

JUS CIVILE



Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi

Estratto



G. Giappichelli editore – Torino



ETTORE WILLIAM DI MAURO

Dottorando di Ricerca in Diritto dei Contratti ed Economia d'Impresa – Università La Sapienza di Roma

PENDENZA DELLA CONDIZIONE. ASPETTATIVA DI DIRITTO. ATTI DI DISPOSIZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa all'indagine. – 2. La rilevanza della aspettativa tra le parti. Il dovere di buona fede. – 3. La rilevanza della aspettativa rispetto ai terzi. – 4.1. Il fondamento normativo dell'aspettativa: il negozio sottoposto a condizione sospensiva. – 4.2. Impossibilità di concepire il diritto di aspettativa. La tesi di R. Scognamiglio. – 4.3. La possibilità di un diritto di aspettativa. La tesi di A. Falzea. – 4.4. La posizione della giurisprudenza. – 5. La ricostruzione dell'aspettativa: risultati dell'indagine.

1. – Gli artt. 1356-1359 c.c. regolano la pendenza del rapporto, ossia quelle situazioni soggettive che sorgono per effetto della stipulazione e fino all'avveramento o al mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione, e si caratterizza per l'incertezza in merito al futuro avverarsi dell'evento¹.

In tale fase, si prospetta una particolare configurazione del rapporto giuridico: l'alienante sotto condizione sospensiva e l'acquirente sotto condizione risolutiva sono titolari del diritto condizionato e del relativo potere di disposizione, mentre le altre parti (l'alienante sotto condizione risolutiva e l'acquirente sotto condizione sospensiva) sono titolari di una situazione comunemente denominata «aspettativa».

L'inserimento di una condizione nel contratto determina una limitazione degli effetti dell'atto. Questa limitazione si traduce, avendo riguardo alla natura della condizione e, in particolare, all'incertezza del suo verificarsi, o del suo mancare, in una situazione, alternativamente, di attesa o di precarietà².

In particolare, le attese che competono all'acquirente sotto condizione sospensiva configurano altrettante aspettative al compimento della fattispecie.

Per l'acquirente sotto condizione risolutiva la titolarità del diritto è immediata, ma non definitiva³.

Per evitare che, in pendenza della condizione, le posizioni dei titolari dei diritti subiscano dei pregiudizi, l'ordinamento giuridico ha stabilito delle norme di salvaguardia di carattere generale, l'art. 1358 c.c., e delle norme più specifiche, gli artt. 1356 c.c. e 1357 c.c.

¹ F. PECCENINI, *La condizione del contratto*, Padova, 1995, p. 199.

² M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1997, p. 84 ss.

³ Si veda C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 85 ss.

JUS CIVILE



Queste norme si integrano l'una con l'altra e solo una lettura coordinata delle stesse consente di definirne, quanto meno, l'impostazione sistematica all'interno della fenomenologia giuridica.

Anche se il codice civile detta regole diverse per definire i contenuti delle posizioni condizionate, sembra preferibile verificare quale inquadramento giuridico hanno provato a trovare dottrina e giurisprudenza in merito.

Infatti, la posizione giuridica dei titolari di una aspettativa è di difficile inquadramento perché si concretizza, da un lato, in un insieme di poteri di natura conservativa attribuiti al soggetto portatore di interesse e destinatario dell'effetto finale⁴; dall'altro, in una serie di obblighi tra cui rileva il dovere di buona fede⁵.

Per poter dare un quadro strutturato in tema di tutela della situazione di aspettativa, tenuto conto della non unicità di disciplina, occorre tenere in considerazione le disposizioni riguardanti il negozio sottoposto a condizione sospensiva, costituenti il complesso normativo più organico riguardante l'aspettativa giuridica.

Sul tema si riflette anche la giurisprudenza, che solo in tempi recenti, con l'orientamento volto alla risarcibilità degli interessi legittimi, sembra aver univocità di indirizzo, soprattutto in ordine alla tutela dell'aspettativa in termini di responsabilità aquiliana⁶.

La disciplina in esse racchiusa costituisce un indice dell'esistenza di una precisa tendenza normativa a garantire la conservazione di interessi senz'altro meritevoli di tutela, sebbene non ancora suscettibili di immediata realizzazione.

Le norme anzidette rappresentano solo il contenuto minimo della situazione di attesa giuridicamente tutelata, in quanto molte altre norme contribuiscono ad arricchire il suo significato, come quelle sulla trascrizione e sulla circolazione dei beni mobili.

Attraverso il metodo sussuntivo, muovendo dalla analisi delle tutele concrete previste dal nostro ordinamento, è possibile tentare un inquadramento giuridico della situazione soggettiva di aspettativa, aprendo le porte al mai abbandonato dibattito sulla sua natura giuridica.

A riguardo sembra opportuno distinguere a seconda che i poteri e gli obblighi siano intesi a tutelare il piano interno dei rapporti tra le parti contraenti oppure queste ultime da eventuali comportamenti lesivi posti in essere da terzi estranei.

L'aspettativa di diritto è la pretesa alla conservazione degli effetti eventuali derivanti da una fattispecie condizionale, ed è tutelata principalmente mediante la possibilità di opporre ai terzi il relativo titolo di acquisto⁷.

⁴ E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 540 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, Milano, 2006, p. 150.

⁵ Sulla ricostruzione del rapporto di aspettativa, che presenta come termine attivo il diritto di aspettativa e come termine passivo l'obbligo di aspettativa A. FALZEA, *La condizione*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 5 e in ID., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Napoli, 1941 p. 212 ss.

⁶ Sul punto v. Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

⁷ Sul significato di aspettativa di diritto C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 551; R. SCO-



Un'alienazione sotto condizione sospensiva non è traslativa del diritto, ma l'acquirente è salvaguardato nella sua aspettativa nel senso che, avveratasi la condizione, il suo acquisto prevarrà sugli atti di disposizione compiuti dall'alienante in sua pendenza, poiché subordinata ai normali requisiti di opponibilità del contratto⁸.

2. – L'analisi degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento altro non è che la determinazione e fissazione del contenuto della situazione di rilevanza che si accompagna alla ipotesi di aspettativa.

Tenuto conto che tutte le diverse situazioni giuridiche di attesa trovano negli artt. 1356 e ss. c.c. una disciplina comune, seppure minima, principio cardine resta la clausola generale della buona fede⁹, alla cui stregua valutare il comportamento delle parti durante la pendenza della condizione.

Siffatto criterio costituisce il presupposto di legittimazione sia per il compimento di atti conservativi sia per la stessa operatività della finzione di avveramento *ex art.* 1359 c.c.¹⁰.

Il richiamo alla buona fede ribadisce la delimitazione dell'impegno della parte, in quanto il comportamento è rapportato al fine di conservare integre le ragioni di controparte.

Si puntualizza, in tal modo, che la parte non è obbligata ad adoperarsi con la normale diligenza per favorire l'avverarsi di una condizione disposta anche o esclusivamente a favore dell'altra. Piuttosto la parte che ha la disponibilità del bene deve attivarsi al fine di preservare il bene stesso in vista dell'aspettativa dell'altra parte¹¹.

Sicché preliminarmente ad ogni indagine resta la necessità di individuare il criterio di misura della correttezza richiesta, ai fini di ritenere integrato il principio di buona fede. Ormai resta acqui-

GNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, 3, p. 226 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, 8, p. 797; A. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 1 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1968, p. 201 ss.; M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., p.84 ss.; F. PECCENINI, *La condizione nei contratti*, Padova, 1995, p. 199 ss.; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 523 ss.

⁸ Al riguardo la legge prevede espressamente che il titolare del diritto sottoposto a condizione sospensiva può disporne in pendenza di questa, ma gli effetti sono subordinati all'avverarsi della condizione medesima (art. 1357 c.c.). Egual regola è dettata per il titolare del diritto sottoposto a condizione risolutiva. In pendenza della condizione il titolare può esercitare il suo diritto, e tra l'altro compiere atti di amministrazione. Gli atti di disposizione rimangono tuttavia travolti se la condizione si avvera. Ne consegue che un'aspettativa giuridicamente tutelata è riscontrabile in capo all'altra parte relativamente al riacquisto del diritto. Chi aliena sotto condizione risolutiva è infatti salvaguardato in ordine al riacquisto del diritto nel caso di avveramento della condizione, in quanto il suo titolo prevale sugli atti dispositivi dell'acquirente. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 551.

⁹ L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, p. 82 ss.; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1962, p. 181 ss.; ID., *Rapporto preliminare e servitù su edificio da costruire*, Napoli, 1966, p. 101 ss.

¹⁰ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 152.

¹¹ Tale obbligo deve intendersi operante entro i limiti di un apprezzabile sacrificio e pertanto non impone la diligenza dovuta del debitore *ex art.* 1176 c.c.



sita la natura reciproca¹² del dovere di buona fede, incombente su entrambe le parti contrattuali¹³, e lo stretto legame tra buona fede e correttezza¹⁴.

In questo senso il principio di buona fede, nella vicenda contrattuale, è stato configurato non solo come criterio valutativo dell'agire contrattuale, ma anche come parametro al quale il soggetto deve uniformarsi e, come tale, fonte di obblighi e doveri accessori all'obbligazione principale, intesa a garantire e preservare l'altrui sfera giuridica¹⁵.

Pertanto il valore della buona fede si esplica nell'obbligo di conservare integra la situazione di fatto esistente al momento della conclusione del negozio sino al perfezionamento del correlativo *iter* formativo, in modo tale da consentire che l'interesse programmato possa raggiungere la sua piena realizzazione¹⁶.

L'adempimento di tale obbligo comporterà l'adempimento dei necessari doveri di salvaguardia, strumentali al conseguimento dell'effetto finale, dal contenuto vario e strettamente determinabile in relazione al concreto rapporto negoziale e all'esigenza di salvaguardare la posizione giuridica del titolare dell'aspettativa¹⁷. Intesa come valvola «cuscinetto», la buona fede assolve anche alla funzione di consentire un adeguamento costante ai valori emergenti nel contesto normativo e sociale¹⁸.

¹² Sulla reciprocità della buona fede E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 404, dove si legge che la buona fede rimane il sommo criterio di valutazione dei reciproci obblighi contrattuali anche dopo la sopraggiunta sanzione del diritto.

¹³ M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede (nel diritto civile)*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 28 ss.

¹⁴ È ormai acquisito che la buona fede in ambito contrattuale abbia carattere oggettivo e come tale coincida con la correttezza. In tale senso M.C. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 500 ss.

¹⁵ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 154; G. PERLINGIERI, *Compenso del professionista. Il ruolo della buona fede ex art. 1358 c.c.*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, p. 119 ss.

¹⁶ V. PUTORTI, *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, in *Pers. merc.*, p. 32 ss. L'Autore rileva come nel caso di pendenza della condizione trovano ingresso i comuni rimedi contro l'inadempimento, cioè il risarcimento e la risoluzione del contratto. Questo è l'aspetto più delicato e complesso, poiché l'interesse di colui che leso nelle sue aspettative contrattuali, tende ad affrancarsi immediatamente dal vincolo obbligatorio e a essere risarcito dei pregiudizi subiti, è spesso considerato soccombente rispetto all'esigenza della controparte tesa a mantenere in vita il rapporto. Cfr. G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 227, il quale rileva come il titolare di una aspettativa, seppure a posteriori, sia comunque tutelato in via risarcitoria per i danni da ritardo o da inesatta esecuzione della prestazione finale. Conf. da Cass., 19 novembre 1994, n. 9802; Cass., 4 marzo 1987, n. 2255.

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione di inesigibilità*, cit., p. 506. Secondo l'Autore il concetto di inadempimento oggi non è più intrinsecamente collegato all'esigibilità della prestazione, poiché detto carattere si risolve nella presenza di una situazione contingente che impedisce al creditore l'esercizio della sua pretesa. Infatti "inesigibilità" e "tempo dell'adempimento" sono concetti solo in parte coincidenti, dal momento che non sempre la mancata possibilità di esercitare il diritto significa che lo stesso sia inesistente, dovendosi a tal fine avere riguardo alle diverse ipotesi che danno luogo alla inesigibilità; ossia se si tratti di obbligazioni future, c.d. imperfette, condizionali o a termine.

¹⁸ La clausola di buona fede costituisce uno strumento di controllo da parte dell'ordinamento giuridico sugli atti di autonomia privata e consente la penetrazione all'interno della disciplina contrattuale dei doveri di solidarietà e di protezione della cosa o della persona dell'altro contraente.



Tuttavia, si potrebbe prospettare che il comportamento secondo buona fede servirebbe ad evitare che venga impedito il mancato svolgimento della vicenda dedotta in condizione. In effetti, il testo dell'art. 1358 c.c. non preclude questa interpretazione: si richiede di agire secondo buona fede, per non arrecare pregiudizio alle ragioni della controparte. Il termine «ragioni» potrebbe anche significare aspettativa a consolidare il rapporto sottoposto a condizione.

Il comportamento che il contraente è tenuto ad osservare durante la fase di pendenza della condizione, in quanto preordinato a salvaguardare il risultato che il rapporto tende ad attuare, è configurabile come un atto dovuto.

Sebbene l'oggetto del dovere imposto dall'art. 1358 c.c. sia una condotta che si precisa solo successivamente, in base alle specifiche circostanze esistenti nella fase esecutiva, si deve riconoscere come è propria la mancata o inesatta osservanza di siffatto dovere che contribuisce all'individuazione di una fattispecie di inadempimento attuale ed immediatamente rilevante.

Questo perché la nozione di prestazione non si identifica più con l'atto finale ma comprende l'intera fascia di comportamenti che i contraenti, durante l'*iter* formativo del rapporto, sono tenuti ad osservare per far sì che l'obbligazione realizzi il suo scopo.

Pertanto, l'inadempimento si pone «in relazione logica e temporale non solo con quel momento dell'obbligazione che si colloca al di là dell'avverarsi della condizione, ma anche con ciò che precede l'esigibilità della prestazione. E precisamente con l'attività preliminare che, se svolta in modo inadeguato, può essere fonte immediata di responsabilità. Il predetto evento, oltre all'omessa, inesatta o tardiva esecuzione della prestazione tipica, abbraccerà anche la violazione dei c.d. doveri accessori, volti a salvaguardare l'attuabilità del rapporto laddove sussista una causa di inesigibilità dovuta all'apposizione di una condizione sospensiva»¹⁹.

Ciò significa che i c.d. doveri accessori non sono più privi di autonomia e, come tali, ritenuti rilevanti solo dopo l'avveramento della condizione, ma godono di autonoma valenza normativa che, con la novella del 2002, ne ha formalmente sancito la specifica rilevanza, ricollegando alla loro violazione la nascita di una fattispecie di inadempimento idonea a legittimare l'immediato ingresso dell'azione di risarcimento e di recesso²⁰.

Si è riconosciuto che gli obblighi previsti dall'art. 1358 c.c. rivestono una peculiare valenza concettuale e giuridica²¹. Essi, sul piano fisiologico, «rendono giuridicamente dovuti tutti i

¹⁹ V. PUTORTI, *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, cit., p. 35; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja Branca, Bologna- Roma, 1988, p. 116; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 250 ss.; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 164; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja Branca, Bologna- Roma, 1980, p. 25 ss.; R. NICOLÒ, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 554 ss., il quale rileva come il nostro sistema indichi quale contenuto dell'obbligo, alla cui attuazione è deputato «l'adempimento, un contegno, un comportamento, una attività personale, in definitiva la prestazione intesa in senso surriettivo».

²⁰ D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione*, Milano, 1937, p. 35; P. RESCIGNO, *CONDIZIONE (DIR. VIG.)*, cit., p. 763.

²¹ Cass., 2 giugno 1992, n. 6676; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500; App. Torino 14 febbraio 2001.



comportamenti diretti a salvaguardare la realizzazione del risultato cui l'obbligazione è destinata, mentre sotto l'aspetto patologico attribuiscono immediata rilevanza alla lesione degli interessi dei contraenti che, essendo già valutati positivamente dal legislatore, meritano una tutela adeguata ed efficiente»²².

La giurisprudenza²³ ha così accolto che la buona fede, concretizzandosi in obblighi che impongono ai contraenti una serie di comportamenti omissivi e commissivi, ispirati a lealtà e correttezza, ulteriori e differenti rispetto a quelli previsti dalle specifiche prescrizioni contrattuali o legali, sia idonea a generare una fattispecie di inadempimento rilevante *sub specie damni e resolutionis*²⁴.

Questa nuova valutazione contribuisce a rompere la tipicità delle forme di tutela correlate alla rigida e astratta qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive dei contraenti, ancorando i rimedi contro l'inadempimento ai concreti bisogni di tutela che emergono in seguito alla lesione di un interesse primario rilevante *sub specie iuris*.

A ben guardare, però, la prima parte dell'art. 1358 c.c. indica, in modo preciso, chi è tenuto a comportarsi secondo buona fede: l'obbligato o l'alienante sotto condizione sospensiva; l'acquirente sotto condizione risolutiva²⁵.

Con tali indicazioni il legislatore sembra abbia voluto limitare l'ambito operativo dell'obbligo di buona fede alle sole attività che consentano di garantire al titolare di mantenere integra la sua aspettativa, senza che ciò comporti anche lo svolgimento di attività dirette a favorire l'avveramento.

Ma la parte, oltre a doversi comportare secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra, è obbligata a non impedire l'avverarsi della condizione.

Se la condizione diviene impossibile per causa imputabile alla parte, che aveva interesse contrario al suo avveramento, essa si considera come avverata ex art. 1359 c.c.

²² V. PUTORTI, *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, cit., p. 36.

²³ Si v. la nota sentenza sul caso «Fiuggi», Cass., 20 aprile 1994, n. 3775. Sul punto anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Torino, 1999, p. 167 ss.

²⁴ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855; Cass., 30 luglio 2004, n. 14605; Cass., 4 marzo 2003, n. 3185; Cass., 1 agosto, 2002, n. 11437. In dottrina ammettono che, durante la pendenza della condizione, il titolare della posizione di aspettativa possa proporre l'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, 40, Milano, 1989, p. 1313 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2, Padova, 2004, p. 561; D. CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 87 ss.; M. FACCIOLO, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, p. 195 ss. È evidente come tale mutamento di prospettiva si ricollega ad una concezione dell'obbligazione non più strutturalistica e formale, ma di tipo dinamico, teleologico ed assiologico. Ad una visione più sensibile alle «aperture funzionali» espresse dalle nuove istanze di giustizia sociale e dall'affermarsi dei valori solidaristici che hanno mutato il quadro socio-economico e normativo di riferimento di tutte le strutture giuridiche. Istanze e valori che hanno contribuito ad individuare il nucleo essenziale del rapporto obbligatorio nella dinamica del suo evolversi verso la realizzazione del complessivo assetto di interessi ad esso sotteso, il quale rappresenta il parametro di riferimento costante dell'attività delle parti nella valutazione dell'esattezza della prestazione. Cfr. P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, 2, p. 103 ss.; ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 83 ss.

²⁵ M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 95; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 592 ss.

JUS CIVILE



L'interpretazione di quest'ultima norma è nel senso che rileva qualsiasi impedimento imputabile a dolo o colpa della parte. Ne consegue che qui è sanzionata, oltre la condotta contraria a buona fede, anche la condotta colposa secondo il criterio della normale diligenza *ex art. 1176 c.c.* Di conseguenza può affermarsi che la parte è obbligata a rispettare l'aspettativa dell'altra ed è tenuta anche a salvaguardarla secondo la buona fede²⁶.

La condizione si considera avverata nel senso che la legge sanziona la condotta della parte facendo ugualmente produrre l'efficacia o la risoluzione del contratto collegate all'evento dedotto in condizione²⁷.

A tale riguardo più che una finzione giuridica, sembrerebbe esatto ravvisare, nella disposizione, una sanzione conforme al principio secondo il quale l'autore dell'illecito non può trarre da questo effetti giuridici favorevoli.

La valutazione secondo buona fede della condotta dei contraenti non opera in termini di liceità o illiceità, quanto nel quadro di una ponderazione comparativa delle situazioni di interesse delle parti.

Tale ponderazione si traduce nella «conformazione dei comportamenti delle parti secondo i canoni di correttezza»²⁸.

Ciò significa, per esempio, che le prerogative dell'alienante di un contratto sospensivamente condizionato non potranno essere quelle di un proprietario pieno, ma dovranno subire necessariamente i condizionamenti imposti dalla esistenza della corrispondente aspettativa di diritto, insistente sul bene alienato²⁹.

Inoltre è possibile che si verifichi la diminuzione del valore o la modifica in negativo delle capacità di utilizzazione economica della cosa, determinando la necessità di verificare quando l'acquirente possa far valere una eventuale responsabilità dell'alienante³⁰.

²⁶ Sul punto si veda anche P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, cit., pp.798-799.

²⁷ M.C. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 556; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 110.

²⁸ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 160.

²⁹ M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 92. Infatti, un comportamento lesivo delle caratteristiche funzionali e strutturali del bene, ancorché lecito, potrebbe violare il dovere di buona fede. L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 37 ss., pone attenzione alla differenza tra abuso di diritto e violazione della buona fede. L'esercizio di un diritto sospensivamente condizionato può avvenire attraverso un comportamento contrario a buona fede, avuto riguardo alle ragioni dell'altra parte, ma non necessariamente deve integrare un abuso nell'esercizio del diritto. Infatti, mentre l'abuso viene tutelato in relazione alle molestie e ai danni che ai terzi vengono arrecati, la scorrettezza è valutata nel quadro dei principi di solidarietà contrattuale che regolano la materia.

³⁰ Sul tema relativo al momento in cui è possibile far valere l'eventuale responsabilità contrattuale derivante da un comportamento doloso o colposo di una parte, tale da impedire il conseguimento della prestazione dovuta G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, pp. 222-223, il quale espone diverse tesi elaborate sul tema, riconducibili a tre scuole di pensiero: 1) la prima tesi, sostenuta da R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 298 ss., colui che distrugge in pendenza di condizione la cosa alienata viola un semplice dovere di correttezza nella fase formativa della fattispecie e risponde, quindi, secondo i principi e nelle misu-



Tra le diverse posizioni dottrinali sembra da preferire la soluzione che rinvia al momento della produzione dell'evento la ricerca di eventuali responsabilità³¹.

Diverso problema è se il comportamento delle parti possa essere sottoposto in via immediata alla valutazione giudiziale secondo buona fede. Il titolare dell'aspettativa può legittimamente invocare il rimedio della risoluzione per inadempimento *ex art. 1453 c.c.*, in tutti i casi in cui la violazione del dovere di buona fede si sia estrinsecato nella lesione di uno specifico obbligo gravante sulla controparte, tale da vanificare l'interesse al mantenimento del vincolo contrattuale³².

Proprio in relazione all'ingresso del rimedio risolutorio si dovrà vedere l'incidenza che la violazione degli obblighi di buona fede esercita sull'eseguibilità del rapporto.

Infatti, se è indubbio che la considerazione unitaria del rapporto obbligatorio e la reciprocità delle prestazioni e/o delle attribuzioni patrimoniali che in esso convivono, inducono a considerare gli obblighi accessori non già esterni al sinallagma contrattuale, ma legati da un vincolo di corrispettività rispetto agli analoghi obblighi incumbenti sulla controparte, non altrettanto pacifica è la loro automatica idoneità a fondare lo scioglimento del vincolo contrattuale³³.

Nei contratti in pendenza di condizione, la valutazione sulla gravità dell'inadempimento, benché mantenga inalterato il suo ruolo centrale, assume un'evidente peculiarità: da un lato, si cristallizza al momento in cui viene proposta l'azione di risoluzione e, dall'altro, richiede una verifica dell'incidenza che l'omesso (o inesatto) adempimento dell'obbligo accessorio esercita sulla eseguibilità del rapporto. Il che può generare qualche difficoltà applicativa soprattutto laddove si tratti di valutare anticipatamente un ritardo o un inesatto adempimento di una prestazione ancora eseguibile³⁴.

La giurisprudenza non esita ad ammettere il rimedio risolutorio dove la condotta del con-

ra propria della responsabilità precontrattuale; 2) la seconda tesi, opposta alla prima, adottata dalla giurisprudenza, l'alienante che distrugge la cosa viola una specifica obbligazione derivante dalla buona fede intesa come fonte integrativa del contratto, e risponde, quindi, per inadempimento; si tratterebbe di una vera e propria responsabilità contrattuale. In tal senso Cass., 2 giugno 1992, n. 6676; 3) secondo l'ultima tesi, per decidere intorno alla responsabilità dell'alienante e soprattutto intorno alla esigibilità del diritto al risarcimento dei danni, bisogna aspettare che l'evento si verifichi o manchi definitivamente; l'eventuale diritto al risarcimento dei danni sarebbe subordinato al mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione.

³¹ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., p. 223, il quale afferma che essa è quella più conforme al principio di retroattività della condizione che sembra porsi, nell'intenzione del legislatore, come criterio generale ispiratore della disciplina assegnata a questo tipo di pendenza.

³² Cass., 18 marzo 2002, n. 3942.

³³ V. PUTORTI, *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, cit., p. 38, il quale conferma che «l'accertamento del requisito previsto dall'art. 1455 c.c. ha per oggetto non l'inosservanza dell'obbligo accessorio in sé considerata, quanto, piuttosto, l'incidenza che essa esplica sul complessivo assetto di interessi e dunque sull'inadempimento delle obbligazioni principali».

³⁴ In questi casi occorre accertare secondo una valutazione *ex ante*, quali siano i riflessi che la violazione dell'obbligo accessorio produce sul prosieguo del rapporto, bilanciando l'interesse del contraente al mantenimento del vincolo con la minore utilità che alla controparte deriverebbe se quel ritardo o quelle inesattezze si protraessero anche dopo il verificarsi della condizione. Cfr. Cass., 16 gennaio 2006, n. 690 e Cass., 21 febbraio 2006, n. 3742.



traente abbia pregiudicato il libero corso della fase di pendenza e non operi la *fictio* dell'art. 1359 c.c., è, invece, restia a riconoscere una simile tutela quando il comportamento scorretto abbia inciso sull'oggetto della prestazione. Pertanto, solo dove non operi l'art. 1359 c.c., ossia in presenza di una condizione di diritto³⁵, di una condizione potestativa semplice o mista³⁶, che la parte pregiudicata del mancato verificarsi dell'evento condizionante può agire per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno³⁷.

Tuttavia, un simile indirizzo della giurisprudenza non appare condivisibile poiché sembra non attribuire rilievo decisivo a tutte le conseguenze che la condotta scorretta può determinare, le quali non sempre sono eliminabili tramite il ricorso agli strumenti cautelari e conservativi³⁸.

Così avviene se il comportamento del contraente si traduce in un'attività giuridica idonea ad eludere il meccanismo effettuale previsto dall'art. 1357 c.c.³⁹ o in un contegno materiale avente ad oggetto il bene negoziato volto a provocarne la perdita, il deterioramento, la distruzione, l'alterazione delle qualità originarie o il mutamento di destinazione economica. È evidente che si determina una frattura nell'attuabilità del rapporto, tale, da vanificare immediatamente l'interesse della controparte alla prosecuzione del vincolo. Da qui la scarsa importanza delle

³⁵ Cass., 22 marzo 2001, n. 4410; Cass., 3 aprile 1996, n. 3084; Cass., 14 marzo 1991, n. 2674; Cass., 2 giugno 1992, n. 6676.

³⁶ Cass., 21 aprile 2003, n. 6463; Cass., 22 aprile 2003, n. 6423; Cass., 11 agosto 1999, n. 8824.

³⁷ P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 607; F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994, p. 49 ss. *Contra* L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. IV, Disc. priv., Sez. civ.*, 2, Torino, 1987, p. 183, il quale evidenzia come il carattere sanzionatorio della finzione di avveramento non presupponga affatto la presenza dell'elemento soggettivo, il quale potrà rilevare solo ai fini della responsabilità per danni.

³⁸ R. SACCO, *Il contratto*, 1, Torino, 2004, p. 665 ss. Sui poteri cautelari e conservativi spettanti a colui che attende l'acquisto del diritto si v. A. FALZEA, *Sistema normativo e analitica della norma*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, p. 5 ss., che menziona il sequestro conservativo, il sequestro giudiziario, l'imposizione di una cauzione, la proposizione dell'azione surrogatorio e delle azioni di enunciazione.

³⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 201 ss. «È questo un meccanismo che, secondo l'interpretazione dell'Autore, sottopone a condizione risolutiva gli atti di disposizione del diritto compiuti durante la fase di pendenza; sicché è soltanto al verificarsi dell'evento condizionante il primo negozio che si attua la neutralizzazione degli effetti che si sono prodotti in forza dei successivi atti di alienazione; A. BELFIORE, *Pendenza negoziale e conflitti di titolarità*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, pp. 185-186. Tale congegno effettuale, tuttavia, non sempre si rileva idoneo a risolvere i possibili conflitti tra l'acquirente *sub condicione* e i terzi a cui lo stesso dante causa ha successivamente alienato il bene. Esso, infatti, da un lato, presuppone che le parti non abbiano introdotto deroghe al principio di retroattività, riportando gli effetti del contratto a un momento diverso rispetto a quello della sua conclusione; dall'altro lato, deve essere coordinato con le altre regole circolatorie, quali quelle poste dagli art. 2643-2644, 1153 e 1155. Nelle ipotesi in cui oggetto del contratto sia il trasferimento o la costituzione di un diritto reale su un immobile, l'art. 2659, comma 2, c.c., consente all'acquirente di opporre il suo acquisto ai terzi che abbiano trascritto successivamente. Mentre dove l'alienante, dopo avere stipulato un contratto sottoposto a condizione sospensiva, trasferisca il diritto di proprietà sul medesimo bene ad un terzo, il quale trascrive il proprio titolo di acquisto prima dell'acquirente *sub condicione*, sarà il terzo che, in base ai criteri stabiliti per la soluzione dei conflitti di titolarità, acquisterà il relativo diritto. Conclusione analoga per i trasferimenti mobiliari dove l'alienante disponga puramente e semplicemente dell'oggetto negoziale a favore del terzo facendogli conseguire il possesso del bene e non comunicando l'esistenza di una precedente alienazione sottoposta a condizione sospensiva. In questo caso sarà il terzo che acquisterà la proprietà del bene, ai sensi dell'art. 1155 c.c., dal momento che risulta assai arduo per l'acquirente *sub condicione* fornire la prova della mala fede del secondo acquirente».



azioni previste dall'art. 1356 c.c., poiché è solo l'immediata esperibilità dei rimedi risolutori e risarcitori che si dimostra idonea ad assicurare una adeguata ed effettiva tutela all'interesse leso.

Rimane il problema del risarcimento in ordine all'*an* e al *quantum*. Al riguardo si deve ritenere che il danno immediatamente esigibile sia quello derivante da lesione dell'interesse negativo all'affidamento a non concludere un contratto inutile, mentre quello derivante dalla lesione dell'interesse all'esecuzione del contratto risulterà risarcibile solo nell'ipotesi in cui l'evento si produca⁴⁰.

In realtà proprio le situazioni di pendenza condizionale dimostrano la forte continuità che esiste tra le due predette categorie di interesse, e dunque, come un'astratta e rigida separazione delle stesse si rilevi spesso inidonea a cogliere l'effettiva consistenza che assume l'interesse sostanziale violato, che deve essere risarcito nella sua interezza, avendo riguardo anche agli aspetti non patrimoniali che siano conseguenti alla lesione e causalmente riconducibili alla condotta scorretta della controparte⁴¹.

Ragionando in quest'ottica la più recente giurisprudenza ha ammesso il ricorso alla tutela risarcitoria anche in pendenza di condizione, precisando come essa rappresenti non un effetto strettamente dipendente e automaticamente discendente dallo scioglimento del vincolo obbligatorio⁴², quanto un autonomo rimedio subordinato alla concreta e definitiva esistenza di un danno⁴³.

Invece, nell'ipotesi in cui il comportamento contrario a correttezza dell'alienante non determina l'immediato perimento o una significativa alterazione del bene, bensì soltanto il pericolo che allo stesso possano, in pendenza di condizione, derivare dei danni alla sua integrità di fatto e di diritto, il titolare dell'aspettativa potrà avvalersi delle misure cautelari *ex art. 1356 c.c.*

Tale norma attribuisce il potere di compiere atti conservativi sia all'acquirente di un diritto sospensivamente condizionato sia all'alienante di un diritto risolutivamente condizionato. Si tratta di una disposizione piuttosto generica, il cui contenuto andrà determinato in relazione alla particolare natura del diritto e del bene oggetto dell'acquisto.

La indeterminatezza dell'art. 1356 c.c. è espressione di *favor* legislativo per il soggetto tute-

⁴⁰ Cass., 2 giugno 1992, n. 6676. Cfr. M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 163. In realtà il problema relativo all'individuazione dei criteri di quantificazione del danno rimane aperto, dal momento che è assai discusso se il risarcimento debba essere rapportato all'interesse negativo oppure circoscritto alla lesione dell'interesse negativo (D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1950, p. 185; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 30; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 792 ss.). In particolare si è messo in evidenza come ai fini della quantificazione del danno derivante dalla violazione degli obblighi di buona fede occorra avere riguardo non solo al valore economico perduto per non aver potuto concludere operazioni negoziali alternative, ma, anche, alle altre conseguenze patrimoniali sfavorevoli riconducibili all'interesse sostanziale leso. Di conseguenza il risarcimento deve comprendere sia «il minor vantaggio o il maggior aggravio economico» determinato dalla condotta antigiuridica della controparte, sia tutti gli altri danni che a tale condotta sono collegati «da un rapporto consequenziale e diretto». Cfr. Cass., 14 giugno 1982, n. 3613; Cass., 19 novembre 1983, n. 6306.

⁴¹ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3677; Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972.

⁴² Cass., 18 marzo 2002, n. 3942; Cass., 22 marzo 2001, n. 4410.

⁴³ Cass., 2 luglio 2002, n. 9568; Cass., 2 giugno 1992, n. 6676; Cass., 3 aprile 1996, n. 3084.



lato, che potrà avvalersi di tutti i rimedi che l'ordinamento offre e la conferma della rilevanza dell'aspettativa come situazione giuridica tutelata⁴⁴.

L'interpretazione estensiva dell'art. 1356 c.c. non esclude che le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale possano concordare al riguardo iniziative e comportamenti che vadano oltre la funzione conservativa. In particolare il soggetto tutelato potrà avvalersi dell'azione surrogatoria o di quella revocatoria, chiedere il sequestro conservativo, compiere atti interruttivi della prescrizione e, più in generale, quanto necessario ed utile a garantire la produzione degli effetti finali, conseguenti al verificarsi dell'evento dedotto in condizione⁴⁵.

Alla luce di simili considerazioni si comprende perché «la posizione di aspettativa, rappresentando, in sé, una risorsa patrimoniale acquisita alla sfera giuridica del contraente, ove sia lesa dall'illecito comportamento della controparte (o di un terzo) che abbia impedito il libero corso della fase di pendenza o abbia inciso negativamente sulla *res* negoziata, debba essere integralmente risarcita»⁴⁶.

3. – È possibile che la produzione dell'effetto traslativo resti impedito a seguito di un atto di disposizione del bene, da parte del soggetto che risulta essere ancora proprietario. È evidente che il trasferimento di un bene, oggetto di un negozio condizionato, genera conflitto tra la posizione giuridica del titolare della situazione interinale e quella del terzo acquirente. La soluzione di un simile conflitto non è univoca e, in ogni caso, deve tenere conto delle diverse regole poste dall'ordinamento in materia di pubblicità.

Il problema si inserisce nel più ampio tema della opponibilità ai terzi delle situazioni giuridiche di attesa.

L'ordinamento si preoccupa di rendere conoscibili tali situazioni, anche al fine di garantire l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ed appresta alcune norme in tema di trascrizione degli atti⁴⁷.

Prima di procedere con la verifica funzionale della trascrizione nelle situazioni giuridiche di aspettativa, occorre partire dallo studio della norma che permette la disposizione dei c.d. diritti

⁴⁴ M. C. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., pp. 552-553; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, cit., p. 105 ss. In funzione cautelativa e conservativa la parte interessata può chiedere anche il sequestro giudiziario della cosa o conservativo della garanzia patrimoniale, quando vi sia il legittimo dubbio che, al verificarsi della condizione, il bene sia distrutto o il credito non presenti le garanzie offerte. Inoltre, essendo la condizione una clausola contrattuale, è rimessa alle parti la previsione di sufficienti garanzie. La possibilità di una cautela giudiziaria deve quindi intendersi limitata alle ipotesi in cui sopraggiunga una situazione di pericolo che faccia fondatamente temere alla parte di non conseguire o di non recuperare il proprio diritto.

⁴⁵ Un elenco completo dei mezzi di tutela di cui può avvalersi il soggetto favorito si può trovare in A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., pp. 210-211.

⁴⁶ V. PUTORTI, *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, cit., p. 44. Cfr. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7943; Cass., 12 agosto 2008, n. 21544; Cass., 28 gennaio 2005, n. 2752.

⁴⁷ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 179.



«precari» e dell'aspettativa, al netto delle regole stabilite dalla legge in materia di pubblicità.

L'art. 1357 c.c. prevede che «chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può disporre in pendenza di questa; ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione».

La norma si collega a quella sulla retroattività della condizione *ex art. 1360 c.c.*⁴⁸.

Questa regola si applica principalmente alle alienazioni e sta a significare che gli effetti connessi alla titolarità del diritto decorrono dal momento della stipulazione del contratto⁴⁹.

Il significato della norma è che l'avverarsi della condizione comporterà l'efficacia o l'inefficacia del contratto con decorrenza dal momento della stipulazione.

Si consideri una vendita sotto condizione sospensiva. L'acquirente è titolare di una situazione giuridica di aspettativa. Egli può cederla a un terzo, che vi subentra sperando nell'avveramento della condizione. Se la condizione si avvera, si produrranno gli effetti del primo acquisto e contemporaneamente gli effetti del secondo acquisto: il bene sarà del terzo dalla data del suo titolo. Se invece la condizione manca sia l'acquisto che il «subacquisto» rimarranno inefficaci: il bene resterà del primo alienante. A sua volta, il venditore può cedere il suo diritto «precario» a un terzo, che vi subentra sperando nel mancato verificarsi della condizione. Se la condizione non si verifica, il diritto si consolida in capo al venditore fino alla data dell'acquisto del terzo, a partire dalla quale il bene sarà di quest'ultimo. Se invece la condizione si avvera, la retroattività dei relativi effetti travolgerà il diritto «precario» del venditore e anche quello del terzo suo avente causa, cui saranno opponibili gli effetti dell'avveramento ancorché posteriore al suo acquisto: il bene sarà del primo acquirente, la cui aspettativa godrà di tutela reale. Se poi durante la pendenza si cumulano le due cessioni (il compratore cede la sua aspettativa a un terzo, e il venditore cede il suo diritto «precario» a un altro terzo), si crea un conflitto fra terzi acquirenti dello stesso bene⁵⁰.

Quanto sostenuto vale al netto della regola «possesso vale titolo» e della disciplina della trascrizione: il loro operare, infatti, potrebbe condurre a risultati diversi da quelli che discenderebbero dagli artt. 1357 e 1360 c.c.

Il vero significato dell'art. 1357 c.c. sta nel fatto che la presenza della condizione non limite-

⁴⁸ Per inciso occorre tenere distinta la regola dell'opponibilità dell'aspettativa condizionale da quella della retroattività della condizione *ex art. 1360 c.c.* La prima attiene al conflitto degli acquisti derivanti dalle posizioni condizionali mentre la seconda disciplina le conseguenze dell'avveramento della condizione sul rapporto contrattuale

⁴⁹ Ad esempio una pretesa risarcitoria verso terzi per danni alla cosa spetta a chi ne risulta proprietario con effetto retroattivo. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 560.

⁵⁰ V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 590 ss. L'autore continua sulla soluzione prospettata ricostruendo ciò che accade nel caso di una vendita sotto condizione risolutiva, nei casi in cui il compratore ceda a un terzo il proprio diritto «precario», o il venditore ceda a un terzo la propria aspettativa, o si facciano entrambe le cessioni. Il terzo che acquista l'aspettativa, in caso di avveramento della condizione consegue il diritto: egli prevale su eventuali altri terzi aventi causa dal titolare del diritto «precario», in forza della tutela reale dell'aspettativa garantita dalla retroattività della condizione. Se la condizione manca, l'aspettativa da lui acquistata si dissolve ed egli non acquista nulla.



rebbe la facoltà di disporre delle situazioni giuridiche acquistate, sia di diritto che di aspettativa, ma l'efficacia di questi atti rimarrebbe collegata sempre all'originaria condizione⁵¹.

Dunque la norma impedisce che il titolare dell'aspettativa possa disporre del bene come se ne fosse il proprietario.

La limitazione è rilevante soprattutto dove sia già avvenuta la consegna del bene. In questo caso, se il bene fosse mobile, per il principio «possesso vale titolo» ex art. 1153 c.c., non gli si potrebbe negare il valido acquisto⁵².

Se il bene, oggetto della atto di disposizione, fosse un immobile allora occorrerà applicare le regole della trascrizione.

Quest'ultima ha una duplice funzione: una essenzialmente generica e consistente nel conseguire il risultato di rendere legalmente conoscibili i diritti e le situazioni giuridiche soggettive in genere; ed una specifica, consistente nel consentire l'espansione della efficacia del titolo nei confronti dei terzi⁵³.

Tale finalità viene pienamente realizzata se la fattispecie che forma oggetto di trascrizione sia completa e perfetta. Se, invece, la fattispecie è incompleta l'eventuale pubblicità assume una peculiare configurazione.

Significativo è il caso di un negozio di vendita sottoposto a condizione sospensiva. La mancanza di pubblicità di tale fattispecie porterebbe ad una lesione della posizione dell'acquirente sotto condizione: quest'ultimo scegliendo di rinviare la trascrizione al momento dell'avveramento dell'evento, potrebbe trovarsi di fronte ad un bene la cui titolarità sia stata già trasferita ad un terzo o sul quale sono stati apposti vincoli di natura reale. La trascrizione immediata del negozio evita questo rischio, poiché il successivo verificarsi dell'evento consolida l'acquisto.

In tali negozi l'efficacia connessa alla loro trascrizione è di tipo prenotativo⁵⁴.

Si tratterebbe di una forma di pubblicità anticipata (rispetto al sorgere del diritto definitivo)

⁵¹ M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 92.

⁵² M. COSTANZA, *Della condizione*, cit., p. 93. Secondo l'autrice, infatti, almeno per l'ipotesi di alienazione sospensivamente condizionata avente ad oggetto beni mobili, l'art. 1357 c.c. non assume alcun valore specifico. Tale norma dovrebbe avere una rilevanza diversa e paralizzante l'alienazione pure a favore di eventuali terzi acquirenti. La disposizione sembra avere carattere imperativo. Come tale essa è inderogabile e la sua violazione determinerebbe l'infrazione di un precetto imperativo con conseguente applicazione della sanzione della nullità ex art. 1418 c.c. Tuttavia, la stessa autrice rileva che una simile conclusione non è esente da critiche. Il titolare della aspettativa non ha la legittimazione a disporre del diritto, se non sotto condizione. Ma qualora egli trasgredisca questa norma, non potrebbe essere trattato in modo diverso rispetto all'alienante di cosa altrui. Nel contempo, però, poiché sul venditore grava l'obbligo di garantire l'acquirente dell'evizione, chi trasferisce puramente e semplicemente un diritto acquistato sotto condizione sospensiva, non può esimersi dalla responsabilità stabilita dagli artt. 1483 e 1484 c.c.

⁵³ S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, testo curato ed aggiornato da Giacobbe e La Torre, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1989, p. 52 ss., il quale rileva che la trascrizione è il fulcro delle discipline pubblicitarie e realizza quella conoscibilità legale che costituisce il risultato in cui si sostanzia la sua funzione istituzionale. Tale posizione è criticata da F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 1988, p. 44 ss., per il quale in tale orientamento vi è commistione tra pubblicità e trascrizione.

⁵⁴ S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., pp. 432 e 433.



idonea a risolvere i conflitti eventualmente nascenti con altri e concorrenti diritti di terzi. Il carattere prenotativo della pubblicità consente una sorta di attuazione preventiva, tale da garantire il conseguimento dell'effetto traslativo libero da qualunque atto pregiudizievole posto in essere successivamente alla trascrizione e prima della produzione degli effetti traslativi.

Diverse sono le disposizioni normative che si occupano rispettivamente della pubblicità nei contratti sottoposti a condizione. L'art. 2655 c.c. prevede l'annotazione dell'avveramento della condizione, qualora all'atto trascritto sia apposta una condizione risolutiva; la seconda invece prevede che la nota di trascrizione del titolo debba contenere espressa menzione della condizione cui è sottoposta l'acquisto, la rinuncia o la modificazione del diritto. A queste norme si affianca l'art. 2668, comma 3, c.c., il quale dispone la cancellazione della condizione o del termine negli atti trascritti, nell'ipotesi di avveramento o di mancato definitivo avveramento o ancora di scadenza del termine.

A questo punto sembra necessario verificare il ruolo che la trascrizione svolge con riferimento alla situazione di aspettativa. In mancanza di una espressa menzione del negozio condizionato nell'art. 2643 c.c. non si deve pensare a una diversità di funzione della trascrizione con riguardo a tale fattispecie inefficace⁵⁵.

Occorre tenere presente che la pubblicità dichiarativa opera secondo un procedimento complesso che si articola in diverse fasi: la trascrizione, che rappresenta la pubblicità primaria degli atti elencati all'art. 2643 c.c., e l'annotazione o la menzione nella nota, quali forme di pubblicità accessorie.

Si tratta di stabilire se la menzione esclusivamente nella nota di trascrizione consenta la opponibilità immediata degli elementi accidentali ai terzi. Ma, stante il carattere accessorio degli elementi accidentali, e la assenza di una loro autonoma rilevanza giuridica, la pubblicità che li riguarda non può non avere efficacia identica a quella relativa al negozio principale⁵⁶.

La menzione della condizione costituisce presupposto per la opponibilità ai terzi e, in mancanza, l'atto dovrà considerarsi puro⁵⁷.

In questo modo si risolve il problema della tutela dell'acquirente condizionato, ossia il titolare dell'aspettativa, rispetto ad eventuali atti di disposizione posti in essere dall'alienante a favore di un terzo.

Può quindi concludersi che l'effetto dell'opponibilità ai terzi si realizza attraverso una duplice pubblicità: una riguardante l'atto; l'altra attinente agli elementi accidentali. Attraverso questo meccanismo il titolare della situazione di aspettativa ottiene una tutela consona alla protezione dei propri interessi.

⁵⁵ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 181.

⁵⁶ G. GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 27. L'autore rileva che la clausola condizionale non è autonoma fattispecie. La clausola condizionale è parte inscindibile dell'atto cui è apposta: onde la pubblicità non può esserne prevista che agli stessi effetti, per cui è imposta con riguardo a tale atto.

⁵⁷ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit. p. 182.



4.1. – Alla luce di quanto descritto si rinviene che l’ambito nel quale tradizionalmente viene individuato il fondamento normativo dell’aspettativa di diritto è quello del negozio sottoposto a condizione sospensiva⁵⁸. Gli effetti destinati a tutelare le parti nella fase di pendenza della condizione e qualificati come preliminari o conservativi, sono quelli indicati negli artt. 1356, 1357, 1358, 1359 c.c., e costituiscono il nucleo centrale nella ricostruzione della teoria dell’aspettativa e dei suoi rapporti con gli effetti preliminari⁵⁹.

⁵⁸ Sull’inquadramento giuridico della aspettativa è molto ampio il dibattito dottrinale. Tuttavia, si possono individuare almeno tre orientamenti. Il primo è stato sostenuto da A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, cit., p. 5 ss., ID., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 6 ss., l’autore ha ritenuto che in caso di fattispecie a formazione progressiva, pur non essendo idonea a produrre effetti giuridici definitivi, non è giuridicamente indifferente, in quanto, gli interessi espressi, al suo interno, possono assumere valore giuridico. Il problema dell’inquadramento giuridico si attiene proprio a questo tipo di fattispecie. La rilevanza giuridica non esaurisce la giuridicità del fatto. Oltre alla rilevanza, vi è il momento dell’efficacia. Una scissione tra le due fasi è possibile quando una fattispecie non risulti ancora idonea a produrre immediatamente le conseguenze giuridiche proprie, e ciò può avvenire solo in ipotesi circoscritte e, per almeno, due ragioni: la necessità del venire ad esistenza di ulteriori elementi cc.dd. accidentali, da cui è fatta dipendere la produzione degli effetti giuridici, e la necessità di risolvere la indeterminazione soggettiva o oggettiva della fattispecie, dipendente dal verificarsi di fatti specificativi del soggetto, dell’oggetto. Trattandosi di fattispecie parziali, gli effetti giuridici non sorgeranno sino a quando non sarà completato il ciclo formativo; *medio tempore* opera la situazione giuridica c.d. di aspettativa. Il secondo orientamento è stato sostenuto da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1939, p. 83 ss. Secondo l’autore occorre porre particolare attenzione alla distinzione all’interno della medesima fattispecie: quella tra elementi solo per la specificazione dell’effetto ed elementi rilevanti solo per la produzione dell’effetto. La circostanza che gli elementi mancanti possono intervenire in un momento successivo rispetto alla manifestazione di volontà non impedisce, secondo Rubino, la produzione, in via provvisoria, di una serie di effetti preliminari, la cui presenza in tale fase è normale, indipendentemente dalla individualità degli elementi mancanti. Tali effetti rappresenterebbero la risultante di una fase formativa della fattispecie destinata a produrre in un momento successivo gli effetti definitivi e si contraddistinguerebbero, da questi ultimi, per la funzione mediata che assolvono, consistente nell’assicurare la loro futura produzione. Il terzo orientamento è seguito da R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 271 ss. Di chiara ispirazione bettiana, l’autore poggia la sua teoria sulla incontestabile distinzione tra rilevanza ed efficacia del negozio giuridico; facendo consistere la rilevanza nel riconoscimento del fenomeno negoziale (N. IRTI, *La rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, I-II.) da parte dell’ordinamento giuridico, cui si ricollegerebbe l’effetto della sua impegnatività sul piano del diritto. Nell’ipotesi di negozio ad efficacia differita, sebbene gli effetti finali siano destinati a prodursi in un momento successivo, esso “esiste”. Tuttavia, se nel corso della formazione successiva di una fattispecie si verificano effetti autonomie, in un certo senso, preparatori a quelli finali, essi non si risolvono nella nascita di un diritto di aspettativa (R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 227 ss.). L’aspettativa delle parti acquista consistenza giuridica e autonoma rilevanza quando, nei contratti a efficacia sospesa, nei quali intercorre un lasso di tempo tra il momento del riconoscimento giuridico e quello della produzione degli effetti giuridici, venga utilizzata per designare una investitura potenziale degli effetti finali con funzione mediata rispetto a questi ultimi. Da quanto descritto emerge che la formazione successiva di una fattispecie non attiene ad una formazione per gradi del negozio, come pure autorevolmente sostenuto, quanto alla fase che intercorre nella conclusione del negozio tra riconoscimento della rilevanza giuridica, e quello della efficacia, che spesso dipende dall’intervento di ulteriori elementi, tuttavia non incidenti sulla individualità ed esistenza del negozio in quanto tale.

⁵⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, p. 144 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 201 ss. Secondo D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 61 ss., deve considerarsi superata la ricostruzione della condizione facente leva sulla distinzione classica tra elementi costitutivi del negozio e semplici requisiti di efficacia; e ciò sulla base di due ragioni: la mancanza di un sicuro fondamento di diritto positivo e il fatto che tutti gli elementi di una fattispecie siano necessari per la produzione dell’effetto. Piuttosto una diversa distinzione dovrebbe operarsi nell’ambito della fattispecie negoziale, precisamente quella rilevante solo per la produzione dell’effetto ed elementi rilevanti anche per la specificazione



La ricostruzione teorica⁶⁰ se da un lato ha gettato le basi per una riconsiderazione della clausola condizionale, dall'altro ha offerto l'opportunità di verificare la possibilità di attribuire alla clausola condizionale altre e ulteriori funzioni. Il rilievo assunto dal concetto di interesse, non

dell'effetto. Il fatto dedotto in condizione costituirebbe elemento rilevante solo per la produzione e non anche per la specificazione dell'effetto. Nel negozio sottoposto a condizione sospensiva la volontà è definitivamente ed inequivocabilmente formata ed è per la produzione dell'effetto che si rende necessario il verificarsi di un determinato fatto, quello appunto dedotto in condizione che, come tale, viene a far parte della fattispecie produttiva dell'effetto. Perché un fatto possa venire qualificato come giuridico e reso capace di produrre effetti giuridici è necessario che esso presenti tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica che lo prevede. Siffatti elementi non stanno sullo stesso piano. Da un punto di vista astratto alcuni di tali elementi si presentano come essenziali, altri non essenziali, tra i quali, appunto, quelli accidentali, che però, una volta inseriti in un determinato negozio, diventano elementi indispensabili. Vi sarebbe una discordanza fra fattispecie astratta, rispetto alla quale la condizione rimane elemento accidentale, e fattispecie concreta, ove, invece, la stessa diventa elemento essenziale. In questa prospettiva la condizione viene qualificata come concausa dell'efficacia. Alla base di tale ricostruzione vi è la distinzione tra rilevanza ed efficacia della fattispecie. Infatti potrebbe aversi una fattispecie giuridicamente rilevante ma inefficace, oppure con efficacia subordinata ad ulteriori requisiti. Giuridicamente rilevante sarebbe la situazione di fatto concreta quando risulti costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica perché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso capace di produrre effetti giuridici. Efficace, invece, quando la situazione di fatto, riconosciuta rilevante, presenta anche tutti gli ulteriori elementi necessari al prodursi dell'efficacia. Il rapporto tra elementi essenziali ed elementi non essenziali di tipo negoziale altro non è che il riflesso di un rapporto tra diversi sistemi di interessi; quante volte la realizzazione degli interessi particolari rappresentati dall'atto negoziale resti subordinata alla non interferenza di un diverso piano di interessi esterni e incompatibili rispetto all'interesse interno negoziale. La condizione si inserirebbe in un sistema di valutazione di tipo assiologico degli elementi costitutivi del negozio giuridico, rappresentando l'insieme di quelli interessi esterni, siccome contrapposti a quelli interni negoziali, interessi esterni dalla cui verifica o dal cui mancato prodursi resterebbero a dipendere il prodursi o il mancato verificarsi degli effetti definitivi. P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 766 ss., pur aderendo alla tesi che collega il rapporto tra negozio e condizione ad una relazione tra due sistemi di interesse, uno interno, rappresentato dal negozio giuridico, ed uno esterno, rappresentato dalla condizione, ritiene, tuttavia, che non deve escludersi per l'interpretazione della condizione, un collegamento tra condizione e motivo individuale, ove si tratti di motivi che rispondano alla stessa esigenza che la legge pretende per la causa, e cioè di motivi destinati a realizzare, al pari della causa interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

⁶⁰ Il dibattito dottrinale si è svolto sul problema della determinazione funzionale della condizione nella struttura negoziale. Un primo autorevole intervento è quella di D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pp. 61 ss e 112 ss., secondo il quale deve considerarsi superata una ricostruzione della condizione facente leva sulla distinzione classica tra elementi costitutivi del negozio e semplici requisiti di efficacia. Invece, una diversa distinzione dovrebbe operare all'interno del negozio giuridico, quella tra elementi rilevanti solo per la produzione degli effetti ed elementi rilevanti anche per la specificazione dell'effetto. Il fatto dedotto in condizione costituirebbe un elemento rilevante solo per la produzione e non anche per la specificazione dell'effetto. Nel negozio *sub condicione* sospensiva, la volontà è già formata e solo per la produzione dell'effetto si rende necessario il verificarsi di un determinato fatto, quello dedotto in condizione. A tale prospettazione è seguita un'altra concezione alla cui base vi è il concetto di fattispecie e, in particolare, il rapporto tra fatto ed effetto giuridico (A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 1 ss.). Perché un fatto possa essere "giuridico" e "produttivo di effetti giuridici" è necessario che esso abbia tutti gli elementi previsti dalla norma giuridica. Questi elementi hanno un valore diversificato. Alcuni, da un punto di vista astratto, si presentano come essenziali, necessari allo stesso costituirsi del negozio; altri, invece, non essenziali, tra i quali quelli accidentali, che però, una volta inseriti in un determinato negozio, diventano anch'essi elementi indispensabili, nel senso che, in mancanza, impediscono la normale produzione degli effetti definitivi del negozio. Vi sarebbe, quindi, una discordanza tra fattispecie astratta, rispetto alla quale la condizione rimane elemento accidentale, e fattispecie concreta, dove la stessa diventa essenziale al prodursi dell'effetto finale (si v. P. RESCIGNO, *Condizione*, cit., p. 763). In tale angolo visuale la condizione, sebbene elemento esterno al *nomen iuris*, diventa concausa esterna dell'efficacia o coelemento di efficacia, per specificare che un atto giuridico, sebbene esistente, non può spiegare immediatamente gli effetti giuridici ad esso propri in quanto difetta di un coelemento indispensabile di efficacia.



solo in riferimento alla elaborazione della teoria della condizione, ma in quella più ampia del negozio giuridico ha offerto lo spunto per una riconsiderazione della clausola condizionale, reputata ormai, oltre che come strumento di contemperamento di diversi sistemi di interessi, anche quale mezzo di selezione degli interessi rilevanti sul piano del regolamento⁶¹.

La condizione sarebbe uno strumento atto a introdurre, sul piano del regolamento, la considerazione di interessi ulteriori e dunque, diversi, rispetto a quelli deducibili dal precetto condizionato⁶² e, anzi, la possibilità di ricorrere alla condizione non farebbe altro che esaltare l'autonomia privata⁶³.

La clausola condizionale, in quanto manifestazione di autonomia privata⁶⁴, determinerebbe un arricchimento del regolamento contrattuale e svolgerebbe una funzione di conformazione dell'effetto negoziale, quale astrattamente configurato dalla norma. Ciò porta all'insorgere di una situazione di pendenza negoziale nel tempo di mezzo che va dall'inserzione della condizione all'eventuale mancato avveramento⁶⁵.

Tale fase di pendenza è caratterizzata da almeno due momenti: l'attesa giuridicamente tutelata nella forma dell'aspettativa giuridica e la predisposizione di appositi mezzi di tutela da parte dell'ordinamento⁶⁶.

La conclusione di un negozio condizionato pone i contraenti nella particolare posizione di potenziali destinatari di tutti gli effetti giuridici derivanti dal negozio, a seguito del verificarsi dell'evento dedotto in condizione.

Tale posizione produce specifici effetti preliminari, i quali consentono di qualificare l'aspettativa non più come mera posizione di attesa, bensì come un vero e proprio rapporto giuridico, i cui termini di correlazione sono rappresentati dal diritto di aspettativa e dall'aspettativa dell'obbligo⁶⁷. Sicché

⁶¹ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, pp. 207 e 212 ss.

⁶² M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 112; R. SACCO, *Obbligazioni e contratti, La condizione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Milano, 1986, p. 291 ss., il quale ammette che la possibilità di ricorrere alla condizione non farebbe altro che esaltare l'autonomia privata.

⁶³ R. SACCO, *Obbligazioni e contratti, La condizione*, cit., p. 291 ss.

⁶⁴ Sulla condizione come strumento di autonomia privata SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1993, p. 138 ss.

⁶⁵ Tale ricostruzione teorica si basa sulla distinzione tra rilevanza e efficacia giuridica della fattispecie, a sua volta fondata sulla corrispondente distinzione tra requisiti di esistenza del fatto giuridico e requisiti di efficacia dello stesso, influenti sulla produzione dell'effetto. Pertanto, la situazione di fatto concreta sarà giuridicamente rilevante se risulterà costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica. Mentre, sarà efficace quando, una volta riconosciuta rilevante, presenta anche tutti gli elementi necessari al prodursi dell'effetto. Tali elementi potranno essere interni o esterni alla fattispecie. Il rapporto tra elementi essenziali e altro non è che il riflesso del rapporto tra diversi sistemi di interessi. Spesso la realizzazione degli interessi del negozio giuridico sono subordinati alla non interferenza di diversi interessi esterni. La condizione si inserirebbe in un sistema di valutazione di tipo assiologico, rappresentato, sul piano strutturale, l'insieme di quegli interessi esterni. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 14, p. 433 ss. e N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 4 ss.

⁶⁶ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 203 ss.

⁶⁷ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 115; M.C. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 553 ss. Se-



può dirsi che, come il rapporto condizionato è costituito da diritti e correlativi obblighi, così anche il rapporto preliminare risulta caratterizzato da aspettative di diritto e aspettative di obbligo, strette da un nesso di correlazione.

Su tale rapporto si incentra l'insieme degli effetti preliminari *ex artt. 1356 ss. c.c.*: così è attribuito al destinatario della posizione attiva di aspettativa, il potere di compiere atti conservativi o, comunque, di assumere ogni iniziativa tendente ad assicurare il conseguimento dei diritti acquistati sotto condizione sospensiva; mentre costituiscono aspetti del lato passivo del rapporto di aspettativa sia l'obbligo di comportarsi secondo buona fede sia la finzione di avveramento della condizione.

Occorre, a questo punto, verificare se l'aspettativa possa confluire nelle situazioni giuridiche soggettive tipiche, come il diritto soggettivo, o se essa configuri una ipotesi autonoma ed indipendente all'interno dei fenomeni giuridici.

4.2. – I sostenitori⁶⁸ della tesi secondo cui vi sarebbe identità tra aspettativa e diritto soggettivo muovono dal presupposto che il diritto soggettivo potrebbe formarsi per gradi, in quanto è possibile che la fattispecie si completi in momenti diversi e successivi. Da qui l'idea del diritto *in fieri*, o futuro, che ha portato a qualificare l'aspettativa come un'eventuale stadio preliminare del diritto soggettivo, in cui la protezione degli interessi da parte dell'ordinamento sarebbe meno intensa, in quanto funzionale alla nascita di quella più completa forma di protezione che è appunto il diritto soggettivo.

Scognamiglio rileva come sia proprio il problema della configurazione del diritto di aspettativa a far versare la dottrina in gravi difficoltà.

Secondo una tendenza, che si ricollega alle origini della nozione⁶⁹ si deve ammettere che, come la fattispecie, lo stesso diritto possa formarsi per gradi; e, dunque, si può ravvisare nella aspettativa di diritto una parte, o germe del futuro diritto, e così un punto medio tra l'aspettativa di fatto ed il diritto perfetto. Ma, ad una simile concezione, si replica che «il diritto, per la sua natura di effetto ideale della fattispecie non può che esistere oppure no, e “nascere poi tutto d'un tratto”; pertanto non è possibile concepire un “mezzo-diritto”»⁷⁰, quale dovrebbe essere a tale stregua l'aspettativa⁷¹.

condo L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 675, parlare di aspettativa di diritto a proposito della posizione dell'acquirente sotto condizione sospensiva, è poco; piuttosto sarebbe preferibile concepire un diritto al diritto, ma con una limitazione: è un diritto all'eventuale conseguimento di un diritto. La tesi del diritto al diritto è stata criticata da R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 228, secondo il quale il concetto di diritto al diritto vuole raffigurare il conseguimento di una situazione soggettiva con carattere di certezza e definitività e quindi corrispondente da una posizione soggettiva sostanzialmente diversa dall'aspettativa.

⁶⁸ Si v. A. FALZEA, *La condizione*, in *Enc. giur. Treccani*, Torino, p. 5; M.C. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, cit., p. 537 ss; F. PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 199 ss.

⁶⁹ Nella analisi della formazione della fattispecie complessa.

⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *L'aspettativa di diritto*, cit., p. 228.

⁷¹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, l'autore si sofferma su ulteriori tesi “possibiliste” sulla configurazione di un di-



Pertanto la nozione di aspettativa si deve ritenere inconciliabile con quella del diritto soggettivo, il quale, per quanto possa variarne il contenuto e la disciplina, postula sempre l'attribuzione al titolare di un potere per la soddisfazione di un suo interesse; mentre l'aspettativa non può che risolversi per definizione in una posizione di attesa e dunque di inerzia; e potrà conseguire una tutela giuridica e qualche rilevanza per il diritto, soltanto in via indiretta e mediata, attraverso effetti che non si risolvono mai in un potere autonomo del soggetto di far valere l'aspettativa medesima⁷².

La confusione tra le due figure è la risultante di una concezione formalistica e individualistica del diritto soggettivo.

La differenziazione è consequenziale alla revisione critica della nozione di diritto soggettivo, determinata dalla consapevolezza della varietà di bisogni che emergono in concreto nella realtà sociale, rispetto alle quali le categorie tradizionali non sempre si sono rilevate del tutto funzionali⁷³. La pluralità di interessi in gioco ha orientato la dottrina verso una impostazione più propriamente oggettiva⁷⁴ del diritto soggettivo, la quale partendo dal rapporto intercorrente tra inte-

ritto di aspettativa ma senza notevoli risultati. Si è provato a ricondurre l'aspettativa ad autonomi di diritti: a quei poteri, cioè, che al soggetto vengono talora attribuiti per il conseguimento di un diritto ulteriore. Esempi potrebbero trovarsi, in materia di successione *mortis causa*, nella sostituzione ordinaria (artt. 688 ss. c.c.), nella quale si dovrebbe ravvisare un'aspettativa del sostituito, condizionata per l'appunto all'evento che l'istituito non possa o non voglia accettare. Ma si può replicare che una simile configurazione, di una vocazione condizionata del sostituito corrisponde ad una visione approssimata ed empirica del fenomeno, in quanto si deve ricondurre al diverso e più preciso profilo della vocazione indiretta. Questa concezione, inoltre, pone in evidenza come finché sta in piedi la chiamata dell'istituito, il sostituito si trovi in una posizione che potremmo dire di estraneità di fronte alla vocazione, come tale non meritevole di alcuna tutela da parte dell'ordinamento giuridico. E in effetti sembra che non si possa sostenere che una qualche tutela ricorra nell'ipotesi in esame. Un discorso simile va fatto anche per la sostituzione fedecommissaria (artt. 692 ss. c.c.). È vero che, in questo caso, grava sull'istituito l'obbligo di conservare i beni e restituirli al sostituito; ma la regola si giustifica con lo stesso meccanismo, e con la funzione, della sostituzione successiva, che fa capo ad una esigenza di tutela della volontà del testatore, non certo a quella dell'aspettativa del sostituito. Il quale rimane estraneo per il momento alla vocazione e piuttosto verrà ad essere investito della posizione di chiamato alla eredità, oltre che nei casi di sostituzione ordinaria, anche, ed è questa l'ipotesi tipica, nel caso di una sopravvivenza all'istituito. Tanto meno è possibile ravvisare una aspettativa di diritto nella posizione del c.d. erede di grado ulteriore; cioè del soggetto che, secondo disposizioni di legge, si troverà ad essere chiamato, qualora venga meno l'erede di grado precedente. In questo caso manca un appiglio che sembra possibile ravvisare nella concezione empirica di una designazione condizionata del testatore; ed appare ancora più evidente come la predeterminazione di eredi ulteriori nulla ha a che fare con la tutela di un'aspettativa di tali soggetti; ma serve, semmai, al diverso scopo di garantire attraverso questi altri designati, nel miglior modo, qualche successore nella eredità; finalità che può benissimo essere realizzata anche se, *medio tempore*, nessun effetto giuridico si produce in capo al successivo erede. Differente, semmai, è la posizione del coerede con diritto di accrescimento (artt. 674 ss. c.c.). Qui, infatti, è innegabile che un vero e proprio diritto sussiste in capo al coerede; ma questo non in forza della designazione ma a seguito della vera e propria chiamata all'eredità. Cosicché ci troviamo al di fuori dei termini nei quali in tema di successione sembra possibile concepire un'aspettativa. Il problema, che in materia di aspettativa si pone, non è di giustificare la tutela della pretesa aspettativa, ma di spiegare come possa il diritto di ciascun coerede alla sua quota estendersi all'intero.

⁷² R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 229.

⁷³ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 29.

⁷⁴ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 69 ss.; ID., *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1962, p. 127 ss.

JUS CIVILE



resse e mezzo di tutela fornito dall'ordinamento, è risalita alla categoria delle situazioni giuridiche soggettive⁷⁵, sicuramente più idonee a rappresentare i diversi tipi di rapporto che possono costituirsi tra i soggetti e i beni.

Il diritto soggettivo come situazione giuridica, fa propria la relazione tra il soggetto e il bene, espressa come interesse giuridicamente protetto⁷⁶.

In questo modo il diritto soggettivo rimane esterno al momento della volontà, la cui rilevanza viene presa in considerazione nella successiva fase dell'attuazione. Sicché tale categoria viene a caratterizzarsi per la presenza di un interesse e di un potere finalizzato alla realizzazione del primo che ne rappresenta il risultato.

Se il diritto soggettivo è una posizione accordata per la tutela di determinati interessi, in funzione realizzativa degli stessi, si comprende perché autorevoli studiosi, come Scognamiglio, hanno respinto la configurazione dell'aspettativa come diritto in formazione⁷⁷.

L'effetto giuridico predisposto dall'ordinamento è sempre in relazione al tipo di interesse evidenziato dalla fattispecie, cui la norma intende dare tutela⁷⁸. Di conseguenza, l'aspettativa non può essere espressione di una pretesa formazione per gradi del diritto soggettivo, bensì la conseguenza del particolare rapporto che viene a instaurarsi tra un interesse riconosciuto rilevante e i mezzi di tutela predisposti dalle norme in funzione conservativa, anziché realizzativa⁷⁹.

L'aspettativa si caratterizza in quanto l'interesse, sebbene valutato dall'ordinamento rilevante è tuttavia, ancora, incompleto e non sufficientemente individuato nei suoi elementi soggettivi, o oggettivi, cosicché esso potrà aspirare solo a una tutela di tipo corrispondente, consistente nella garanzia della sua conservazione⁸⁰.

Non è, dunque, il processo formativo delle situazione a distinguere le due figure, quanto il diverso modo di venire a esistenza dell'interesse tutelato e, soprattutto, la particolare relazione funzionale intercorrente tra interesse e potere⁸¹. Da qui deriva la natura strumentale dell'aspettativa (rispetto alla situazione finale a garanzia della quale è posta), nonché la sua netta differenza rispetto al diritto potestativo⁸². Diverse sono le fattispecie costitutive e la conformazione delle due situazioni: nell'aspettativa difetta proprio l'elemento caratterizzante il

⁷⁵ Sul tema è interessante lo studio compiuto da N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., pp. 34-37 e 47-48.

⁷⁶ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 31.

⁷⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., pp. 228-229, il quale afferma che il diritto soggettivo "per la sua natura di effetto ideale della fattispecie, non può che esistere oppure no, e nascere poi tutto d'un tratto". *Retro*.

⁷⁸ Sul punto anche N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 5 ss.

⁷⁹ M.C. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, VI, Milano, 1999, p. 28 ss. L'autore qualifica l'aspettativa quale posizione giuridica autonoma rispetto a quella finale che tutela un interesse del soggetto, cioè l'interesse acquisitivo condizionale.

⁸⁰ Interessante anche quanto affermato da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 310 ss.

⁸¹ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 34.

⁸² G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preliminare*, Milano, 1974, p. 51 ss.

JUS CIVILE



diritto potestativo, ossia il potere modificativo dell'altrui sfera giuridica⁸³.

Un notevole interesse sembra presentare, per Scognamiglio, la cosiddetta efficacia preliminare del negozio, rispetto alla quale è da ammettersi una qualche tutela.

Occorre stabilire, però, se questo basta a legittimare la costruzione di un autonomo e corrispondente diritto.

Si tratta, in particolare, di verificare in che misura sia possibile distinguere l'aspettativa dall'insieme degli effetti preliminari, ai quali pure risulta strettamente legata. Il problema è capire «se tali effetti siano da fondarsi sulla rilevanza che il diritto già attribuisce a una parte della fattispecie complessa, o se, per converso, la cosiddetta tutela dell'aspettativa costituisca solo un aspetto riflesso e mediato di tale rilevanza senza alcun margine per la costruzione di un autonomo diritto»⁸⁴.

Indubbiamente tra aspettativa ed effetti giuridici preliminari esiste una connessione strutturale e funzionale, preso atto che è ormai ben nota la possibilità di una formazione successiva della fattispecie negoziale, o per la pendenza della condizione volontaria, che è l'ipotesi tipica, o in generale per la mancanza di un elemento necessario per l'efficacia, si rileva poi che già il nucleo costitutivo del negozio produce una serie di effetti, corrispondenti all'esigenza di garantire e preparare l'avverarsi della situazione finale⁸⁵.

Tali effetti presuppongono una situazione di pendenza nascente da un negozio che, sebbene completo di tutti gli elementi costitutivi, non è ancora idoneo a produrre gli effetti finali. Gli effetti preliminari si caratterizzano essenzialmente per: 1) la funzione mediata di assicurare la futura produzione degli effetti definitivi⁸⁶; 2) l'interesse tutelato, diverso da quello che sta alla ba-

⁸³ In particolare è da rilevare la posizione di R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 228 ss. Secondo l'autore quel che caratterizza in modo essenziale il diritto potestativo è proprio il potere del titolare di modificare una situazione giuridica preesistente attraverso un suo mero atto di volontà, di fronte al quale l'altro soggetto del rapporto si trova in uno stato di soggezione; un connotato che in nessun caso potrebbe ravvisarsi nella nozione di aspettativa. E non varrebbe sostenere che del diritto potestativo debba accogliersi una nozione più lata, comprensiva tra l'altro di queste aspettative, che vi rientrerebbero come facoltà acquisite. È possibile replicare che così ragionando si può pervenire a qualsiasi amplificazione, ma senza alcun "costrutto"; e che la questione non è di sola etichetta, ma di sostanza, poiché, se si esclude il potere accennato del titolare, non si vede a quale potere o facoltà si possa far capo per ravvisare nella specie un diritto soggettivo.

Per R. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*, anche il tentativo di avvicinare l'aspettativa alla figura del diritto al diritto sembra doversi spegnere. Per l'autore questa soluzione, a prescindere dai dubbi della stessa nozione di diritto al diritto, non pare convincente. Infatti l'essenza della aspettativa deve ravvisarsi nell'attesa di un evento (giuridico) più o meno probabile; ma pur sempre incerto e per ragioni estranee alla volontà di chi attende. Al contrario l'idea del diritto al diritto suole raffigurare il conseguimento di un diritto e dunque di una situazione giuridica soggettiva con carattere di certezza e definitività, che possa dare ragione dell'acquisto di ulteriori diritti; e così corrisponde ad una posizione soggettiva sostanzialmente differente da quella che si esamina.

⁸⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 227 ss.

⁸⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, p. 230.

⁸⁶ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 151, per l'autore la categoria degli effetti preliminari si caratterizza appunto da una particolare funzione mediata, che nettamente si distingue dalle funzioni mediate di tutti i rimanenti effetti giuridici. Ammessa la possibilità di distinguere questa funzione mediata da quella



se delle situazioni finali. E alla cui realizzazione sono diretti i futuri effetti definitivi; 3) la connessione funzionale con gli effetti definitivi, dai quali restano distinti, ma ai quali sono collegati da un rapporto di specularità, nel senso che ne anticipano il contenuto⁸⁷.

Da tutto ciò emerge che non ogni fattispecie in formazione potrà dar vita ad effetti preliminari⁸⁸. Ciò che occorre perché da una fattispecie derivino simili effetti è che questa sia già sufficientemente completa dal punto di vista dei suoi elementi costitutivi e che renda manifesta il risultato e gli effetti finali perseguiti. Questo comporta che non può aversi rapporto giuridico di aspettativa in assenza di effetti preliminari.

Il punto focale è proprio quello di stabilire se la situazione di aspettativa costituisca entità giuridica autonoma, diversa dai singoli effetti che la contraddistinguono o se, invece, non sia altro che il complesso di tali medesimi diritti ed obblighi⁸⁹.

Può dirsi allora che l'aspettativa nasce quando alla situazione di attesa si accompagnano diritti, poteri ed obblighi, attribuiti in funzione conservativa di un interesse facente capo al soggetto che dalla fattispecie in formazione, risulta come futuro titolare del diritto. In questo senso l'aspettativa si atteggia alla stessa maniera della altre situazioni giuridiche soggettive, non divenendo mai un'entità giuridica autonoma⁹⁰ attributiva di nuovi e distinti facoltà e poteri.

Giuridicamente, l'aspettativa designa il complesso di quegli effetti preliminari, che proteggono la futura insorgenza di un effetto (definitivo). In questo senso rimane escluso che l'aspet-

di tutti i rimanenti effetti giuridici, rimane senz'altro giustificata la rilevanza della categoria «effetti preliminari». Tale rilevanza si fonda sulla generale rilevanza della *ratio* per la determinazione del contenuto della norma. La funzione mediata degli effetti preliminari consiste nell'assicurare la futura produzione degli effetti definitivi, proteggendo il completarsi della fattispecie: e quindi proteggendo da un lato la futura realizzazione degli elementi ancora mancanti, dall'altro lato la persistenza degli elementi già realizzati di quelli, almeno, la cui persistenza è necessaria fino al completarsi della fattispecie. Correlativamente, poiché ogni effetto giuridico si riferisce ad un interesse che intende tutelare è dato osservare che l'interesse tutelato con gli effetti preliminari è diverso dall'interesse che sarà tutelato con gli effetti definitivi, e consiste nell'interesse (attuale) alla futura insorgenza degli effetti definitivi.

Critica tale posizione del Rubino, M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 36 (nota 37) per cui, mentre si può sicuramente concordare sulla riconosciuta funzione mediata e conservativa degli effetti preliminari rispetto a quelli definitivi, suscita sicure perplessità l'affermazione del Rubino per il quale l'interesse tutelato con gli effetti preliminari è diverso dall'interesse alla futura insorgenza degli effetti definitivi.

⁸⁷ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 37. Sul punto anche D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 121 ss.

⁸⁸ Non è produttiva di una simile situazione giuridica, ad esempio, la fase di svolgimento delle trattative, ove ancora manca lo stesso vincolo contrattuale; e per la stessa ragione la fase intercorrente tra l'emanazione della proposta contrattuale e l'intervento dell'accettazione.

⁸⁹ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 205 ss. Sotto quest'ultimo aspetto è sicuramente da condividere l'affermazione secondo cui non può concepirsi aspettativa senza effetti preliminari. È evidente che la rilevanza della situazione è connessa al tipo di protezione offerta dall'ordinamento giuridico. È proprio l'insieme dei diritti ed obblighi, ad essa collegati, che consentono di trasformare l'aspettativa da "mera posizione recettiva" in "vero e proprio rapporto giuridico".

⁹⁰ In tal senso D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 316, secondo il quale non ci sono ragioni apprezzabili per configurare l'aspettativa come entità giuridica individua, ma essa invece designa il semplice complesso degli effetti giuridici preliminari singoli disposti in favore di un soggetto.



tativa configuri un diritto soggettivo e tutt'al più, l'esistenza di essa, come entità giuridica di un altro tipo, potrebbe concedersi con il ritenere che l'aspettativa rientri in quella categoria denominata situazione giuridica soggettiva. Pertanto, l'aspettativa designa il semplice complesso degli effetti giuridici preliminari singoli disposti in favore di un soggetto, cioè il complesso dei rapporti preliminari in cui un soggetto interviene nel termine attivo; e questo complesso non costituisce, a sua volta, un effetto giuridico a sé stante, sovraordinato ai rapporti singoli che lo compongono, ma si risolve in questi rapporti, e solo sta ad indicare la connessione fra essi esistenti⁹¹. Però se non può aversi aspettativa senza effetti giuridici preliminari, non possono aversi effetti preliminari al di fuori di un rapporto giuridico di aspettativa⁹².

L'ambito degli effetti giuridici preliminari è in realtà più ampio di quello proprio dell'aspettativa. Poiché la provvisorietà dell'effetto è funzionale, e non necessariamente strutturale, è pienamente plausibile che, a volte, determinati effetti giuridici, pur non inserendosi in una fase di formazione successiva della fattispecie, adempiano ad una funzione meramente conservativa e cautelare rispetto agli effetti finali che si ricollegano ad una diversa fattispecie contrattuale, e ciò a prescindere dalla configurabilità di una situazione giuridica di aspettativa.

La tutela che vi si ricollega risente del tipo di protezione che l'ordinamento giuridico fornisce all'interesse che è a base della situazione giuridica.

Sicché l'aspettativa, con la sua natura conservativa e cautelare, si specifica, volta a volta, in relazione al tipo di effetti che a essa concretamente l'ordine giuridico vi ricollega⁹³.

I principali effetti giuridici preliminari individuati dalla dottrina⁹⁴ sono: il vincolo negoziale, o irrevocabilità, l'obbligo di comportarsi in buona fede, o di non impedire il completarsi della fattispecie, il potere di compiere atti conservativi del diritto che potrà spettare.

Occorre, tuttavia, valutare se la configurazione nell'ipotesi di un diritto di aspettativa corrisponda a una visione più approfondita del fenomeno in esame, o si risolva piuttosto in una formula descrittiva di questi cosiddetti effetti preliminari, unitariamente raffigurati secondo la prospettiva del soggetto che attende il verificarsi degli effetti finali⁹⁵.

Per potere continuare nell'analisi occorre esaminare, a uno a uno, gli effetti che si verificano in questa fase formativa del negozio per stabilire se essi valgano, o meno, ad attuare la pretesa autonoma tutela della aspettativa.

⁹¹ D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 317.

⁹² M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 39.

⁹³ E ancora, poiché in essa si riflette il contenuto delle future situazioni finali, è possibile distinguere, secondo una risalente tradizione giuridica tedesca, diversi tipi di aspettativa: reale, obbligatoria, relativa ed assoluta. Sul punto si v. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 318 ss., il quale affronta, in particolare, il complesso problema della distinzione delle aspettative relative ed assolute.

⁹⁴ D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 241 ss.

⁹⁵ Ad una siffatta conclusione è pervenuto D. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 307 ss., secondo il quale l'aspettativa non attribuisce alcun potere al suo titolare, che non sia già contemplato nei cosiddetti effetti preliminari, e dunque in null'altro si risolve che nella designazione dal lato attivo del complesso di tali effetti. *Retrospectively*.

JUS CIVILE



Per quanto riguarda il primo effetto, quello della irrevocabilità, esso non è propriamente un effetto preliminare ma corrisponde all'effetto definitivo e fondamentale del negozio, il c.d. vincolo negoziale⁹⁶. Il fatto che, quando le parti stipulano un contratto rimangano immediatamente vincolate, corrisponde a quel che le stesse hanno «divisato» (la c.d. volontà contrattuale) e tale effetto realizza proprio la tutela dell'interesse fondamentale che le spinge a contrarre. Questo e non altro è il significato del principio enunciato nell'art. 1372 c.c., secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti, e che vale per ogni ipotesi di contratto, anche quello condizionato⁹⁷.

Si deve, dunque, riconoscere che l'effetto vincolante ricorre allo stesso modo per ogni ipotesi di negozio.

Non diversamente si raggiunge, per quanto riguarda il c.d. obbligo di non impedire il completarsi della fattispecie, o meglio di comportarsi secondo buona fede, e il connesso diritto dell'altra parte⁹⁸.

Questo obbligo di correttezza accompagna, infatti, il contratto in ogni sua fase: da quella delle trattative a quella dell'esecuzione; e, in questo senso, non può ritenersi l'effetto tipico di una fase formativa soltanto, e tanto meno ricondursi ad un autonomo diritto di aspettativa⁹⁹.

Pertanto, sia la irrevocabilità che quest'ultimo obbligo soltanto indirettamente operano a tutela dell'aspettativa del contraente¹⁰⁰.

Particolare rilevanza per l'indagine emerge dal contenuto dell'art. 1357 c.c. che potrebbe implicare la possibilità di una disposizione immediata del diritto di aspettativa. Ma sembra agevole stabilire che anche qui il ricorso alla aspettativa assume un valore essenzialmente descrittivo e questa volta poi con riferimento ad un fenomeno semmai diverso. Si deve escludere infatti che i cc.dd. effetti preliminari possano trasferirsi¹⁰¹; se il soggetto A acquirente sotto condizione sospensiva da B può disporre del diritto nei confronti di C, questo avviene proprio in forza del contratto tra A e B di per sé impegnativo anche se inefficace e che tale rimane fino al verificarsi della condizione con tutte le conseguenze già note; semmai sorgono nuovi effetti dello stesso genere (e cioè preliminari) in forza del nuovo contratto tra A e C, anch'esso però inefficace¹⁰².

⁹⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 231.

⁹⁷ Quest'ultimo ipotesi tipica riguardante la disciplina dell'aspettativa. *Infra*.

⁹⁸ Tra l'altro nell'ipotesi di condizione volontaria (art. 1359 c.c.) incontra nella legge una tutela molto energica: la condizione vale come adempiuta a danno di chi ha impedito il suo verificarsi.

⁹⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 231.

¹⁰⁰ Rimarrebbe il potere di compiere atti conservativi, di accertamento del futuro diritto ecc.; ma sembra da escludere la possibilità e l'opportunità di ricondurre ad un autonomo e corrispondente diritto. Mentre pare evidente che l'attribuzione di siffatti poteri ai contraenti si può a sua volta soltanto giustificare per il mancato riconoscimento di un diritto attuale. R. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 353 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 232.

¹⁰² Tale posizione è confermata da M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, cit., p. 92, la quale ritiene che il terzo acquirente (C) non subentrerebbe nella posizione giuridica dell'alienante *sub condicione*. La sua posizione sarebbe autonoma e l'atto da lui concluso non sarebbe collegato con quello sottoposto a condizione. Non vi sarebbe

JUS CIVILE



Il significato della norma invocata deve essere allora un altro: che al verificarsi della condizione in virtù del nuovo contratto gli effetti si produrranno direttamente nei confronti di C.

L'*iter* logico è stato condotto rispetto all'ipotesi di condizione volontaria; ma le considerazioni proposte si possono estendere a tutti i casi di negozio ad effetti differiti.

4.3. – I sostenitori della prima tesi muovono la loro analisi, invece, dall'ambito nel quale tradizionalmente viene individuato il fondamento normativo dell'aspettativa: il negozio sottoposto a condizione sospensiva¹⁰³.

In tale contesto la dichiarazione condizionale possiede fin dalla sua nascita un autonomo ruolo nel diritto, diverso da quello che essa riveste dopo la verifica dell'evento condizionante. La diversità dei due ruoli, preliminare e finale, è segnata dalla distinzione tra rilevanza ed efficacia.

La rilevanza giuridica va considerata sotto due profili: uno teorico generale e l'altro dogmatico. Nell'ambito di una teoria generale del diritto, la rilevanza designa lo *status* della fattispecie parziale, come l'efficacia designa lo *status* della fattispecie totale¹⁰⁴. Sotto il profilo dogmatico va aggiunto che la fattispecie, fino a quando non viene completata e reintegrata nella totalità dell'ordinamento giuridico, non è in grado di esprimere pienamente l'interesse tutelato dal diritto e di produrre i suoi effetti tipici e fondamentali; ma è in grado di indicare un nucleo centrale di interessi capace di affermarsi nel processo di reintegrazione. E a tale titolo può meritare ed esigere la tutela del diritto.

La dichiarazione condizionale, in quanto fattispecie parziale, non è in grado di offrire la soluzione giuridica del problema che essa propone al diritto, una soluzione che può avvenire soltanto quando si completa il processo di reintegrazione nell'intero sistema giuridico e si acquisisce la conoscenza che gli interessi da essa proposti non si incontrino con altri interessi prevalenti nella cornice della fattispecie totale. E tuttavia la dichiarazione condizionale prospetta di per sé valori pratici che già nel presente appaiono definiti nel loro contenuto essenziale, anche se soltanto in un futuro la situazione di fatto maturerà fino a consentire una definitiva presa di coscienza da parte del diritto tale da richiedere la predisposizione di misure giuridiche.

quindi una cessione di una posizione contrattuale, come nella fattispecie *ex art.* 1406 c.c. Per la retroattività della condizione, però, la titolarità del diritto verrebbe acquistata dal giorno in cui si è compiuto il trasferimento, non già dal momento in cui è stato stipulato l'atto originariamente concluso. Con l'avveramento della condizione si configurerebbero due separati effetti, rispettivamente l'uno in capo al primo acquirente *sub condicione*, l'altro in capo al secondo, con conseguente doppio consecutivo trasferimento. Questo procedimento ha come modello di riferimento l'atto condizionato di un negozio ad effetti reali. L'acquirente *sub condicione* trasferisce ad un terzo il bene con un atto autonomo, ma collegato al verificarsi dell'evento condizionale. Il verificarsi della condizione crea quindi un duplice effetto traslativo con conseguente doppio passaggio di titolarità. La retroattività della condizione, infatti, opera sempre nei limiti della successione temporale degli atti. Pertanto l'art. 1357 c.c. impedisce che il titolare dell'aspettativa possa disporre del bene, come se fosse ne fosse il proprietario.

¹⁰³ *Retro.*

¹⁰⁴ A. FALZEA, *Condizione*, cit., p. 5. Lo studio più approfondito del rapporto tra fattispecie definitiva e preliminare è stato compiuto da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 27 ss. Anche se merita di essere ricordato R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 227 ss.

JUS CIVILE



Per garantire che il processo di attualizzazione e di determinazione degli interessi in gioco abbia un normale sviluppo occorre un intervento immediato del diritto, volto ad assicurare che l'interesse non ancora attuale o non ancora determinato non resti senza difesa nel percorso della sua formazione. Un intervento che non apre la via alla realizzazione dell'interesse della dichiarazione di volontà ma vale a preservarne la conservazione. In ciò sta il significato pratico della dichiarazione condizionale: essa non produce situazioni giuridiche finali, ma semplici aspettative: aspettative giuridicamente garantite pur se non piene e di grado minore, diverse dalle mere aspettative di fatto che sono prive di tutela giuridica.

Nel quadro della situazione di aspettativa rilevano due figure particolarmente importanti.

La prima è conosciuta come finzione di avveramento della condizione *ex art. 1359 c.c.*

Tale norma tutela l'aspettativa contro il comportamento del soggetto interessato che causi intenzionalmente il mancato avveramento della condizione.

La generalizzazione permette di prospettare la finzione di inadempimento della condizione per la ipotesi in cui il soggetto interessato, venendo meno al dovere di buona fede *ex art. 1358 c.c.*, forzi arbitrariamente la situazione obiettiva rispetto alle probabilità che secondo la previsione programmatica accompagnano il verificarsi dell'evento¹⁰⁵.

La seconda ipotesi riguarda il contenuto della situazione giuridica di aspettativa. Tale situazione è nutrita di poteri e di doveri diretti a tutelare lo stato di attesa delle persone interessate rispetto agli effetti sospesi. Tra i poteri assumono rilievo quelli diretti al compimento di atti conservativi *ex art. 1356 c.c.*¹⁰⁶.

Con l'ausilio di tali forme di tutela, secondo Falzea, la situazione giuridica di aspettativa si atteggia, per il lato attivo, come diritto soggettivo e per il lato passivo come dovere giuridico o stato giuridico di soggezione. Il diritto di aspettativa è, nel suo specifico contenuto, «un diritto soggettivo attuale, pieno e incondizionato, rilevante ed operante di per sé e non in quanto “germe” o momento di formazione del diritto finale che comincia a esistere se e quando venga ad esistenza l'evento condizionante»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A. FALZEA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁶ A titolo esemplificativo vanno segnalati: il potere di trascrivere l'atto condizionale e di compiere atti interruttivi della prescrizione.

¹⁰⁷ A. FALZEA, *Condizione*, cit., p. 5; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., pp. 551-552, l'autore conferma la visione di Falzea affermando che, seppur in dottrina si è dubitato sulla possibilità di considerare la situazione di aspettativa come posizione giuridica autonoma, può tuttavia replicarsi che in mancanza della titolarità del diritto la parte gode di una posizione strumentale che è attualmente tutelata e che si distingue quindi rispetto alla (eventuale) posizione finale del soggetto. Sulla stessa posizione si pone F. PECCENINI, *La condizione nei contratti*, cit., p. 199 ss., per il quale proprio il fatto che l'ordinamento tutela gli interessi dei titolari di aspettative, riconoscendo a costoro il potere di compiere atti cautelativi *ex art. 1356 c.c.*, permette di riconoscere alla aspettativa la configurazione di un diritto soggettivo pieno ed incondizionato. Sul punto di v. anche L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, p. 105. Mentre A. BELFIORE, *Pendenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 886, scrive che l'opinione generalmente accolta che riconduce il fenomeno della pendenza all'idea di un negozio valido che non ha ancora prodotto gli effetti finali è stata posta in dubbio la utilità dogmatica del concetto stesso in quanto esso è in grado di comunicare soltanto l'idea che il tempo della manifestazione della volontà può non coincidere con il tempo dei cosiddetti effetti finali.



Di conseguenza l'atto di disposizione che ha per oggetto il diritto di aspettativa è anch'esso un atto di disposizione pienamente ed incondizionatamente efficace, anche se il diritto finale condizionato può non sorgere mai e restare perciò sempre irrealizzato. Rispetto al diritto finale condizionato, l'atto di disposizione rimane a sua volta subordinato alla medesima condizione alla quale è subordinato il diritto di cui si dispone *ex art. 1357 c.c.*¹⁰⁸.

4.4. – Mentre in dottrina è viva l'esigenza di dare contenuto al concetto di aspettativa, analogo interesse non si rinviene nella giurisprudenza.

Nelle decisioni dei giudici il termine aspettativa viene utilizzato in una pluralità di significati, di cui solo pochi riconducibili alla nozione intesa in senso tecnico.

In molte sentenze di controversie di lavoro l'espressione è utilizzata quale sinonimo di congedo, come incidente sul regolare svolgimento della prestazione lavorativa¹⁰⁹.

Alla aspettativa in senso tecnico, invece, si fa riferimento in tutte le controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni da lesioni di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, cosicché si è dovuto procedere all'individuazione del c.d. danno ingiusto.

La lettura delle decisioni più rilevanti consente di constatare che il problema della risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di aspettativa legittima è strettamente connesso all'ampliamento dell'area della risarcibilità e ad una interpretazione evolutiva dell'art. 2043 c.c., quale clausola generale ed aperta. Il passaggio da una concezione propriamente restrittiva della categoria del danno ingiusto, ricondotto fondamentalmente alla lesione del diritto soggettivo, ad un'interpretazione più estensiva facente leva sul danno ingiusto quale sinonimo di violazione di qualunque interesse giuridicamente rilevante, sfociando addirittura nel risarcimento del danno da «contatto sociale», come se si volesse riportare in vita le obbligazioni da quasi-contratto tipiche dell'ordinamento romano, ha segnato la rilevanza del concetto di aspettativa nel dibattito giurisprudenziale¹¹⁰.

Alla prima fase sono riconducibili le posizioni più radicali che, legate al rapporto tra ingiustizia e lesione del diritto soggettivo assoluto, negano tutela aquiliana all'aspettativa, la quale, in questa prospettiva, legittimerebbe il suo titolare unicamente alla richiesta di misure cautelari o conservative.

Tale posizione si indebolisce solo in alcune decisioni che, al fine di attribuire adeguata tutela alle situazioni di pendenza, qualificano l'aspettativa come situazione giuridica soggettiva *in fie-*

¹⁰⁸ A. FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 6. L'autore precisa, inoltre, che è prospettabile anche un atto di disposizione di chi ha già disposto condizionatamente e il secondo atto dispositivo resta a sua volta subordinato alla mancata verificazione della condizione alla quale è sottoposto il primo atto; nonché un atto di disposizione, anch'esso sottoposto a condizione, del lato passivo dell'obbligazione condizionata.

¹⁰⁹ Cass., 2 agosto 2002, n. 11607; Cass., 28 gennaio 2003, n. 1239; Cass., 5 febbraio 2003; Altre volte si parla di aspettativa di fatto, o di mera aspettativa, quali posizioni prive di una qualunque rilevanza giuridica e quindi in un senso del tutto improprio.

¹¹⁰ Cass., 22 luglio 1999, n. 500; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 42.



ri¹¹¹ o in formazione oppure ancora come diritto soggettivo futuro, sostenendo nel contempo l'ammissibilità del risarcimento per i danni futuri¹¹². Ma il ricorso alla ricostruzione dell'aspettativa come diritto futuro non è più che un espediente inteso a superare le difficoltà legate all'eventuale riconoscimento della risarcibilità delle lesioni relative a posizioni giuridiche di consistenza diversa dal diritto soggettivo¹¹³.

Il mutamento di prospettiva sull'interpretazione dell'art. 2043 c.c. è stato determinante per aprire la giurisprudenza al risarcimento delle aspettative. La Suprema Corte non ha esitato a riconoscere il diritto al risarcimento dei danni anche a soggetti le cui aspettative lese rinvergono il loro fondamento in regole e principi, o anche semplicemente in vincoli di solidarietà familiari¹¹⁴.

L'analisi degli orientamenti giurisprudenziali, e quanto finora sostenuto, dimostra che può ormai considerarsi acquisita la consapevolezza circa la piena ed autonoma tutela risarcitoria dell'aspettativa, quale situazione giuridica preliminare, come tale contrapposta alle posizioni giuridiche già perfette; ma, al tempo stesso, testimonia una forte e sicura tendenza ad estenderne la tutela aquiliana attraverso un processo di vera e propria riscoperta di tipi e situazioni prima sconosciuti, condotto all'insegna della valorizzazione di fonti giustificative di varia natura.

A tale conclusione la giurisprudenza vi arriva attraverso un procedimento logico diverso da quello seguito dalla dottrina.

Nell'elaborazione dottrinale la diversa natura degli interessi e i diversi mezzi di tutela divengono fondativi della classificazione tra situazioni giuridiche soggettive; nella giurisprudenza è un processo di riqualificazione e di reinterpretazione sistematica integrale dei principi che governano la responsabilità civile che porta a riconsiderare il tema delle situazioni giuridiche soggettive e, in primo luogo, a sganciare la clausola generale dell'art. 2043 c.c. dalla mera categoria del diritto soggettivo per estenderne la operatività a tutti gli interessi giuridicamente rilevanti.

La situazioni di attesa presa in considerazione non appare più del tutto coincidente con quella tradizionalmente rappresentata dalla dottrina, ma diviene nozione più ampia e comprensiva di altre posizioni, più complesse e diversificate¹¹⁵.

In tale ottica si ha il riconoscimento della tutela aquiliana, in ipotesi di lesioni subite durante la gestazione, al concepito, che, una volta nato, è ritenuto portatore di un legittima aspettativa a nascere come individuo sano¹¹⁶.

Sotto questo aspetto la soluzione giurisprudenziale, se da un lato rappresenta un momento di grande rilievo per il sistema giuridico, al quale viene conferita sempre maggiore forza garanti-

¹¹¹ Cass., 22 giugno 1995, n.7073.

¹¹² Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667.

¹¹³ Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667; Cass., 29 aprile 1992, n. 5147; Cass., 7 giugno 1992, n. 6498.

¹¹⁴ Cass., 18 settembre 2013, n. 21388; Cass., 17 maggio 1984, n. 3049; Cass., 25 giugno 1981, n. 4137.

¹¹⁵ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 46.

¹¹⁶ In particolare fa scuola Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 nella quale vi è il riconoscimento, attraverso la nozione di contatto sociale, di una piena responsabilità contrattuale. Confermata da Cass., 30 settembre 2009, n. 20954; Cass., 26 aprile 2010, n. 9906.



sta, dall'altro lato, nel momento in cui perviene al riconoscimento della rilevanza aquiliana dell'aspettativa, sembra rimettere in discussione l'utilità stessa della distinzione tra aspettativa e diritto soggettivo, l'uno e l'altro assorbiti e annullati nello schema dell'interesse giuridicamente rilevante e meritevole di protezione.

5. – Dalla breve ricostruzione sembra emerso che la situazione giuridica di aspettativa sia caratterizzata da due elementi essenziali: uno, sostanziale, rappresentato dalla necessaria presenza di un interesse alla conservazione, in vista della sua realizzazione, del contenuto negoziale; e uno formale, consistente nell'insieme di poteri, di natura conservativa e strumentale, posti a garanzia del raggiungimento del risultato avuto di mira.

Il problema di fondo è quello di verificare se e in che misura sia possibile configurare una situazione di aspettativa tutte le volte in cui si riscontri la esistenza di una pendenza giuridicamente tutelata.

La presenza di effetti preliminari e conservativi non sempre assurge a situazione giuridica di aspettativa¹¹⁷.

Così nei contratti preparatori la possibilità di configurare una aspettativa tutelata è in contrasto con i caratteri propri di tale operazione. Gli effetti nascenti da un preliminare¹¹⁸ o da una opzione¹¹⁹ sono pieni e definitivi anche se funzionali alla stipula del negozio definitivo.

L'assetto di interessi perseguito con l'intera sequenza è già presente nel preliminare, come risulta dalla esistenza degli elementi formali e sostanziali del futuro contratto definitivo¹²⁰.

Solo l'attuazione degli interessi perseguiti è rimandata alla successiva fase del contratto definitivo, al quale si ricollegano gli effetti finali propri della fattispecie contrattuale voluta. Problemi analoghi si sono posti per l'opzione¹²¹.

¹¹⁷ U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, Napoli, 1995, p. 67 ss., per il quale la individuazione formale degli effetti preliminari nel corso della formazione progressiva della fattispecie non equivale a riconoscimento della consistenza giuridica dell'aspettativa.

Sulla necessità di verificare una possibile differenziazione tra effetti preliminari e aspettativa R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., p. 231 ss.

¹¹⁸ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 152 ss.; E. PEREGO, *I vincoli preliminari ed il contratto*, Milano, 1974, p. 179 ss.

¹¹⁹ G. TAMBURRINO, *Patto di opzione*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, p. 722 ss.; M.C. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 263 ss.

¹²⁰ La opinione che ritiene di considerare come già esistente anche all'interno del preliminare l'assetto di interessi perseguito dalle parti è sostenuta da chi per ricostruire la categoria dei rapporti preparatori fa riferimento al c.d. negozio di configurazione G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 149, il quale a proposito della proposta ferma, rileva che essa si caratterizza per il sorgere in capo all'oblatore di un diritto potestativo, al quale corrisponde uno stato di soggezione in capo al proponente. Sicché essendo la situazione prevista dall'art. 1329 c.c. di tipo essenzialmente procedimentale, secondo Benedetti, la proposta ferma può bene porsi alla stregua dei negozi di configurazione, quali, ad esempio, il patto sulla forma.

¹²¹ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 138. Dal preliminare nasce un diritto al contratto, dall'opzione un



Invece, nella fattispecie a formazione successiva, dalla quale nascono le situazione di aspettativa, si è in presenza di un interesse che, sebbene giuridicamente rilevante, non è ancora completo o del tutto definito.

Se così è, le situazioni di pendenza sebbene strutturalmente diverse tra loro, rispondono ad una comune esigenza di conservazione¹²².

Ciò consente di ritenere che l'aspettativa si caratterizzi, oltre che per gli effetti nei quali si risolve, anche per la particolare conformazione della fattispecie alla quale si ricollega. Tuttavia l'aspettativa richiede la presenza a monte di alcuni ben definiti elementi costitutivi di fattispecie: un interesse giuridicamente rilevante meritevole di tutela; la precisa determinazione dei soggetti e dell'oggetto; un quadro di effetti caratterizzati da un nesso di strumentalità rispetto alla produzione di effetti definitivi e finali.

Pertanto l'aspettativa rappresenta uno strumento di tutela conservativa dell'interesse in attesa di potere transitare alla fase della realizzazione.

Questi rilievi consentono di tracciare una linea di distinzione. L'interesse alla conservazione che deriva da una fattispecie a formazione progressiva è identico a quello nascente da un contratto preparatorio nel periodo di attesa per la realizzazione del diritto, dove, legittima la pretesa ad un comportamento che non pregiudichi la posizione del soggetto favorito. È, però, diversa la tutela.

La protezione accordata ai soggetti titolari di un diritto al negozio è implicita nell'attribuzione del diritto stesso: anzi, gli effetti strumentali, altro non sono che aspetti impliciti del contenuto di tale diritto. Conseguentemente è da escludere una qualificazione in termini di aspettativa di quegli effetti che, sebbene strumentali e preliminari al conseguimento di un diritto, siano estrinsecazione di tale diritto o di altra situazione giuridica soggettiva simile.

Di conseguenza l'ambito di operatività dell'aspettativa è più ristretto rispetto a quello rico-

diritto di accettare che tendono al conseguimento di effetti finali voluti. Anche in tali negozi vi è un lasso di tempo tra la stipula del negozio preparatorio quello definitivo, nel corso del quale ha modo di sorgere una situazione di attesa, il cui nucleo essenziale è rappresentato da un interesse alla conservazione e al conseguimento dell'effetto finale. Tali elementi, sebbene integranti una situazione di pendenza, non manifestano una situazione giuridica di aspettativa¹²¹.

Infatti a presidio della posizione di attesa delle parti, più che una situazione di aspettativa, vi è un vero e proprio diritto al contratto, tutelato nelle forme tipiche dei diritti soggettivi. Sicché la parte interessata potrà avvalersi di strumenti di natura conservativa e cautelare, ma potrà invocare anche tutta la normativa di tutela predisposta per la lesione di un diritto.

Pertanto gli effetti del preliminare e dell'opzione non sono qualificabili in termini di aspettativa, sebbene funzionalmente prodromici alla realizzazione dell'effetto conseguente alla stipula del definitivo e all'esercizio del diritto di accettazione.

Tra l'altro le sequenze preliminare-definitivo e opzione-definitivo non sono riconducibili alla categoria della fattispecie a formazione successiva, dalla quale dipende l'aspettativa in senso tecnico studiata, ma sono composte da distinte vicende contrattuali, autonome ed indipendenti sia sotto il profilo strutturale che funzionale perché di per sé già produttive di effetti giuridici stabili e definitivi.

¹²² Nella fattispecie a formazione successiva è l'interesse alla conservazione dell'interesse giuridicamente rilevante, nel periodo intercorrente tra la fase della rilevanza e quella dell'efficacia, che giustifica la nascita della situazione di pendenza.

JUS CIVILE



perto dagli effetti preliminari. Se si conviene che la preliminarietà può essere di tipo strutturale¹²³ o di tipo funzionale¹²⁴, si può ritenere che l'aspettativa attenga solo alla prima ipotesi.

L'aspettativa è, dunque, una situazione dai contorni ben definiti, che ricorre solo in presenza di determinati e precisi presupposti, essendo rinvenibile essenzialmente nell'ambito di fattispecie a formazione successiva, ma con la precisazione che deve trattarsi di schemi contrattuali caratterizzati da discrasia temporale tra momento perfezionativo e momento dell'efficacia¹²⁵.

Da quanto descritto si può evidenziare come la situazione giuridica di aspettativa non è ricostruibile come categoria unitaria¹²⁶, né come diritto soggettivo autonomo; l'esigenza di conservazione gode di una protezione diversamente modulata a seconda della fattispecie a cui è correlata e, soprattutto, della particolare natura degli interessi in gioco che determinano la pendenza.

¹²³ In relazione cioè ad una fattispecie a formazione successiva.

¹²⁴ In relazione alla strumentalità dell'effetto rispetto al diritto che si intende conseguire, qualunque sia il meccanismo contrattuale utilizzato.

¹²⁵ M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele*, cit., p. 142. L'autrice evidenzia anche un altro ambito di rilevanza che è proprio quello derivante dal fenomeno successorio. La formazione della fattispecie successiva si articola in più fasi e questo ha posto il problema della individuazione delle situazioni giuridiche rilevanti, nel periodo che intercorre tra il momento della morte (apertura della successione), e quello della accettazione dell'eredità. In questa fase il chiamato all'eredità risulta titolare di un'aspettativa in senso tecnico, e pertanto, gli vengono attribuiti dall'art.460 c.c. poteri cautelari, conservativi e di amministrazione dei beni, i quali verrebbero ad integrare un vero e proprio rapporto di aspettativa. Ma anche nella disciplina successoria sono possibili schemi condizionali, quali l'istituzione di erede, con conseguente sospensione della delazione, o il legato sottoposto a condizione, laddove è possibile configurare una vera e propria aspettativa. Cfr. A. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 265 ss.; M.C. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia – Le successioni*, II, Milano, 1985, p. 617 ss.

¹²⁶ Infatti la categoria contrattuale, sebbene particolarmente significativa per la ricostruzione del concetto di aspettativa, non è di per sé esaustiva della rilevanza di tale situazione giuridica. Altro ambito di rilevanza è quello rappresentato dal fenomeno successorio. La particolare vicenda formativa della fattispecie successiva che si articola in più fasi, ha posto il problema della individuazione delle situazioni giuridiche rilevanti, nel periodo intercorrente tra il momento della morte e quello dell'accettazione dell'eredità. In questa fase al chiamato all'eredità vengono attribuiti dall'art. 460 c.c. poteri cautelari, conservativi e di amministrazione dei beni, i quali verrebbero ad integrare un vero e proprio rapporto di aspettativa. M.C. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Milano, 1985, p. 617 ss.; A. FALZEA, *La condizione*, cit., p. 260 ss.; S. PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, Milano, 1943, p. 251 ss.