 1169 prevede l'adempimento fittizio della condizione, contenendo una dichiarazione esplicita riguardo all'impedimento opposto da colui che ha contrario interesse, che costituisce praticamente la traduzione letterale dell'art. 1178 del codice Napoleone:

“La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento.” (immediato predecessore di tale disposizione era l'art. 1269 del Codice Albertino, per cui “La condizione si riguarda come adempiuta quando il debitore obbligato sotto condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento”¹¹⁹;

Il significato di tale norma sta nella possibilità dell'alterazione della situazione di pendenza, quando una delle parti modifichi arbitrariamente la naturale incertezza dell'evento impedendone l'avveramento; si pregiudica così l'interesse della controparte, poiché non si può più determinare l'incidenza degli interessi esterni, posti

¹¹⁹ Un testo pressoché identico avevano l'art. 1131 del Codice per il Regno delle Due Sicilie, l'art. 1156 del Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla e l'art. 1230 del Codice Estense.

dalla condizione. L'art. 1169 dispone implicitamente l'obbligo per i contraenti di non impedire il verificarsi della condizione, e stabilisce, a titolo di sanzione per l'inadempimento di tale obbligo, che la condizione si abbia per adempiuta. Tale principio è dettato solo per l'ipotesi in cui l'impedimento sia imputabile al debitore condizionale, ma la dottrina sosteneva che potesse essere esteso anche a favore del debitore stesso, ricorrendone i presupposti. Poiché si riteneva che tale norma esplicitasse una fissazione legale di risarcimento del danno in forma specifica, per cui l'art. 1169 avrebbe stabilito la sanzione contro un atto illecito (contrattuale), costituito dalla violazione di un obbligo sorgente dal negozio. Partendo dalla natura sanzionatoria dell'avveramento fittizio, si riteneva indispensabile che chi impediva l'adempimento fosse in dolo o in colpa o che non esercitasse legittimamente un proprio diritto; era perciò evidente che il debitore non era considerato in quanto soggetto obbligato, ma come soggetto che abusa del proprio diritto con dolo o colpa, a danno altrui.

La finzione di adempimento, disposta dall'art. 1169 serve quindi a far rispettare l'intento manifestato dalle parti del negozio, garantendo che possa trovare attuazione il regolamento di interessi da loro disposto; si fornisce tutela alla situazione di pendenza contro ogni comportamento dei soggetti teso ad alterare le probabilità favorevoli del sorgere dell'effetto.

5.2 IL CODICE CIVILE DEL 1942: IN PARTICOLARE,

L'ART. 1359.

L'art. 1169 è inserito nel titolo relativo alle obbligazioni, mentre è diversa la collocazione della stessa norma nel successivo codice civile del 1942: è mantenuta la stessa regola dell'avveramento fittizio, ma è trasferita all'interno del libro IV, nel titolo II relativo ai contratti¹²⁰. Ciò comporta che non è più sufficiente il riferimento al debitore, poiché entrambe le parti del contratto condizionato possono essere debentrici l'una dell'altra: occorre verificare quale delle due avesse interesse al mancato avveramento della condizione; perciò all'art. 1359 si fa riferimento al soggetto controinteressato rispetto all'avveramento della condizione, invece che al debitore.

Il Codice civile delinea la figura della condizione nell'ambito del contratto in generale, dettando una precisa disciplina, sia per quanto riguarda i requisiti di esistenza e validità (artt. 1353-1355 Cod. civ.), sia per quanto riguarda i comportamenti da tenere nel periodo di pendenza (artt. 1356-1358) sia in ordine agli effetti dell'avveramento o meno dell'evento dedotto in condizione (artt. 1359-1361).

Il nostro interesse deve concentrarsi sul regime giuridico determinato dall'apposizione di una condizione, che intercorre tra il momento di perfezione del contratto e la verifica dell'avveramento dell'evento condizionante.

¹²⁰ Bisogna tener presente anche la previsione generale dell'art. 1324, che estende le norme che regolano i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

Durante la pendenza della condizione occorre salvaguardare le reciproche posizioni delle parti contrattuali; in tale ottica gli artt. 1356 e 1357 tutelano l'aspettativa alla realizzazione dell'evento condizionale attraverso la previsione della possibilità di misure di carattere conservativo a favore dell'interessato all'avveramento della condizione.

L'art. 1358 obbliga colui che ha alienato un diritto sotto condizione di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza, per conservare integre le ragioni dell'altra parte¹²¹, con la conseguente previsione del risarcimento del danno quando il contraente non operi correttamente o compia atti finalizzati ad incidere sulla possibile realizzazione dell'evento.

Prima della realizzazione dell'evento condizionale, ciascun contraente è dunque titolare di una posizione attiva in virtù della quale può esigere un comportamento di correttezza ed è allo stesso tempo obbligato a porre in essere i mezzi conservativi dell'aspettativa dell'altro contraente.

Destinatario dell'obbligo di buona fede è sia il soggetto che si è obbligato sotto condizione risolutiva sia chi si è obbligato sotto condizione sospensiva; inoltre, come già detto, l'obbligo è imposto non solo al debitore, ma ad entrambi i contraenti.

In seguito al perfezionamento del contratto condizionale, sorge un vincolo giuridico tra le parti che ne limita la condotta ed in base al

¹²¹ Cfr. ALCARO, *La condizione*, cit., 37; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano 1975.

quale ogni parte diviene titolare di una posizione per cui deve tenere e può pretendere un comportamento conforme all'impegno preso, per lasciare che il negozio si svolga correttamente così come è stato previsto, affinché siano attuabili gli effetti finali.

Una forma di tutela specifica è configurata dall'art. 1359, che prevede che la condizione debba considerarsi avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento. Il profilo applicativo di tale norma presuppone quindi la sussistenza di due elementi: la possibilità di influenzare la realizzazione dell'evento condizionante e l'interesse al mancato avveramento¹²².

122 Cfr. FAVARÒ, *L'art. 1359 c.c. e la finzione di avveramento della condizione*, in *Foro Padano*, 1980, 153 ss.; sul concetto di interesse contrario all'avveramento cfr. ALCARO, *La condizione*, cit., 186, che critica la teoria per cui l'art. 1359 troverebbe applicazione solo laddove vi fosse contrapposizione tra una parte avente interesse all'avveramento ed una contraria, sostenendo invece la regolare bilateralità della condizione. Anche la giurisprudenza in tal senso è contrastante, cfr. Cass. 9 agosto 1996, n. 7377, per cui "quando l'efficacia o la risoluzione di un contratto sia subordinata ad un evento futuro ed incerto, il comportamento di una parte che avendone interesse abbia impedito l'evento assume rilievo ai sensi dell'art. 1359 solo se la condizione è apposta nell'interesse dell'altra parte, in quanto nell'ipotesi di condizione bilaterale entrambi i contraenti hanno necessariamente interesse a che la condizione pattuita a favore di ciascuno dsi avveri. In quest'ultimo caso non trova applicazione l'art. 1359 che considera equivalente all'avverarsi della condizione il suo non verificarsi in dipendenza del comportamento positivo del contraente titolare di un interesse contrario". In senso opposto, Cass., 22 aprile 2003, n. 6423, per cui " si può ritenere apposta la

La moderna ricostruzione del fondamento della norma in esame si fonda sullo stretto collegamento dell'art. 1359 con l'art. 1358. Occorre approfondire allora il significato del principio espresso da quest'ultima norma, poiché la dottrina si è posta la questione se l'art. 1358 attenga al generale dovere di correttezza delle parti di un rapporto obbligatorio (art. 1175), oppure al generale dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375).

La dottrina, pur sottolineando la giuridicità dei principi espressi in tali norme, si è divisa tra chi identifica i due concetti (al massimo considerando la correttezza una specificazione della buona fede) e chi ne afferma la non coincidenza, ma il diverso ambito applicativo: si è detto, ad esempio, che la correttezza è espressione generale del principio di solidarietà, che si connota nella definizione del contenuto del contratto, mentre la buona fede sarebbe una norma di comportamento delle parti in fase di esecuzione del contratto; altri hanno sottolineato come il criterio distintivo tra i due concetti attenga essenzialmente al tipo di interessi per il soddisfacimento dei quali operano correttezza e buona fede: la prima comporta la necessità di condizione nell'interesse di una sola delle parti soltanto qualora vi sia un'espressa clausola contrattuale in tal senso ovvero allorché sia indubitabile al momento della conclusione del contratto una serie di elementi che inducono a ritenere che una parte non abbia alcun interesse alla condizione; in mancanza di tali presupposti, la condizione deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambi i contraenti con possibilità di applicazione dell'art. 1359 qualora il mancato avveramento della condizione sia stato causato da una delle parti pur avendo questa inizialmente interesse all'avveramento di essa.”

astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altrui sfera giuridica e dà luogo normalmente a doveri di contenuto negativo, mentre la seconda consiste anche nella fattiva cooperazione nell'interesse altrui e dà luogo ad obblighi di contenuto positivo. La correttezza, quindi, è imposta con lo scopo meramente negativo di salvaguardare la sfera giuridica di un soggetto dai danni eventuali derivanti dalla relazione costituitasi con l'altro soggetto negoziale. La buona fede, invece, ha un contenuto positivo, poiché determina il soddisfacimento degli interessi implicati nel rapporto obbligatorio, sia per il buon fine dell'accordo concluso, sia come impegno nell'adempimento delle altrui aspettative.

La giurisprudenza ha spesso adoperato indifferentemente le espressioni "correttezza" e "buona fede", ritenendo i relativi concetti esattamente coincidenti; in altri casi vi ha attribuito un significato autonomo, ma tendendo a confonderli.

La natura ed il significato del dovere espresso dall'art. 1358 vanno chiariti alla luce della distinzione concettuale tra correttezza e buona fede.

Il comportamento imposto dall'art. 1358 è inteso in senso negativo, come obbligo di astensione da comportamenti lesivi dell'interesse altrui, e comporta l'assunzione di una condotta tale da non compromettere l'esatta esecuzione della prestazione e da conservare integre le ragioni dell'altra parte, imponendo alla parte che ha alienato un diritto o assunto un'obbligazione condizionata di astenersi dal compiere atti che possano impedire l'avveramento della

condizione. La natura, quindi, di tale comportamento, è quella rientrante nel concetto di correttezza. Le conseguenze del mancato adempimento di tale obbligo sono due: l'obbligo del risarcimento del danno, ex art. 1358, e l'applicazione della sanzione specifica dell'avveramento fittizio, qualora il fatto non si avveri per una causa imputabile alla parte che aveva contrario interesse all'avveramento¹²³.

L'art. 1358, pertanto, sanziona ogni comportamento scorretto, salvo il comportamento che ha come effetto il mancato avveramento della condizione, particolarmente sanzionato dall'art. 1359¹²⁴; mentre la violazione del primo dà unicamente diritto al risarcimento del danno, la violazione del secondo consente una specie di reintegrazione in forma specifica.

Poiché l'art. 1358 esprime un principio generale, valido anche per l'art. 1359, ne consegue che il dovere di correttezza non compete solo alla parte controinteressata all'avveramento della condizione, ma anche all'altra; anche la parte interessata all'avveramento dell'evento è tenuta a conservare integre le ragioni della controparte, per cui potrà essere sanzionata la condotta della parte che influisca positivamente sul verificarsi dell'evento¹²⁵.

¹²³ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II ed., Padova 1993, vol. II, tomo I, 235.

¹²⁴ Cfr. STOLFI, *Culpa pro impleta condicione est*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, 73 ss.; FALZEA, *La condizione*, cit., 206; RESCIGNO, voce "Condizione", cit., 798.

¹²⁵ Ciò quando il comportamento costituisca appunto una violazione del dovere di correttezza, ma non è detto che qualsiasi condotta favorevole all'adempimento

La condotta contraria alla correttezza viene sanzionata poiché le parti, nell'apporre una condizione al negozio, mostrano la volontà che successivamente alla conclusione dello stesso non sia alterato il procedimento di avveramento della condizione. Se si opera in senso contrario, si rinnega la propria volontà e si cagiona un danno all'altro contraente, per cui la norma prevede la finzione di avveramento, a tutela dell'aspettativa dell'altro contraente. La finzione rende inutile il comportamento, contrario alla correttezza, del contraente che ha impedito la realizzazione della condizione. Si tratta, come detto, di un risarcimento in forma specifica del danno derivante dall'inefficacia del contratto, consistente proprio nell'attribuire efficacia ad un contratto che di per sé ne è privo, e di conseguenza nel poter esigere le prestazioni costituenti oggetto del contratto.

Poiché il mancato avveramento della condizione, da parte di chi vi ha interesse contrario, consente a questi di realizzare un illecito interesse (illecito perché contrario alle precitate norme sulla correttezza), la finzione di avveramento rappresenta la norma sanzionatoria, in forma specifica, dell'illecito, in conformità al principio per cui l'autore di un illecito non può trarre da questo effetti giuridici favorevoli.

L'art. 1359 è espressione del principio dell'irrevocabilità del consenso prestato nel negozio condizionato; l'avveramento della condizione debba essere sanzionata. Cfr. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1966, 823 ss..

condizione produce gli effetti corrispondenti alla situazione finale voluta dalle parti; ma l'effetto negoziale, consistente nell'impegnatività del regolamento voluto, si produce sin dal momento del consenso.

5.3 ALTRI PROFILI PROBLEMATICI RELATIVI ALL'ART. 1359 COD. CIV.

Esamineremo ora alcuni dei profili problematici cui dà adito la ricostruzione interpretativa dell'art. 1359.

Analizzeremo il problema relativo allo stato soggettivo del responsabile del mancato avveramento della condizione, ossia alla possibile interpretazione dell'inciso "per causa imputabile" dell'art. 1359, che ha introdotto l'esplicito riferimento all'imputabilità.

La dottrina concorda, fin dalla vigenza dell'art. 1169 del Codice civile del 1865, sul fatto che l'impedimento dell'avveramento debba necessariamente derivare da un fatto cosciente e volontario, mentre è dibattuta la questione se il fatto debba essere necessariamente doloso, o possa essere semplicemente colposo.

Una prima teoria sostiene che, quando le parti convengono di far dipendere gli effetti di un contratto da un avvenimento futuro ed

incerto, vogliono che quegli effetti si producano solo se quell'evento si verifichi di per sé, lasciando operare tutte le circostanze che possono favorire o impedire il suo verificarsi. In queste circostanze devono essere compresi anche i fatti provenienti dalle stesse parti, ove non diretti coscientemente a deviare lo sponaneo corso degli eventi. Il semplice contegno negligente, quindi, anche se di fatto abbia impedito il verificarsi della condizione, non comporterebbe l'applicazione della finzione di avveramento, applicabile unicamente se la condotta sia stata dolosa, o gravemente colposa (in forza dell'equiparazione della *culpa lata* al dolo). Perciò la parte controinteressata non sarebbe obbligata a consentire l'avveramento della condizione, ma semplicemente a non impedirlo ponendo in essere un fatto qualificato da dolo o colpa grave.¹²⁶

Diversamente, si è considerato come l'art. 1358 imponga, come si è visto, un dovere negativo di correttezza, per cui anche la semplice negligenza potrebbe essere sufficiente a rendere operante la finzione, potendo costituire comportamento contrario alla correttezza.¹²⁷

Un altro argomento a favore della imputabilità anche a titolo di colpa si basa sulla considerazione che l'attività di colui che ha interesse contrario all'avveramento della condizione, anche se non intenzionalmente rivolta a danno degli interessi della controparte, non

¹²⁶ Cfr. GROSSO, *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, cit., 65.

¹²⁷ Cfr. STOLFI, *Culpa pro impleta condicione est*, cit., 68 ss..

può liberamente agire sul meccanismo di causazione dell'evento dedotto in condizione, ma deve uniformare la propria condotta ad un grado minimo di diligenza.¹²⁸ La diligenza non si colloca al di fuori del rapporto condizionale, come una circostanza meramente causale, ma è un dovere che sorge con l'assunzione dell'obbligazione condizionale e consiste nel mantenere integre le ragioni dell'altra parte in previsione della verifica dell'evento condizionale. Tale dovere di diligenza soggiace quindi alle norme generali sulla diligenza contrattuale. Poiché la finzione di avveramento è prevista proprio per proteggere efficacemente la parte che ha interesse all'avveramento (o al mancato avveramento) della condizione dal fatto dell'altra parte lesivo di tale interesse, tale fatto illecito della parte avente interesse contrastante all'avveramento della condizione non può che essere doloso o colposo.

La Relazione al Codice civile prese posizione su tale problema nel senso della sufficienza della semplice colpa per l'applicabilità dell'istituto della finzione, espressamente escludendone l'applicabilità all'ipotesi in cui la parte che trae vantaggio dall'avveramento abbia operato per la realizzazione dello stesso, salvo il caso di dolo; sembra perciò che i redattori del Codice non specificarono lo stato soggettivo necessario poiché si poteva ricavare dal sistema del codice stesso la sufficienza della colpa.

Si può quindi affermare che si debba comprendere nella nozione di causa imputabile indicata nell'art. 1359 qualunque fatto doloso o

¹²⁸ Cfr. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., 34.

colposo in contrasto con l'adempimento dell'obbligazione condizionale.

Tale orientamento si è registrato anche nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità: la Suprema Corte ha più volte dichiarato che la finzione opera quando il fatto impeditivo del verificarsi della condizione sia determinato da un comportamento imputabile a titolo di dolo o anche semplicemente di colpa. Particolarmente significative in tal senso sono due recenti pronunce, la prima delle quali fa riferimento anche al collegamento con l'art. 1358:

“L'art. 1359 consente attraverso una *fictio* di avveramento di ritenere il contratto efficace quando il fatto impeditivo del verificarsi della condizione sia determinato da un comportamento imputabile a titolo di dolo o colpa al soggetto controinteressato in tal modo sanzionando le condotte contrarie a correttezza e buona fede che influiscono sulla pendenza della condizione al fine di mantenere integre le ragioni dell'altra parte.”¹²⁹

La seconda pronuncia che esaminiamo ribadisce la necessità dell'elemento soggettivo doloso o colposo e aggiunge un interessante considerazione su tale condotta:

“Nell'ipotesi di negozio condizionato, per l'operatività della disposizione di cui all'art. 1359 c. c. – a norma della quale la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di

¹²⁹ Cass. civ., Sez. lavoro, 16 ottobre 1998, n. 10265.

essa - è necessaria la sussistenza di una condotta dolosa o colposa di detta parte, non riscontrabile in un semplice comportamento inattivo, salvo che questo non costituisca violazione di un obbligo di agire imposto dal contratto o dalla legge.”¹³⁰

Altra questione dibattuta è se la disposizione di cui all’art. 1359 Cod. civ. possa essere applicata, oltre che all’ipotesi testualmente prevista, anche all’ipotesi opposta, in cui la condizione si sia avverata per causa imputabile alla parte con interesse contrario al mancato avveramento, ossia con interesse favorevole all’avveramento. In tal caso, naturalmente, la conseguenza sarebbe di considerare non avverata la condizione che invece si è avverata (è la cosiddetta finzione di non avveramento)¹³¹. Un primo orientamento, basandosi sul dato normativo letterale e sull’eccezionalità della previsione sanzionatoria, ritiene che l’effetto non possa derivarsi analogicamente dal comportamento che realizza l’avveramento della condizione, comportamento opposto a quello, testualmente previsto, di impedimento dell’avveramento¹³². Una diversa posizione, invece, rifacendosi ai principi di buona fede e correttezza, si discosta dalla lettera della norma e sostiene che la condotta che realizza l’avveramento debba essere allo stesso modo sanzionata, poiché il risultato si è realizzato con un procedimento causale diverso da quello

¹³⁰ Cass. civ., 8 settembre 1999, n. 9511.

¹³¹ Cfr. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., 90 ss..

¹³² Cfr. Cass. civ., 16 dicembre 1991, n. 13519.

previsto, e tale risultato, pure di segno opposto, è del tutto simmetrico a quello sanzionato dalla norma.¹³³ Entrambi gli orientamenti devono però essere approfonditi, poiché si rivelano troppo sbrigativi, e forieri da un lato di una chiusura troppo legata al dettato normativo e dall'altro di un'allargamento eccessivo ed indiscriminato: consideriamo che la *ratio* dell'avveramento fittizio consiste nel preservare il valore dell'efficacia contrattuale, poiché è contrario a buona fede che un comportamento possa incidere sul corso degli eventi condizionali tanto da determinare l'inefficacia del contratto, così da rendere impossibile l'assetto finale di interessi voluto dalle parti. Ma la medesima *ratio* impone che non siano negativamente rilevanti quelle condotte che portano all'avveramento della condizione, poiché non è contrario a buona fede incidere sul corso degli eventi condizionali per realizzare quella che è la piena esplicazione degli interessi delle parti¹³⁴. Un ulteriore conforto a questi assunti deriva dalla Relazione al Codice civile, laddove è precisato che l'ipotesi di influenza sul corso naturale dell'evento posto in condizione, provocandone con proprio vantaggio l'avveramento, non

¹³³ Cfr. Cass. civ., 6 giugno 1989, n. 2747: "Rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 1359, malgrado la formulazione letterale della norma sia le condizioni sospensive che le risolutive e sia le condizioni positive che le negative".

¹³⁴ Cfr. ALCARO, *La condizione*, cit., 169 ss.. Cfr. anche BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 563: "Che una parte abbia provocato o contribuito a provocare l'avveramento della condizione non giustifica quindi l'esclusione degli effetti dato che non viene lesa alcuna aspettativa contrattuale".

è stata contemplata dall'art. 1359 perché non può a priori ritenersi che sia normalmente illecito un simile comportamento.¹³⁵

5.4. LA *FICTIO* NELLE *CONDICIONES IURIS*.

Molto discussa è l'applicabilità dell'art. 1359 alle cosiddette *condiciones iuris*, ossia a quelle condizioni in cui è la legge a far dipendere l'efficacia di un negozio da un evento futuro ed incerto.¹³⁶

La dottrina è generalmente orientata per l'irrifiribilità alla *condicio iuris* della *fictio* di adempimento; le pronunzie giurisprudenziali ammettono l'applicabilità dell'art. 1359 nel caso in cui la condizione mancata per impedimento consista in un atto della pubblica amministrazione, solamente ove tale atto sia condizione di efficacia di un atto stipulato tra privati e destinato ad essere efficace tra privati (e non se la pubblica amministrazione stessa sia parte di tale atto). I dubbi su tale orientamento consistono nella difficoltà che un atto amministrativo possa considerarsi sostituito da un equipollente

¹³⁵ Cfr. *Relazione al Re*, 81, che fa salvo il caso di dolo nel provocare l'avveramento della condizione: "Questa ipotesi è stata pure prevista, ma si è considerata soltanto la mala fede del creditore che provoca l'adempimento. Non si possono condannare se non gli atti di quest'ultimo che contrastano contro quel criterio di lealtà, di fiducia reciproca e di buona fede in cui devono mantenersi i rapporti tra le parti."

¹³⁶ Cfr. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, cit., 102 ss.; SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma 1927, 8; ALCARO, *La condizione*, cit., 33.

quale la condotta della parte interessata al non verificarsi della condizione; inoltre, in forza della discrezionalità della pubblica amministrazione, non si potrebbe comunque avere la certezza che l'atto richiesto sarebbe stato emanato.

In senso favorevole all'applicabilità dell'art. 1359 alla *condicio iuris* è il pensiero di chi sostiene che, ritenuto il contratto efficace a causa dell'adempimento fittizio, il difetto del requisito legale si tradurrebbe in un'impossibilità dell'adempimento per causa imputabile alla parte impediente, con la conseguente possibilità di invocare i rimedi della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno.¹³⁷

5.5. LA CAUTIO MUCIANA NELL'ART. 638 COD. CIV.

Il nostro attuale ordinamento prevede anche una norma derivante dal regime della *cautio Muciana*, dettata in materia di successioni testamentarie, ed in particolare di istituzione di erede e di legati: al capo V del titolo III del libro delle successioni, l'art. 638 del Codice civile stabilisce che “se il testatore ha disposto sotto la

¹³⁷ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 2000, 556 e 563. Cfr. anche PECCENINI, che rileva che se il mancato avveramento della condizione rende il contratto dannoso o inutile, la parte estranea a tale mancato avveramento può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno: in *La finzione di avveramento della condizione*, cit., 43.

condizione che l'erede o il legatario non faccia o non dia qualche cosa per un tempo indeterminato, la disposizione si considera fatta sotto condizione risolutiva, salvo che dal testamento risulti una contraria volontà del testatore.”

Si tratta di una norma volta alla soluzione della medesima ipotesi problematica per cui nel diritto romano era stato introdotto da Quinto Mucio il rimedio della *cautio* omonima: in mancanza di tale disposizione la condizione potestativa negativa non potrebbe dirsi avverata se non al momento della morte dell'istituito (sotto la condizione medesima) e perciò egli non potrebbe conseguire il lascito che in tale momento, e lo trasmetterebbe ai propri eredi; ma tale risultato non sarebbe conforme a quella che si suppone la reale volontà del testatore, che normalmente appone una siffatta condizione con l'intenzione che il beneficiario della disposizione possa acquistare subito l'eredità o il legato, perdendolo successivamente nel caso di avveramento della circostanza negativa.

Perciò la condizione sospensiva negativa apposta ad un'istituzione di erede o ad un legato è convertita *ex lege* nella condizione positiva di contenuto opposto avente efficacia risolutiva: l'effetto è il medesimo prodotto nel diritto romano dalla previsione della *cautio* Muciana, mentre diverso è il meccanismo: in forza dell'articolo 638 si ha conversione diretta (con l'eccezione della contraria volontà del testatore) della condizione sospensiva in risolutiva; il regime della *cautio* perveniva invece a questo effetto in

via indiretta, imponendo al beneficiario (tramite la prestazione della promessa) di reintegrare la situazione originaria.

Si deve precisare che la conversione della condizione sospensiva in risolutiva non si verifica quando dal testamento risulti la volontà contraria del testatore, cioè che egli abbia voluto apporre una vera e propria condizione sospensiva con l'effetto di differire l'acquisto dell'eredità o del legato all'avveramento della condizione, e quindi, come detto, al momento della morte dell'erede o del legatario; in questo caso il lascito avrà effetto per gli eredi di quest'ultimo.¹³⁸

Si noti come la norma specifichi con l'aggettivo "indeterminato" il fatto che non troverà applicazione laddove il testatore abbia previsto un termine per l'avveramento della condizione negativa, e che l'evento dedotto in condizione deve consistere in un non fare o non dare dell'erede o del legatario; se la condizione consistesse in un comportamento negativo di un terzo o, in caso di legato, anche dell'onerato, non potrebbe operare la conversione, non ricorrendo in tali casi la *ratio* giustificatrice della norma.¹³⁹

¹³⁸ Cfr. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano 1952, 207.

¹³⁹ Cfr. GANGI, *La successione*, cit., 209.

5.6. L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NELLA NORMATIVA DI ALTRI ORDINAMENTI GIURIDICI, EUROPEI ED EXTRAEUROPEI.

Moltissime codificazioni del '900, che sono fondate sull'elaborazione dottrinale dei secoli precedenti, contengono norme che esplicitamente recepiscono il principio dell'adempimento fittizio della condizione; tutte, come si constaterà negli esempi seguenti, prevedono solamente la prima delle regole, relativa all'impedimento opposto da chi ha interesse contrario all'avveramento.

Il Codice civile svizzero (*Code suisse des obligations*) si riporta al principio di buona fede, disponendo, all'art. 156: "La condition est repute accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avenement au mepris des regles de la bonne foi".

L'art. 1119 del codice civile spagnolo recita: "Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento".

Seguono questa scia le principali legislazioni dell'area latino-americana: identica a quella del codice spagnolo è la dizione dell'art. 1945 del codice civile messicano, mentre identico contenuto con qualche difformità lessicale è riportato nell'art. 438 del codice civile argentino; simile è la disposizione contenuta nell'art. 1503 del codice civile del Québec.

Particolare è la previsione dell'art. 1420 del codice civile dell'Uruguay:

“La condición se reputa cumplida, cuando ya sea el que la estipuló o aquel que se obligó bajo ella, es el que ha impedido su cumplimiento, a no ser que el obstáculo puesto al cumplimiento de la condición solo sea la consecuencia del ejercicio de un derecho”;

Il riferimento, in termini di eccezione, all'impedimento come conseguenza dell'esercizio di un diritto, è frutto di una teoria molto contestata¹⁴⁰.

Altre legislazioni dettano la medesima regola, con la previsione aggiuntiva, secondo il modello del capoverso del par. 162 del codice civile tedesco, dell'inadempimento fittizio dovuto all'adempimento causato dall'interessato; così il codice civile della Russia, nei commi 3 e 4 dell'art. 61; così l'art. 275 comma 2 del codice civile del Portogallo e l'art. 2207 commi 1 e 2 del codice civile ellenico, che fanno altresì riferimento al comportamento contrario alla buona fede; così, infine, l'art. 23 commi 1 e 2 del nuovo codice civile olandese (NWB), che prevede come parametro di riferimento le esigenze della ragione e dell'equità.

¹⁴⁰ In particolare è l'elaborazione di molti Autori francesi ad affermare questo principio. Cfr. le citazioni in merito in GROSSO, *La finzione di adempimento nella condizione*, cit., 52, nota 1.

BIBLIOGRAFIA

ALCARO, La condizione nel contratto: tra atto e attività

AMADIO, *La condizione di inadempimento*

AMARELLI, *La realtà e la finzione giuridica*

ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*

BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*

BARBERO, *Sistema di diritto privato*

BENTHAM, *Teoria delle finzioni*, trad. it. a cura di Petrillo

BESSONE, voce “*Presupposizione*”, in *Enc. dir.*

BESSONE, *Errore sul motivo, fauste cause e questioni di presupposizione*

BETTI, *Istituzioni di diritto romano*

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*

BIANCA, *Diritto civile, volume III*

BIANCA, *La nozione di buona fede come regola di comportamento contrattuale*

BIANCHI, *Fictio iuris*

BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*

- BRUNETTA D'USSEAU, *Le finzioni nel diritto*
- BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*
- BURDESE, *Diritto privato romano*
- BURDESE, voce "Muciana cautio", in *Enc. dir.*
- CANNATA, *Le finzioni*
- CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II, Il processo formulare*
- CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*
- CASTRO, *Sulla "fictio iuris"*
- CHIESI, *La buona fede in pendenza della condizione*
- COLACINO, voce "Fictio iuris" in *Noviss. Dig. It.*
- COSENTINI, *Sull'origine dell'estensione della "cautio Muciana" all'eredità, in Miscellanea romanistica*
- COSTANZA, *Della causa di presupposizione*
- COSTANZA, *Della condizione nel contratto*
- COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*

CUIACIO, Iacobi Cuiaci ic praestantissima Opera omnia in decem tomos distribuita

D'ANGELO, *Note sulla voce "fictio iuris" negli antichi dizionari giuridici*

DE MARTINI, *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*

DE RUGGIERO, voce "Finzione legale", in *Diz. prat. dir. priv.*

DONATUTI, *Sull'adempimento fittizio delle condizioni, in Studi di diritto romano*

DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano, in Studi di diritto romano*

FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*

FADDA E BENSA, *Note alle Pandette del Windscheid*

FALCONE, *Per una datazione del de verborum quae ad ius civile pertinent significatione di Elio Gallo*

FALZEA, voce "Condizione" (dir. civ.), in *Enc. Giur.*

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*

FAVARO', *L'art. 1359 C.c. e la cosiddetta finzione di avveramento*

della condizione

FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano, in Opere, vol. III* GALGANO,

Dir. privato

GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*

GARCIA GARRIDO, *De nuevo sobre las supuestas ficciones jurisprudenciales*

GÉNY, *Science et technique en droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la methode giuridique*

GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*

GREGGIO, *Le fictiones iuris*

GROSSO, *I legati nel diritto romano*

GROSSO, *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*

GROSSO, *La finzione di adempimento nella condizione*

GROSSO, *Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento*

GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*

JHERING, *L'esprit du droit romain* (traduit par O. de Meulanaere),

JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain* (traduit par O. de Meulanaere)

KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. it. a cura di Carrino.

LENEL, *Palingenesia iuris civilis*

MALVAGNA, *Recenti teorie in tema di negozio condizionato* MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi*

MASI, *Adempimento fittizio della condizione*

MASI, *In tema di "cautio Muciana"*

MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo.*

PACCHIONI, *La vera portata dell'art. 1169 C.c.*

PECCENINI, *La condizione nei contratti*

PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*

PEROZZI, *Istituzioni*

PETRELLI, *La condizione*

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile*

PUGLIATTI, voce "*Finzione*" in *Enc. dir.*

RESCIGNO, voce "*Condizione*", in *Enc. dir.*

ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*

SACCO, *La nozione di contratto*, in *Trattato di dir. privato*

SACCO, *Motivi, fini, interessi*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno*

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. di V. Scialoja)

SCIALOJA, *Sulla cautio Muciana applicata all'eredità*

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*

STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione*

STOLFI, *Culpa pro impleta condicione est*

TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*

TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*

TRIMARCHI, *La finzione di avveramento e la finzione di non avveramento nella condizione*

VAIHINGER, *La filosofia del "come se"*, trad. it. a cura di Voltaggio

VASSALLI, *Dies vel condicio. Studi sulla dottrina della condizione*

VOCI, *Diritto ereditario romano*

VOCI, *Istituzioni di diritto romano*

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di Fadda e Bensa

WINDSCHEID, *Die Lehre des romische Rechts von der Voraussetzung*.

INDICE SOMMARIO

- **INTRODUZIONE**
- **INTRODUCTION**

- ***CAPITOLO PRIMO: LA FICTIO IURIS: ANALISI STORICA E DOGMATICA***
 - 1. LA *FICTIO* NEL DIRITTO ROMANO**
 - 2. LA *FICTIO* NELLA CONSIDERAZIONE DEL DIRITTO INTERMEDIO**
 - 3. LA *FICTIO* NEL DIRITTO MODERNO**
 - 4. IL MECCANISMO DELLA *FICTIO IURIS***

- ***CAPITOLO SECONDO: LA CONDIZIONE***
 - 1. CENNI SULLA CONDIZIONE NEL DIRITTO ROMANO**
 - 2. APPROFONDIMENTI TEORICI SULLA CONDIZIONE**
 - 2.1. LA TEORIA SOGGETTIVISTICA**
 - 2.2 LA CONDIZIONE IN RAPPORTO ALLA TEORIA DELLA FATTISPECIE GIURIDICA**
 - 2.3. LA C.D. “SITUAZIONE DI PENDENZA”**
 - 3.1. LA PRESUPPOSIZIONE: TEORIA GENERALE**
 - 3.2 LA PRESUPPOSIZIONE IN RAPPORTO AD UN**

NEGOZIO CONDIZIONATO

- ***CAPITOLO TERZO: L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO ROMANO***

1. CONDICIO PRO IMPLETA HABETUR

1.1 LA PRIMA REGOLA: L'IMPEDIMENTO DA PARTE DELL'INTERESSATO AL MANCATO AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE ("SI PER EUM, CUIUS INTEREST CONDICIONEM NON IMPLERI, FIT, QUOMINUS IMPLEATUR")

1.2. L'ITER FORMATIVO DELLA REGULA IURIS

1.3. IL FONDAMENTO DELLA REGOLA

1.4. ANALISI DEI REQUISITI NECESSARI

1.5. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

1.6. IL FONDAMENTO NELLA PRESUPPOSIZIONE

1.7. IL FONDAMENTO NELLA VOLONTA'

2. LA SECONDA REGOLA: IL RIFIUTO DI COOPERAZIONE E LA MORTE DEL TERZO

2.1. IL RIFIUTO DELLA COLLABORAZIONE DA PARTE DEL TERZO

2.2. IL FONDAMENTO

3.1. LA MORTE DEL TERZO

3.2. IL FONDAMENTO

4. LA RILEVANZA DEL CASO FORTUITO

5. LA CAUTIO MUCIANA

- ***CAPITOLO QUARTO: L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO COMUNE***

- ***CAPITOLO QUINTO: LA RECEZIONE DELL'ADEMPIMENTO FITTIZIO DELLA CONDIZIONE NEL DIRITTO CODIFICATO***

1. INTRODUZIONE

2. IL DIRITTO PRUSSIANO (ALR)

3. IL CODICE CIVILE TEDESCO (BGB)

4. IL CODICE NAPOLEONE

5. IL DIRITTO ITALIANO

5.1. I PRECEDENTI: IN PARTICOLARE, L'ART. 1169 DEL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

5.2 IL CODICE CIVILE DEL 1942: IN PARTICOLARE, L'ART. 1359

5.3 ALTRI PROFILI PROBLEMATICI RELATIVI ALL'ART. 1359 COD. CIV.

5.4. LA *FICTIO* NELLE *CONDICIONES IURIS*

5.5. LA *CAUTIO MUCIANA* NELL'ART. 638 COD. CIV.

**5.6. L'AVVERAMENTO FITTIZIO DELLA
CONDIZIONE NELLA NORMATIVA DI ALTRI
ORDINAMENTI GIURIDICI, EUROPEI ED EXTRAEUROPEI**