

**Università degli Studi di Napoli
Federico II**

**FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO IN DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE
XXIII CICLO**

**TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO CIVILE**

Lineamenti delle prelezioni legali

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Enrico Quadri

Tutor:
Ch.mo Prof. Domenico Sinesio

Candidato:
dott. Michele Vincentini

**Anno Accademico
2010/2011**

LINEAMENTI DELLE PRELAZIONI LEGALI

INDICE

PREMESSA	pag. 4
CAPITOLO I	
PRELAZIONE	
1. Origini	pag. 7
2. Nozione	pag. 10
3. La prelazione tra passato ed avvenire	pag. 13
CAPITOLO II	
LA PRELAZIONE VOLONTARIA	
1. Il patto di prelazione	pag. 18
2. L'interpello del promissario o <i>denuntiatio</i>	pag. 24
a) La natura del dovere di interpello	pag. 25
b) La natura dell'atto di interpello	pag. 29
3. Formazione e contenuto della <i>denuntiatio</i>	pag. 34
a) Forma della <i>denuntiatio</i> e modalità di trasmissione	pag. 40
b) Il contenuto della <i>denuntiatio</i>	pag. 43
c) Lo <i>spatium deliberandi</i>	pag. 50
4. L'inadempimento dell'obbligo di preferire	pag. 55
5. L'intrascrivibilità del patto di prelazione	pag. 62

CAPITOLO III

LA PRELAZIONE LEGALE

- 1. Fondamento e natura giuridica pag. 64
- 2. Diritto di prelazione e diritto di retratto pag. 67
- 3. Efficacia ed operatività della prelazione legale pag. 70
- 4. La rinuncia al diritto di prelazione pag. 77

CAPITOLO IV

CASI DI PRELAZIONE LEGALE

- 1. La prelazione successoria pag. 84
 - a) Natura giuridica e forma dell'offerta pag. 88
 - b) Ambito di applicabilità della prelazione successoria pag. 92
 - c) La inapplicabilità alle comunioni ordinarie pag. 96
 - d) L'esistenza di una comunione ereditaria pag. 96
 - e) Divisioni soggettivamente parziali e retratto successorio pag. 100
 - f) La vendita dei diritti spettanti al coerede su tutti i cespiti ereditari pag. 100
 - g) L'alienazione di singoli beni ereditari pag. 101
 - h) L'alienazione dei diritti spettanti al coerede sull'unico cespite ereditario pag. 106
 - i) La intrasmissibilità del diritto di prelazione pag. 107
 - j) Il retratto pag. 111
 - k) Prescrizione del diritto di retratto pag. 114
- 2. La prelazione nell'impresa familiare pag. 116
 - a) Natura giuridica pag. 120
 - b) Ambito di applicabilità della prelazione nell'impresa familiare pag. 121

c) I titolari del diritto	pag. 126
d) Le modalità di esercizio della prelazione	pag. 127
3. La prelazione agraria	pag. 130
a) La prelazione del coltivatore	pag. 134
b) La prelazione del componente della famiglia coltivatrice	pag. 138
c) La prelazione del confinante	pag. 140
d) La prelazione delle società cooperative e di persone	pag. 144
e) I requisiti soggettivi	pag. 148
f) Ambito di applicabilità della prelazione agraria	pag. 152
g) La <i>denuntiatio</i>	pag. 153
h) L'esercizio del diritto di prelazione	pag. 158
i) La rinuncia al diritto di prelazione	pag. 161
j) Il riscatto	pag. 162
k) Esercizio ed effetti del riscatto	pag. 165
4. La prelazione urbana	pag. 170
a) La prelazione urbana commerciale	pag. 172
b) La prelazione urbana abitativa	pag. 206
c) La prelazione nella dismissione del patrimonio pubblico	pag. 221
5. La prelazione sui beni di interesse storico e artistico	pag. 230
a) Bene culturale	pag. 234
b) La denuncia	pag. 241
c) L'esercizio della prelazione	pag. 248
d) Determinazione del prezzo	pag. 253
e) La nullità	pag. 255
BIBLIOGRAFIA	pag. 259

PREMESSA

La prelazione esprime la priorità riconosciuta ad un soggetto di acquisire, rispetto ad altri soggetti, e a parità di condizioni, la proprietà su determinati beni immobili.

Detta priorità, che può derivare da un patto o dalla legge, di qui la distinzione tra prelazione volontaria e legale, costituisce l'oggetto di indagine del presente lavoro, che sebbene rivolto, soprattutto, alle prelazioni legali, non può mancare di prestare la sua attenzione anche alle prelazioni pattizie, per meglio comprendere il fondamento, la disciplina e le finalità dell'intera fattispecie prelazionale.

La prelazione convenzionale, a causa dell'esiguità del dato normativo, pone ancora oggi molteplici dubbi, per cui non devono meravigliare le numerose attenzioni che dottrina e giurisprudenza continuano a dedicare alla struttura del patto prelatizio, il cui fondamento viene generalmente ravvisato nel principio normativo di libertà degli interessi privati, come sancito dall'art. 1322 c.c..

Molto più complesso si presenta, invece, il tema del fondamento della prelazione legale, poiché, a causa delle numerose e diverse ipotesi previste, è impossibile trovare un comune fondamento.

Sulla scia del retratto successorio introdotta dal codice civile del 1942, gli ultimi decenni hanno visto un frequente ricorso da parte del legislatore allo strumento della prelazione legale, come mezzo di contemperamento di interessi confliggenti ascrivibili, da una parte alla proprietà e alla connessa libertà di circolazione della ricchezza, e dall'altra al lavoro o all'impresa.

In sostanza, alla figura tradizionale della prelazione legale strutturata in funzione di tutela della proprietà, tipica del retratto successorio, si sono affiancate ipotesi di prelazione legale strutturate in funzione di tutela del lavoro o dell'impresa, tipiche della prelazione agraria, societaria ed urbana.

Come è stato osservato in dottrina, alla figura della prelazione propria, caratterizzata dal diritto ad essere preferito a parità di condizioni, si affiancano, figure caratterizzate da un diritto legale all'acquisto, come ad esempio avviene nella prelazione in favore dei partecipanti all'impresa familiare, nel caso di divisione.

Infatti, nelle figure più antiche la disciplina legale resta ancorata all'idea tradizionale di prelazione, nel senso di preferenza a parità rigorosa di condizioni, mentre nei casi in cui la prelazione è accordata in funzione di tutela di interessi valutati come socialmente prevalenti su quelli della proprietà, spesso al diritto di preferenza si uniscono vantaggi, diretti o indiretti, che, nel mentre attribuiscono al prelazionario una posizione economicamente superiore rispetto al terzo offerente, incidono nel contempo in senso negativo anche sulla sfera giuridica dell'alienante.

Ma al di là della trama frammentaria e spesso fragile della normativa, il legislatore speciale si è sforzato, di volta in volta, di conciliare gli opposti interessi in gioco della proprietà, dell'impresa, della famiglia e del lavoro.

É per questo che la figura della prelazione si presenta come modello elettivo per il contemperamento di istanze socialmente contrapposte e, quindi, come strumento tipico dello stato sociale, che consente al legislatore di intervenire sul gioco della libera concorrenza in funzione di tutela degli interessi più deboli, senza, però, sopprimere i valori della libertà e dell'autonomia dei privati.

In questo senso alla valutazione negativa della figura, intesa come vincolo alla libera circolazione della ricchezza nella prospettiva propria delle codificazioni liberali, può sostituirsi una valutazione positiva che riconosce allo strumento prelatizio rinnovata dignità nel quadro del sistema di economia mista disegnato dalla Costituzione repubblicana.

CAPITOLO I

PRELAZIONE

1. Origini

Il *pactum prelationis* o *jus protimiseos* era conosciuto, sin dai tempi più remoti, dal diritto greco-romano e dal diritto germanico.

Nella Roma arcaica la proprietà, specie quella degli immobili, era legata indissolubilmente al nucleo familiare, infatti, in considerazione delle sepolture e della permanenza protratta nel tempo, sussisteva una sorta di divieto implicito ad alienare il fondo che, in quanto *heredium*, doveva rimanere nell'ambito della famiglia.

Successivamente tale regola si trasformò in una specie di prelazione, prima a favore dei soli familiari, poi principio generale. Gaio, infatti, ricorda che in caso di acquisto dei beni del debitore, i creditori cognati avevano il diritto di essere preferiti, così come tra coeredi era molto frequente anche il

patto, garantito da una penale, di alienare preferibilmente le quote agli altri coeredi¹.

Il *pactum prelationis* aveva, dunque, per oggetto l'obbligo di preferire, nella vendita di un immobile, una determinata persona, sia chi aveva venduto la cosa, sia un terzo, salvo che altri facesse un'offerta superiore non pareggiata dal preferito². Il patto comportava, perciò, una obbligazione di *non facere*, cioè di non preferire altri allo stipulante; in caso di omessa *denuntiatio* e successiva vendita a soggetto diverso dal preferito veniva concessa soltanto un'azione davanti al pretore per il risarcimento del danno, poiché il patto era considerato tutelabile solo *in factum*³.

Il fenomeno è ancora più evidente nel diritto germanico dove l'idea iniziale dello sfruttamento collettivo dei terreni solo molto lentamente cedette il passo a forme individuali di dominio⁴. Tipica del diritto germanico fu l'idea della proprietà gentilizia, inalienabile in quanto appartenente alla famiglia e, perciò, sottratta alla libera disponibilità dei singoli. L'indisponibilità veniva tutelata attraverso il retratto gentilizio o *iure sanguinis*, in virtù del quale qualsiasi alienazione era inopponibile agli altri membri del nucleo familiare⁵.

Accanto alla prelazione *iure sanguinis*, che per taluni storici⁶ sarebbe tipica dei diritti germanici, esisteva anche un secondo tipo di prelazione basata sulla vicinanza o contiguità, la prelazione *iure vicinitatis o contiguitatis*.

1 PORTA, *Prelazione*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIII, 2, Milano, 1939, pag. 689.

2 SCHUPFER, nelle *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, vol. VIII, Roma, 1891, pag. 269 ss..

3 GLUCK, *Commentario alle Pandette*, vol. XVIII, Milano, 1901, pag. 502 ss..

4 CESARE, *De bello gallico*, libro IV, 1, 7: "Ma presso di essi nessuna parte dei capi è proprietà privata né è loro permesso di rimanere nello stesso luogo per più di un anno per la coltivazione...".

5 TAMASSIA, *La alienazione degli immobili e gli eredi secondo gli antichi diritti germanici*, Mantova, 1884, pag. 29.

6 TAMASSIA, *op. cit.*, pag. 31.

Tale istituto andò consolidandosi soprattutto nel diritto intermedio, infatti, il diritto medioevale e comune fu l'epoca d'oro delle prelazioni⁷ e dei retratti⁸, per effetto dei quali ora, se anche il promittente avesse venduto ad altri senza effettuare la *denuntiatio*, il consanguineo, l'*agnato* o il vicino avrebbero potuto esercitare il diritto di riscatto e annullare la vendita eseguita. In tal modo, i retratti, acquistando efficacia reale, iniziarono a costituire un grave intralcio al commercio fondiario⁹.

L'epoca dei lumi e la rivoluzione francese determinano, invece, una netta inversione di tendenza; le prelazioni, il retratto e tutti gli altri istituti limitativi dei traffici e dell'autonomia privata improvvisamente appaiono superati, il frutto di un mondo che non c'è più.

In Francia il retratto gentilizio venne abolito nel 1790, per poi riapparire nel Codice Napoleone nel 1804¹⁰.

In Italia, bollati come anticaglia, il retratto e la prelazione non compaiono più nel codice del 1865; a quell'epoca si era ormai accreditata l'opinione che la promessa di prelazione, creando un rapporto di mera cortesia, non avesse rilevanza giuridica, poiché, nessuna causa vi si sarebbe potuto riscontrare “all'infuori di un semplice spirito di benevolenza, che non costituisce per diritto obbiettivo motivo sufficiente per accordare alla promessa efficacia obbligatoria”¹¹

Ma dopo i minimi storici raggiunti nel XIX secolo l'istituto iniziò nuovamente ad assumere crescente rilevanza, sia come negozio accessorio alla

7 In epoca comunale fiorì, oltre alla prelazione *iure sanguinis* e *iure contiguitatis*, anche la prelazione *iure civitatis*, tesa a favorire le alienazioni tra confinanti a scapito degli estranei, meno facilmente coercibili e raggiungibili anche fiscalmente.

8 TAMASSIA, *Il diritto di prelazione e le espropriazioni negli Statuti dei comuni italiani*, Bologna, 1885.

9 Tale carattere ebbero i retratti nella celebre Costituzione *De Jure Protimiseos* emanata da Federico II di Sassonia.

10 Art. 841, ora abrogato.

11 ASCOLI, *Patto di prelazione in caso di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, pag. 669 ss..

vendita, in cui si stabiliva che, se il compratore avesse voluto rivendere il fondo acquistato, lo avrebbe offerto in preferenza al venditore stesso¹², sia come patto autonomo, indipendente da una preesistente compravendita. In entrambi i casi, per gli autori di inizio secolo il patto è sprovvisto di effetti reali, posto che “nel nostro diritto attuale niente permette di dargli questo carattere: nessuna legge fa una distinzione fra la promessa di rivendita, cioè il patto di prelazione a vantaggio del venditore, e il patto di prelazione a vantaggio d'una persona qualsiasi. Il patto deve produrre in ogni caso gli stessi effetti e non si vede perché darebbe un diritto reale in un caso piuttosto che nell'altro”¹³

Oggi, il patto di prelazione è presente nella maggior parte dei codici contemporanei e la possibilità di stabilire prelazioni pattizie è pacificamente ammessa anche nei Paesi di common law.

2. Nozione

Nel linguaggio corrente il termine prelazione non ha un significato univoco, ricollegandosi ad essa almeno due distinte accezioni. Secondo la prima, assai diffusa e ricorrente in una pluralità di espressioni, spesso recepite anche dalla legge, il concetto di prelazione è utilizzato dalla disciplina del credito per indicare la posizione di preferenza accordata, direttamente dalla legge, come nei privilegi, o per il tramite di una precisa fattispecie costitutiva, come nei casi del pegno e dell'ipoteca, ad un determinato creditore rispetto agli altri in relazione al soddisfacimento delle proprie aspettative creditorie sul patrimonio o su singoli cespiti patrimoniali del debitore.

12 É la promessa di rivendita, che nel diritto antico accordava allo stipulante un diritto reale e gli permetteva, se il promittente avesse rivenduto al terzo senza prima effettuare la *denuntiatio*, di esigere dal terzo acquirente la cosa rimborsandogli il prezzo.

13 BAUDRY-LACANTINERIE, *Della vendita e della permuta*, in *Tratt. teorico e pratico di diritto civile*, a cura di Baudry-Lacantinerie, Milano, 1907, pag. 55.

Ma a tale accezione generica, si contrappone quella secondo la quale il concetto di prelazione sta ad indicare il diritto di un soggetto ad essere preferito ad altri nell'acquisto di un determinato oggetto, nel caso che il proprietario intenda alienarlo, a parità di condizioni offerte dal terzo.

Secondo quest'ultimo significato, dunque, l'essenza del concetto di prelazione risiederebbe nel fatto che essa, nel mentre attribuisce una posizione giuridico-soggettiva di vantaggio al soggetto cui è attribuita, non incide negativamente sulla sfera giuridica del soggetto proprietario del bene che dello stesso voglia disfarsi, non comprimendo, né la sua libertà di disposizione, né il risultato economico dell'alienazione. In questo senso la parità di condizioni, quindi, costituisce un connotato essenziale e caratterizzante della figura, il quale a sua volta presuppone, inderogabilmente, 1) che l'alienazione sia a titolo oneroso, tale cioè da procurare all'alienante un corrispettivo alla dismissione del diritto alienato; 2) che detta prestazione corrispettiva sia una prestazione fungibile e, perciò, suscettibile di essere procurata all'alienante, oltre che dal terzo aspirante acquirente, anche dall'avente diritto a prelazione, senza che la sostituzione di un soggetto ad un altro incida sulla sostanza degli interessi dell'alienante.

Nella nostra esperienza giuridica, alla figura della prelazione, definita come prelazione propria, si affiancano ulteriori elementi che, nel mentre rafforzano la tutela del prelazionario, incidono talvolta in senso negativo sugli interessi dell'alienante in modo che la sostanza della posizione giuridica dell'avente diritto a prelazione non coincide con il semplice diritto ad essere preferiti in un acquisto a parità di condizioni, bensì, si evolve e si trasforma in un diritto non solo ad essere preferiti in un acquisto, ma anche ad acquistare a condizioni sostanzialmente più vantaggiose di quelle offerte dal terzo.

In tali casi si potrebbe essere indotti, di primo acchito, a negare che situazioni del genere possano essere correttamente ascritte allo stesso concetto di prelazione. Senonché, proprio il riscontro in esse della maggior parte dei tratti caratterizzanti della figura, tra cui quello della parità del corrispettivo, giustifica l'accomunamento di tali figure con quelle di prelazione pura o propria, e giustifica, altresì, la configurazione di una subcategoria concettuale, cui può darsi il *nomen* di prelazione impropria.

Relativamente alla posizione giuridico-soggettiva dell'avente diritto a prelazione, non ci sono dubbi, essa può senz'altro essere configurata come diritto soggettivo; meno semplice è, invece, stabilire se la stessa appartiene alla categoria dei diritti soggettivi assoluti o a quella dei diritti soggettivi relativi.

Premesso che la prelazione può derivare direttamente dalla legge, che la ricollega a situazioni da essa determinate, o da un apposito negozio, comunemente definito patto di prelazione, in quest'ultimo caso cosiddetta di prelazione convenzionale, il principio generale della tassatività dei diritti assoluti esclude che l'autonomia privata possa istituire altro che posizioni giuridico-soggettive di tipo obbligatorio.

Nei casi di prelazione *ex lege*, il contenuto intrinseco del diritto del prelazionario si caratterizza per la sua incidenza su di un soggetto determinato - l'alienante - e sarebbe, perciò, da ascrivere pur sempre alla categoria dei diritti soggettivi relativi e, nell'ambito di questa, alla specie dei cosiddetti diritti potestativi¹⁴. Ma la disciplina positiva delle varie ipotesi di prelazione

14 BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, pag. 893 ss.. Secondo l'autore il diritto di prelazione si configurerebbe come diritto potestativo in senso tecnico, nel senso cioè che il prelazionario, sia nell'ipotesi fisiologica in cui l'alienante gli comunichi tempestivamente l'offerta ponendolo in condizioni di esercitare il suo diritto *ex ante*, sia in quella patologica in cui, avvenuta l'alienazione al terzo, egli si avvalga dello *ius retractandi*, sarebbe investito del potere di produrre, con il solo suo atto unilaterale, l'effetto reale dell'acquisto a proprio favore della proprietà. In realtà lo stesso scrittore ammette però che all'atto del

legale contempla, però, il diritto di retratto o di riscatto, in forza del quale il diritto ad acquistare, di contenuto sostanzialmente obbligatorio, appare assistito da una sorta di sequela, in virtù della quale esso può essere fatto valere anche direttamente nei confronti del terzo acquirente, ovviamente nei casi in cui l'alienante sia venuto meno all'obbligo di porre l'avente diritto in condizioni di esercitare la prelazione.

L'immanenza di tale strumento alla figura generale della prelazione è sottolineata dalla storia, nella quale la figura del retratto precede cronologicamente quella del retratto.

Sia nella disciplina positiva che nelle trattazioni dottrinali la matrice storica della moderna prelazione è costituita dal diritto dei retratti, ognuno dei quali ha come presupposto implicito l'esistenza di un diritto di prelazione, che non solo non forma oggetto di specifica enunciazione normativa, ma non è neppure regolato, limitandosi il legislatore a disciplinarne l'azione con cui l'avente diritto può riacquistare direttamente dal terzo, e sempre alle medesime condizioni, la cosa o la quota di patrimonio ad esso alienata dal soggetto sottoposto al vincolo di prelazione.

3. La prelazione tra passato ed avvenire

Dopo la battuta d'arresto rappresentata dalla legislazione rivoluzionaria del Settecento la prelazione lentamente ricomincia a guadagnare terreno,

prelazionario deve seguire, per realizzarsi il titolo del trasferimento, o l'assenso dell'alienante o la sentenza del giudice, con il che la configurazione dello *ius praelationis* sembra più fondatamente da ascrivere alla categoria dei diritti potestativi in senso atecnico, caratterizzata dal tratto per cui l'effetto giuridico finale si produce in forza della pronuncia giudiziale che assume la portata di pronuncia vincolata, sì, ma non meramente dichiarativa sebbene essenzialmente costitutiva o, se si vuole di accertamento costitutivo. Parlano genericamente di diritto potestativo CARPINO, *La prelazione nell'affitto dei fondi rustici*, in *Diritto agrario italiano*, a cura di IRTI, Torino, 1980, pag. 418; PULEO, *I diritti potestativi*, Milano, 1959, pag. 165.

ricompare nella maggior parte dei codici contemporanei e la possibilità di stabilire prelazioni pattizie viene ammessa persino nei Paesi di *common law*.

Ma è, soprattutto, a livello di legislazione speciale che si nota in tempi recenti un proliferare di nuove forme di prelazione caratterizzate da retratto ed opponibilità ai terzi.

Il fenomeno è particolarmente evidente in Italia dove i nuovi casi di prelazione legale sono piuttosto numerosi: è previsto un potere di retratto a favore dello Stato in relazione a beni di interesse storico ed artistico¹⁵; a ciò si aggiunge la prelazione del datore di lavoro in relazione alle invenzioni realizzate dal dipendente¹⁶; la prelazione a favore dei soci¹⁷; il retratto successorio¹⁸; la prelazione a favore del concedente in caso di vendita del diritto dell'enfiteuta¹⁹; il patto di preferenza a favore del somministrante²⁰; la prelazione agraria per l'acquisto di fondi rustici in favore di chi li coltiva o coltiva fondi confinanti²¹; la prelazione urbana per l'acquisto o la nuova locazione di edifici ad uso non abitativo a favore dei conduttori²²; la prelazione degli azionisti per l'acquisto di azioni di nuova emissione rimaste inoplate da parte di altri azionisti²³; la prelazione dei familiari collaboratori in caso di trasferimento dell'azienda²⁴; il diritto di preferenza del concedente in caso di vendita dei prodotti assegnati in natura al mezzadro²⁵.

15 Artt. 30, 31 e 32 L. n. 1080/1939.

16 Art. 24 D.L. n. 1127/1939.

17 Art. 2477 c.c..

18 Art. 732 c.c..

19 Art. 966 c.c. abrogato.

20 Art. 1566 c.c..

21 Art. 8 L. n. 59/1965, modificato ed integrato dall'art. 7 L. n. 817/1971.

22 Artt. 38 e 40 L. n. 392/1978.

23 Art. 2441, comma 3, c.c..

24 Art. 230 *bis*, comma 5, c.c..

25 Art. 2157 c.c..

Ma di fronte a questo proliferare di vincoli molti si chiedono se è davvero opportuno e fino a che punto è opportuno introdurre limitazioni così incisive della sfera di autonomia dei privati cittadini.

Di certo la prelazione se assistita da retratto, limita notevolmente la libertà di autodeterminazione dei cittadini, condizionando sia la scelta se concludere il contratto ed a quali condizioni, sia con chi concluderlo. È ovvio che a parità di condizioni economiche generalmente sussistono ragioni, non necessariamente economiche, di simpatia personale, di amicizia, di parentela, che fanno preferire di concludere il contratto con una determinata persona piuttosto che con un'altra. Inoltre, la prelazione determina un innalzamento dei costi transattivi, conseguenti alla necessità di effettuare la *denuntiatio*, nonché, un allungamento nel tempo delle trattative.

Concedere a taluno la prelazione significa semplicemente subordinare l'alienazione ad eventuali terzi al consenso del titolare del diritto di preferenza, con conseguente complicazione del procedimento di conclusione del contratto²⁶.

Da un punto di vista poi più strettamente economico è di tutta evidenza che qualsiasi intoppo al traffico falsa il libero gioco del mercato. Il mercato non è più perfettamente concorrenziale, poiché, determinati soggetti sono favoriti ad altri, impedendo per ciò stesso alle risorse di confluire rapidamente nelle mani di chi le valuta di più²⁷.

Di fatto, l'esistenza di una prelazione terrà alla larga i possibili acquirenti, i quali non vorranno sobbarcarsi gli oneri aggiuntivi che la

26 TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, pag. 223.

27 POSNER, *Economic Analysis of the law*, Boston, 1992.

prelazione comporta²⁸, né tanto meno assumersi i rischi di un eventuale retratto o ancora i rischi di una eventuale responsabilità *ex art. 2043 c.c.*²⁹.

È ancora da considerare che il titolare del diritto di prelazione non è gravato da alcun onere di rimborso nei confronti del terzo contraente, ragion per cui, nessuno avrà voglia di imbarcarsi in trattative lunghe e costose con la consapevolezza che l'intero lavoro preparatorio potrà andare a favore del titolare del diritto di prelazione, il quale potrà limitarsi ad aderire ad uno schema contrattuale già predisposto, risparmiando l'intero costo delle trattative.

Di fatto, come dimostra la trentennale esperienza della prelazione agraria, si avrà una generalizzata depressione del mercato con conseguente calo dei prezzi.

Ma non tutto è così negativo, vi possono essere casi e situazioni dove l'obbligo di preferire assolve una funzione positiva³⁰, il che è particolarmente vero in presenza di situazioni proprietarie disaggregate (retrato successorio, enfiteusi, prelazione a favore dei soci, dei contitolari di aziende familiari, comproprietari, e così via). Il che ha sicuramente una valenza economica dato che una proprietà compatta è più snella di una proprietà frammentata, potendo circolare con maggior facilità e ponendo minori problemi gestionali.

Apprezzabile è, inoltre, l'intento che ha mosso la più recente legislazione vincolistica agraria ed urbana volta ad evitare l'infiltrazione di estranei nei contesti agrari, nonché, a favorire nei limiti del possibile la coincidenza tra titolarità del diritto ed esercizio di esso.

La prelazione non è, quindi, un istituto connotato unicamente da valenze negative, in determinate circostanze e condizioni può anche assolvere

28 SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, pag. 339.

29 GALLO, *Prelazione*, in *Dig. delle disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, pag. 170.

30 GALLO, *op. cit.*, in *Dig. delle disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, pag. 170.

una funzione positiva tale da giustificare i limiti all'autonomia privata e gli intoppi al traffico che inevitabilmente ne derivano.

Un intervento limitativo dell'autonomia privata introdotto *ex lege*, perciò, può essere giustificato solo da precise esigenze oggettive, in mancanza l'intervento limitativo potrà risultare fuorviante.

CAPITOLO II

LA PRELAZIONE VOLONTARIA

1. Il patto di prelazione

La prelazione può essere introdotta dalla legge o da un atto di autonomia privata, il cosiddetto patto di prelazione (*pactum protomiseos*).

Il patto di prelazione o di preferenza, come preferisce definirlo il legislatore, discostandosi dal linguaggio forense, è nel nostro ordinamento, nonostante la notevole diffusione, un contratto innominato³¹. Non soltanto manca una definizione legale, ma, come conseguenza dello sfavore tipico delle codificazioni ottocentesche nei confronti di questo istituto, fa difetto, altresì, almeno in termini generali, una concreta disciplina che consenta di risolvere le molteplici questioni pratiche che gli sviluppi del rapporto hanno determinato.

31 “Una convenzione *sui generis*” App. Bologna, 30.3.1950, in *Foro pad.*, 1950, I, pag. 1182; e nella dottrina più recente DE SANCTIS, *Una figura controversa: il patto di prelazione*, in *Dir. giur.*, 1973, pag. 891.

Nel vigente codice civile una sola norma contempla il patto di prelazione: l'art. 1566, rubricato "patto di prelazione" nel quale, peraltro, esso non viene in considerazione come contratto autonomo, bensì, come semplice clausola, con cui l'autonomia dei contraenti può eventualmente arricchire il contenuto del contratto di somministrazione. Viene, infatti, contemplata l'eventualità che in un contratto di somministrazione sia inserito l'obbligo del somministrato di dare la preferenza al somministrante, qualora, dopo l'estinzione del rapporto in corso, intenda costituirne un altro avente il medesimo oggetto.

Si discute, perciò, se e in che misura, la disciplina contenuta nell'art. 1566 c.c. sia applicabile al patto di prelazione in genere, anche al di là dei limiti propri del procedimento analogico³², e valga a risolvere le molteplici questioni che esso pone, a partire dalla validità ed ammissibilità degli accordi limitativi della circolazione dei beni, per poi passare alla causa giustificativa del patto di prelazione, allorché si presenti come contratto autonomo anziché come *pactum adiectum*, alla qualificazione del patto, alla forma, all'opponibilità ai terzi, all'esecuzione in forma specifica, alla natura della *denuntiatio*, alla durata dello *spatium deliberandi*, alla modificabilità fisica e giuridica del bene gravato dalla prelazione, nonché ancora alla trasmissibilità dell'obbligazione agli aventi causa.

Molto più abbondante è, invece, la normativa che configura diritti di prelazione a favore di determinate persone, a prescindere dall'intermediazione di un negozio³³, da cui certamente non si può e non si deve esulare nella

32 GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pag. 321, nota 93.

33 Nel codice civile, dopo l'abrogazione dell'art. 966, che attribuiva prelazione al concedente per il caso di vendita del diritto dell'enfiteuta, residuano ancora l'art. 732 (prelazione del coerede), l'art. 2477 (prelazione dei consoci in caso di vendita delle quote di società a responsabilità limitata, in danno del socio inadempiente all'obbligo di conferimento), l'art. 2441, comma 3, (prelazione degli azionisti per l'acquisto di azioni di nuova emissione, rimaste inoperte da parte di altri azionisti) e l'art. 230 *bis*, comma 5, (prelazione dei familiari collaboratori in caso di trasferimento dell'azienda). Altre sono

ricostruzione, unitaria e sistematica, della nozione generale del diritto di prelazione³⁴, giacche, non può certo escludersi che per taluni aspetti l'analisi unitaria del contenuto di tale diritto si riveli utile, a prescindere dal carattere, legale o convenzionale, della sua fonte, così come sembra altrettanto utile, sul piano applicativo, lo studio unitario del diritto alla futura conclusione di un contratto, sia che il diritto derivi da negozio, sia che esso si fondi su situazioni di fatto direttamente previste da una norma³⁵. Numerose questioni, dunque, possono trovare una risposta nella disciplina delle prelazioni legali, nonostante le sue svariate peculiarità.

Ad ogni modo dall'unica norma che disciplina la prelazione pattizia emerge una nozione perfettamente coincidente con quella elaborata dalla millenaria tradizione operativa: il patto di prelazione è un accordo con cui taluno si obbliga a non concludere un determinato contratto con persona diversa dalla controparte, purché, quest'ultima accetti le stesse condizioni offerte da terzi³⁶.

Ma la definizione non è unanimemente condivisa. Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono, invece, che nella pratica sia più diffusa la formula dell'obbligo di preferire a parità di condizioni che, non solo, è l'unica

contenute nella legislazione speciale: art. 30 L. n. 1089/1939 (prelazione dello Stato per l'acquisto dei beni d'interesse culturale); art. 24 R.D. n. 1127/1939 (prelazione del datore di lavoro per l'acquisto di brevetti relativi a invenzioni dei dipendenti); art. 4 L. n. 756/1964, (prelazione in favore del concedente per l'acquisto dei prodotti di fondi rustici in mezzadria); art. 7 L. n. 817/1971 (prelazione per l'acquisto di fondi rustici in favore di chi li coltiva o coltiva fondi confinanti); artt. 38 e 40 L. n. 392/1978 (prelazione per l'acquisto o per la nuova locazione di edifici a uso diverso dall'abitazione, in favore dei conduttori).

34 D'ORANZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950.

35 GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974.

36 GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Milano, 1907, pag. 1717; PORTA, *op. cit.*, pag. 688; GRECO, Sul patto di prelazione per la cessazione di una quota di un accomandante, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, pag. 239 ss..

contemplata dall'art. 1566 c.c., ma è, altresì, quella prevista nelle ipotesi di prelazione legale³⁷.

In giurisprudenza prevale, invece, la tesi per cui il patto di prelazione sarebbe fonte di una duplice obbligazione: la prima, positiva, consistente nell'effettuazione della *denuntiatio*; la seconda, negativa, consistente nel divieto di concludere il contratto con terzi prima che sia decorso lo *spatium deliberandi* concesso al prelazionario per l'eventuale esercizio del diritto³⁸.

Allo scopo di individuare la normativa da applicare dottrina e giurisprudenza hanno cercato, in vario modo, di qualificare il patto di prelazione. Secondo la giurisprudenza dominante il patto di prelazione rientra nell'ampio *genus* del contratto preliminare sul presupposto che obbligarsi a preferire equivale ad obbligarsi a contrarre³⁹. In senso contrario è stato, tuttavia, rilevato che nel patto di prelazione il promittente è assolutamente libero di contrarre o non contrarre, l'unica sua concreta obbligazione è costituita dalla formulazione della *denuntiatio*, a differenza del contratto preliminare il quale, com'è noto, obbliga alla conclusione del contratto definitivo⁴⁰.

Per superare l'ostacolo, dottrina e giurisprudenza, secondo l'opinione maggiormente diffusa fino a non molto tempo fa, hanno affermato che il patto di prelazione sarebbe null'altro che un contratto preliminare unilaterale

37 All'interno di questo orientamento vi è chi, qualificando il patto di prelazione come contratto preliminare unilaterale (TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1996, pag. 329), ritiene che l'obbligo del concedente consista nella stipulazione del definitivo (RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 63 ss.) e chi, invece, rileva come tale obbligo si esaurisca nel preferire il prelazionario e non debba necessariamente condurre alla conclusione di un successivo contratto (TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, pag. 119 ss.).

38 Cass., 12.4.1999, n. 3571, in *Giust. civ. mass.*, 1999, pag. 821.

39 Cass., 21.1.1982, n. 402, in *Foro it.*, I, pag. 1983; Cass., 13.5.1982, n. 3009, in *Giust. civ.*, 1982, I, pag. 3085. Per la dottrina COVIELLO L., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1902, vol. III, pag. 101; COVIELLO N., *Della trascrizione*, II, Napoli-Torino, 1924, pag. 187.

40 Cass., 18.7.2002, n. 10435, in *Giust. civ.*, 2003, I, pag. 2867.

sottoposto a condizione sospensiva potestativa⁴¹. Di fatti, se da quest'ultimo deriva per il promittente l'obbligo di concludere un determinato contratto con il promissario, l'obbligazione di preferire, assunta con il patto di prelazione, non sarebbe nient'altro che un obbligo di contrarre subordinato a talune condizioni e precisamente che il promittente maturi la definitiva decisione di contrarre e che il promissario accetti le condizioni stabilite con riferimento a quelle cui sarebbero disponibili terzi. Si precisava inoltre che trattandosi di condizione potestativa, ma non meramente potestativa, non si incappava nel divieto di cui all'art. 1355 c.c..

Naturale conseguenza di tale configurazione sarebbe dovuta essere la tendenziale sottoposizione del patto di prelazione al regime del contratto preliminare ed in particolare ai requisiti di forma di cui all'art. 1351 c.c., nonché, alla possibilità di esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 c.c., una volta che si fossero verificate le condizioni cui l'obbligo di contrarre sarebbe sottoposto e se il promittente non avesse adempiuto spontaneamente⁴².

Senonché ammessa la premessa, la giurisprudenza si è poi mostrata assai restia ad applicare al patto di prelazione tutte le norme dettate in materia di preliminare ed in particolare il principio di cui all'art. 2932 c.c.. Infatti, pur nell'ambito dell'orientamento che qualifica l'obbligo di preferire come obbligo condizionato di contrarre, non sono mancate decisioni che hanno escluso la

41 PORTA, *op. cit.*, pag. 694 ss.; SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, pag. 331.; COTTINO-GRECO, *Della vendita*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, pag. 38. In giurisprudenza Cass., 21.1.1982, n. 402; Cass., 4.3.1980, n. 1445; Cass., 26.4.1968, n. 1270, in *Foro it. Rep.*, 1968, voce Vendita, n. 25; App. Napoli, 23.10.1964., in *Tem. nap.*, 1965, I, pag. 415; Trib. Parma, 5.4.1965, in *Vita not.*, 1965, pag. 814; App. Firenze, 14.12.1965, in *Giur. Tosc.*, 1966, pag. 381; Trib. Firenze, 11.3.1967, in *Giur. Tosc.*, 1967, pag. 375.

42 COTTINO e GRECO, *op. cit.*, pag. 35 ss.. Cass., 30.3.1963, n. 794, in *Foro it.*, 1963, I, pag. 1140; Trib. Firenze, 11.3.1966, in *Foro it. rep.*, 1967, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 68 e 69; App. Napoli, 24.4.1972, in *Dir. giur.*, 1973, pag. 890 (tutte in materia di prelazione per l'acquisto immobiliare); App. Milano, 26.6.1953, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, pag. 116 (in materia di prelazione per l'acquisto di titoli di credito).

possibilità di una esecuzione forzata in forma specificata, ammettendo solo una pretesa del promissario deluso al risarcimento dei danni⁴³.

E anche in dottrina, numerose voci⁴⁴, non hanno mancato di sollevare argomentate critiche all'orientamento appena riferito. L'obiezione più rilevante sembra quella secondo cui l'obbligo di stipulare col beneficiario della prelazione, se davvero sussistesse sotto la condizione che il promittente maturi la definitiva decisione di contrarre, finirebbe per essere necessariamente condizionato al proprio stesso inadempimento, giacchè, solo nel momento in cui il promittente contrae con persona diversa potrebbe dirsi che quella decisione sia davvero maturata in modo definitivo.

In queste condizioni era inevitabile che si giungesse a mettere in dubbio la stessa assunzione di base, e cioè che il patto di prelazione rientri nella categoria del contratto preliminare unilaterale. Secondo un primo filone dottrinale, il patto di prelazione non potrebbe qualificarsi come un preliminare unilaterale, semplicemente perchè, chi conclude l'accordo non assume tanto l'impegno di concludere un contratto in futuro con una determinata persona, quanto, piuttosto, l'impegno di non concluderlo con qualsiasi altro, si tratterebbe perciò più che di un *pactum de contrahendo*, di un *pactum de non contrahendo*⁴⁵.

43 Cass., 28.8.1952, n. 2728, in *Foro it.*, 1953, I, pag. 1296; Trib. Rieti, 23.2.1952, in *Foro it. rep.*, 1953, voce *Vendita*, n. 131; Trib. Firenze, 20.4.1954, *ivi*, 1954, voce *cit.*, n. 65; App. Trieste, 11.6.1961, *ivi*, 1961, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, n. 2; Cass., 23.1.1975, n. 265, in *G. I.*, 1975, I, 1, pag. 1212.

44 PALANDRI, *Appunti in tema di formazione dei negozi giuridici*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, pag. 678; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, pag. 114 ss.; TAMBURRINO, *op. cit.*, pag. 129 ss.; PULEO, *op. cit.*, pag. 175 ss.; ROMANO, *Contratto estimatorio*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1960, pag. 125 ss.; CORRADO, *La somministrazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1963, pag. 250 ss.; GABRIELLI, *op. cit.*, 322 ss..

45 GABRIELLI, *op. cit.*, 325 ss.; BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, pag. 38.

Allora, allo scopo di superare le suddette difficoltà interpretative la giurisprudenza⁴⁶ ha qualificato, più genericamente, il patto di prelazione come un contratto puro, né preliminare, né condizionato, ma preparatorio e prodromico rispetto a un futuro atto di disposizione.

Attualmente, dunque, sia in dottrina che in giurisprudenza, prevale l'opinione secondo la quale il patto di prelazione non può identificarsi puramente e semplicemente con un contratto preliminare e come, quindi, sia preferibile una sua configurazione e trattazione dogmatica autonoma⁴⁷.

2. L'interpello del promissario o *denuntiatio*

La *denuntiatio* può essere definita come la dichiarazione con cui il soggetto passivo di un rapporto di preferenza, essendo in procinto di concludere con un terzo il contratto oggetto di prelazione, comunica al beneficiario le condizioni di tale accordo invitandolo ad esercitare il proprio diritto⁴⁸.

Nell'ambito della prelazione convenzionale la *denuntiatio* non è mai stata presa in considerazione dalla legge, le diverse qualificazioni e la pluralità di effetti che le sono stati attribuiti sono sempre state legate alle alterne vicende dello *jus protimiseos* e alle sue modificazioni storico-giuridiche.

La mancanza di una regolamentazione unitaria è acuita, altresì, dal fatto che, nel nostro come in altri ordinamenti, anche la disciplina della prelazione volontaria è in gran parte di formazione dottrinale e giurisprudenziale⁴⁹.

46 Cass., 23.12.1975, n. 265, in *Foro it.*, 1975, pag. 386.

47 D'ORAZI FLAVONI, *op. cit.*, pag. 133; BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, pag. 168.

48 GABRIELLI, voce *Prelazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 2.

49 Come è noto il patto di preferenza non veniva neppure preso in considerazione nel codice italiano del 1865, mentre in quello del 1942 è contemplato solo dall'art. 1566.

La dichiarazione con cui il soggetto passivo del rapporto invita il beneficiario ad esercitare il proprio diritto è regolata, invece, in maniera più specifica in alcune ipotesi tipiche di prelazione legali⁵⁰. Tuttavia, sebbene da queste ultime si possano trarre alcuni elementi utili per la qualificazione e l'esame della *denuntiatio* anche nell'ambito della prelazione volontaria, e nonostante la Cassazione abbia richiamato tali fattispecie in difetto di un'espressa regolamentazione negoziale⁵¹, non è possibile ricavare un insieme sufficiente di disposizioni generalmente applicabili all'istituto, poiché, i presupposti e i contenuti della *denuntiatio* variano in relazione alle singole ipotesi di prelazione legale, in considerazione delle differenti finalità a cui esse rispondono.

a) La natura del dovere di interpello

Ciò premesso, la prima questione tradizionalmente affrontata dalla dottrina riguarda la natura del dovere di interpello che grava sul soggetto che effettua la dichiarazione.

Secondo una prima opinione⁵², che trova ancora consensi in dottrina, la *denuntiatio* sarebbe oggetto di un semplice onere in capo al promittente, essa non costituirebbe un atto dovuto, bensì, il mezzo attraverso il quale il concedente la prelazione si può liberare dal vincolo da cui è gravato.

Alcune lontane decisioni della giurisprudenza hanno implicitamente avallato questa posizione, definendo la *denuntiatio* come un “atto di

50 Prelazione ereditaria (art. 732 c.c.), prelazione urbana (art. 38 L. n. 392/1978), prelazione agraria (art. 8 L. n. 590/1965, come modificato dall'art. 8 L. n. 817/1971), prelazione sui beni culturali (artt. 59-62 D. Lgs. n. 42/2004).

51 Cass., 12.3.1981, n. 1407, in *Giust. civ.*, 1981, I, pag. 2046.

52 MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, pag. 330 ss.; PULEO, *op. cit.*, pag. 222 ss.; SARASSO, *In tema di prelazione negoziale*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, pag. 719.

interpellanza legale”⁵³ che non integra un obbligo del promittente, ma da cui dipende l'inizio del decorso del termine per esercitare validamente la prelazione.

La tesi si è affermata ed evoluta nel corso degli anni, tanto che in dottrina si è arrivati a parlare del patto di prelazione come di un “coordinato sistema di oneri”⁵⁴, in cui l'effettuazione della *denuntiatio* permette al promittente di contrattare liberamente con terzi nel caso in cui la prelazione non venga esercitata, mentre la dichiarazione con cui il beneficiario dichiara di avvalersi del proprio diritto costituisce il presupposto per la successiva conclusione del contratto. In questa prospettiva sia la *denuntiatio*, sia la dichiarazione di volersi valere della preferenza vanno qualificate come oneri.

Tale costruzione sarebbe confermata dalla lettera dell'art. 1566 c.c. che, contemplando il solo obbligo di “dare la preferenza”, attribuisce valore liberatorio alla *denuntiatio* e valore confirmatorio alla dichiarazione del preferito.

Probabilmente tutti coloro che hanno ritenuto di configurare la *denuntiatio* quale onere sono stati mossi dalla preoccupazione di salvaguardare la libertà di contrarre o non contrarre del promittente, che in base al patto di prelazione non è tenuto a concludere alcun contratto se non matura una decisione in tal senso. Una cosa è dire che il promittente non è obbligato a stipulare alcun negozio, una cosa è sostenere che, una volta determinatosi a vendere, egli non debba effettuare alcuna comunicazione al beneficiario della prelazione, essendo la *denuntiatio* l'unico mezzo con cui il promissario può venire a conoscenza della possibilità di esercitare il proprio diritto.

53 Pretura Caserta, 8.12.1925, in *Giur. it.*, 1926, I, 2, pag. 168, nota n. 1; Cass., 24.3.1922, in *Giur. it.*, 1922, I, 1, pag. 303.

54 SARASSO, *op. cit.*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, pag. 719.

La teoria opposta, che considera la *denuntiatio* un obbligo, era già sostenuta dagli autori dell'età intermedia⁵⁵, i quali individuavano nella dichiarazione del promittente un preciso dovere a carico di quest'ultimo, tanto da ritenere che essa fosse sempre necessaria e che non si potesse omettere nemmeno quando il soggetto attivo del rapporto giungesse a conoscenza per altre vie dell'intento del concedente.

Questa impostazione, ripresa in alcuni studi di inizio secolo⁵⁶, ha trovato consensi anche al di fuori del nostro ordinamento⁵⁷ ed è oggi accolta unanimamente dalla giurisprudenza⁵⁸ e da larga parte della dottrina⁵⁹ con importanti riflessi sulla stessa struttura del patto di prelazione⁶⁰.

55 SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1964, pag. 108.

56 PACIFICI-MAZZONI, *Della vendita*, in *Cod. civ. comm.*, I, Firenze, 1877, pag. 234 ss.; CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, in *I contratti speciali*, vol. II, Napoli, 1906, pag. 158; GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, Torino, 1914-1915, pag. 684.

57 La dottrina francese di inizio secolo parla di «*obligatio ad faciendum*» (ZACHARIE-CROME, *Diritto civile francese tradotto da Barassi*, II, Milano, 1907, pag. 459). L'attuale § 469 BGB parla espressamente di un obbligo di comunicazione a carico del promittente, sebbene tale comunicazione, secondo la stessa norma, possa anche essere surrogata da quella proveniente dal terzo.

58 Cass., 12.4.1999, n. 3571, in *Giust. civ. mass.*, 1999, pag. 821; Cass., 1.4.1987, n. 3124, in *Giust. civ. mass.*, 1987, fasc. 4; Cass., 27.1.1979, n. 586, in *Giust. civ. mass.*, 1979, pag. 263: “Dal patto di prelazione nascono, a carico del promittente, due obbligazioni: l'una, negativa, che lo vincola a non concludere il contratto, a cui la prelazione si riferisce, con terze persone, fino a che il promissario abbia dichiarato di non accettare, o non abbia accettato nel termine convenuto, le proposte fatte da terzi al promittente o che questi intende fare a terzi: l'altra, positiva, che vincola il promittente a comunicare al promissario le proposte a lui fatte da terzi, o che egli intende fare a terzi una volta determinatosi alla conclusione del contratto”. In tempi meno recenti: Cass., 26.4.1968, n. 1270, in *Giust. civ.*, 1968, I, pag. 1670; Cass., 26.10.1973, n. 2763, in *Riv. not.*, 1974, II, pag. 427.

59 BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, pag. 269; D'ORAZI-FLAVONI, *op. cit.*, pag. 146. Parlano di atto di adempimento di un'obbligazione anche GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961, pag. 381; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, pag. 131.

60 Secondo alcuni autori (CATRICALA', *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 550) la configurazione della *denuntiatio* come obbligo escluderebbe definitivamente la riconduzione del patto di prelazione ad un preliminare condizionato, in quanto non sarebbe ammissibile, neppure da un punto di vista logico, dedurre in condizione lo stesso adempimento dell'obbligazione. Questo orientamento deve però ritenersi superato da una recente sentenza della Cassazione, in cui è stato affermato che “poiché le parti possono, nell'ambito dell'autonomia privata, prevedere l'adempimento o l'inadempimento di una di esse quale evento condizionante l'efficacia del contratto sia in senso sospensivo che risolutivo, non configura una illegittima condizione meramente potestativa la pattuizione che fa dipendere dal comportamento -

Per la verità, anche questa tesi non è del tutto convincente, poiché, l'eventuale omissione della *denuntiatio*, di per sé, non determina alcuna conseguenza rilevante se il contratto con il terzo non viene poi concluso. Essa non può essere considerata un obbligo autonomo, perché la sua mancanza non lede l'interesse del beneficiario e non è idonea ad integrare la violazione della prelazione⁶¹, tanto è vero che, se il contratto con il terzo venisse poi stipulato, l'inadempimento del patto di prelazione deriverebbe da tale stipulazione, e non già dalla mancanza della *denuntiatio*.

Alla luce delle considerazioni ora svolte è evidente che la qualificazione della *denuntiatio* come onere o come obbligo ha poca rilevanza nella soluzione dei problemi legati alla sua disciplina, tuttavia, dall'esame svolto dalla dottrina si possono trarre alcuni dati significativi: *in primis*, che la *denuntiatio* costituisce soltanto un dovere strumentale, funzionale all'assolvimento dell'obbligo di preferenza che è il vero e unico oggetto dell'accordo⁶²; *in secundis*, che nell'effettuazione della *denuntiatio* un interesse del promittente è sempre ravvisabile, sia esso quello di addivenire alla stipulazione del contratto col beneficiario, oppure quello di liberarsi dal vincolo su di lui gravante a causa del patto di prelazione⁶³.

Dunque, le due prospettazioni della *denuntiatio* come obbligo o come onere non appaiono necessariamente e reciprocamente alternative, ma

adempiente o meno - della parte l'effetto risolutivo del negozio, e ciò non solo per l'efficacia (risolutiva e non sospensiva) del verificarsi dell'evento dedotto in condizione ma anche perché tale clausola, in quanto, attribuisce il diritto di recesso unilaterale dal contratto - il cui esercizio è rimesso a una valutazione ponderata degli interessi della stessa parte - non subordina l'efficacia del contratto a una scelta meramente arbitraria della parte medesima. Ne consegue che l'avveramento della condizione di fatto non costituisce atto illecito e non è perciò fonte di obbligazione risarcitoria” (Cass., 24.11.2003, n. 17859, in *Vita not.*, 2004, pag. 268). In questo senso anche AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, pag. 20 ss..

61 GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 4.

62 GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 4; DI ROSA, *La prelazione legale e volontaria*, in *I contratti in generale* a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000, pag. 246.

63 DUVIA, *La denuntiatio nella prelazione volontaria*, Milano, 2005, pag. 21.

entrambe ne sottolineano un aspetto significativo: per quanto riguarda il rapporto con il terzo, essa riveste alcune caratteristiche proprie dell'onere, costituendo uno dei presupposti per la liberazione del soggetto vincolato; per ciò che attiene all'obbligo di preferenza verso il beneficiario, essa ne agevola il compimento, ponendosi come dovere strumentale al soddisfacimento della prelazione⁶⁴.

b) La natura dell'atto di interpello

Di assai maggiore rilievo, anche sul piano pratico, è, invece, la disputa intorno alla natura non già del dovere di interpellare il promissario, bensì, dell'atto con cui tale dovere viene attuato. Infatti, accertare se la dichiarazione dell'obbligato si concreti in una proposta contrattuale o in una semplice comunicazione comporta significative conseguenze sia per quanto riguarda il contenuto e la forma della dichiarazione, sia per ciò che concerne i suoi effetti⁶⁵, giacché se si ritiene che la *denuntiatio* costituisca una proposta, il promittente sarà tenuto a manifestare inequivocabilmente la volontà di giungere alla conclusione del contratto, di modo che la successiva accettazione del prelazionario consenta l'immediata formazione dell'accordo⁶⁶; se al contrario si pensa che la *denuntiatio* costituisca una mera notificazione dell'offerta ricevuta dal soggetto passivo del rapporto di prelazione o un invito a proporre o una semplice interpellanza rivolta al promissario allo scopo di conoscere la sua intenzione, in questi casi il prelazionario non potrà giungere alla conclusione del negozio con una semplice dichiarazione.

64 FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, pag. 47.

65 PELLEGRINI, *Il patto di prelazione nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pag. 33 ss..

66 La dichiarazione dovrà contenere tutti gli elementi essenziali del futuro negozio, secondo le regole vigenti in materia di completezza dell'offerta contrattuale (Cass., 24.5.2001, n. 7094, in *Giust. civ. mass.*, 2001, pag. 1048).

Secondo un primo e prevalente orientamento, costantemente sostenuto in dottrina, la *denuntiatio* equivarrebbe ad una proposta contrattuale⁶⁷.

Uno dei principali argomenti, addotti a sostegno di chi identifica la *denuntiatio* con una proposta, consiste nel fatto che solo in questo modo il promissario potrebbe valutare adeguatamente la propria convenienza a valersi del diritto, considerato che l'offerta deve contenere tutti gli elementi essenziali del futuro contratto⁶⁸, come confermato anche dalla Cassazione, la quale ha sottolineato che “la concretezza e la serietà della *denuntiatio* deve (...) essere tale che la comunicazione del promittente integri una completa proposta contrattuale e che l'esercizio della prelazione si sostanzi nell'accettazione di tale proposta”⁶⁹.

La tesi non sembra convincere tutti, considerato che la soluzione più adeguata non può essere scelta soltanto sulla base di ciò che snellisce maggiormente il processo di formazione del contratto e né sembra che la *denuntiatio* possa essere considerata “seria e concreta” solo se configurata come proposta, perché questi caratteri devono essere presenti anche se le parti hanno previsto in capo al promittente un mero obbligo di comunicazione delle condizioni offerte dal terzo.

Secondo parte della dottrina⁷⁰, la configurazione della *denuntiatio* come proposta sarebbe una diretta conseguenza dei limitati poteri del promissario-

67 PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, in *Cod. civ. comm.*, I, Firenze, 1877, pag. 235. L'opinione è stata in seguito condivisa: SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, pag. 704; BIANCA, *op. cit.*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, pag. 270; GIANNATTASIO, *La somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, tomo I, Milano, 1974, pag. 284; TAMBURRINO, *op. cit.*, pag. 133; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1991, pag. 768; GRECO-COTTINO, *op. cit.*, pag. 32 ss..

68 CATRICALA', *Patto di preferenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pag. 515; FREZZA, *Il patto di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1993, II, pag. 416.

69 Cass., 12.3.1981, n. 1407, in *Giust. civ.*, 1981, I, pag. 2048; Trib. Napoli, 21.1.1995, in *Dir. e giur.*, 1997, pag. 276.

70 RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 67.

preferito, il quale ha soltanto la facoltà di accettare l'offerta della controparte senza poter proporre modifiche o nuove condizioni. Ma anche questa tesi suscita perplessità, giacché la forma e il contenuto della *denuntiatio* dipendono esclusivamente da quanto stabilito nel patto di prelazione e non dai poteri attribuiti al destinatario della dichiarazione, per cui se il beneficiario della prelazione riceve una proposta ed intende avvalersi del proprio diritto, egli è tenuto ad accettarla senza apporre modifiche o condizioni; se, invece, riceve un mero invito a offrire, dovrà formulare una proposta identica a quella del terzo che gli è stata comunicata con la *denuntiatio*, altrimenti perderà il diritto ad essere preferito.

Secondo altri⁷¹ l'art. 1566 c.c., al di là della terminologia utilizzata, attribuirebbe alla dichiarazione positiva del beneficiario un valore conclusivo e concludente, di modo che se quest'ultima è idonea a formare il contratto, ciò significa che la *denuntiatio* costituisce necessariamente una proposta. Ma in realtà, con l'art. 1566 c.c. il legislatore non ha inteso fornire una qualificazione univoca dell'istituto, limitandosi ad affermare l'obbligo dell'avente diritto alla somministrazione di comunicare al somministrante le condizioni propostegli da terzi, egli ha utilizzato una formulazione generica che di fatto rimette alla volontà delle parti la possibilità di individuare nella dichiarazione del promittente un'offerta od un semplice interpello.

È stato anche sostenuto che la *denuntiatio* può essere configurata come una proposta solo quando il promittente si sia già vincolato con il terzo in maniera irrevocabile, avendogli concesso un'opzione o avendo stipulato un preliminare condizionato al mancato esercizio della prelazione, perché in tal caso egli avrebbe mostrato inequivocabilmente di voler concludere il contratto

⁷¹ COTTINO, Della somministrazione, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, pagg. 181-182.

e non avrebbe più alcun legittimo interesse ad inviare una semplice comunicazione al beneficiario per sondare le sue intenzioni⁷². Altri obiettano, però, che, se il promittente non ha alcuna intenzione di stipulare il contratto con il prelazionario e non ha violato la preferenza, perché l'accordo definitivo con il terzo non si è ancora formato, egli ha ben diritto di riservarsi la decisione finale sull'eventuale conclusione del negozio e di inviare al beneficiario una mera comunicazione, confidando nel fatto che quest'ultimo rinunci all'esercizio della prelazione.

Parimenti inaccoglibile è l'opinione secondo la quale la *denuntiatio* costituirebbe una sorta di proposta secondaria⁷³, nel senso che il carattere di proposta sarebbe derivato dalla vera e propria offerta che è quella indirizzata dal terzo al soggetto passivo del rapporto di prelazione.

In conclusione, non sembrano sussistere validi argomenti per attribuire necessariamente alla *denuntiatio* il valore di offerta contrattuale. Tale possibilità è rimessa solo alla volontà delle parti. Ciononostante, la giurisprudenza dominante⁷⁴, pur senza fornire giustificazioni convincenti, continua ad equiparare la *denuntiatio* ad un'offerta.

Se l'assimilazione della *denuntiatio* ad una proposta si avvicina oramai ad essere un dogma⁷⁵, il tentativo di escludere tale qualificazione suscita analoghe perplessità.

72 PEREGO, *op. cit.*, pag. 102 ss..

73 BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988, pag. 262.

74 Cass., 22.2.2001, n. 2613, in *Giust. civ.*, 2002, I, pag. 1647 ss.; Cass., 12.4.1999, n. 3571, in *Giust. civ. mass.*, 1999, pag. 821; Pretura Pavia, 15.1.1993, in *Riv. not.*, 1993, pag. 1291; Cass., 26.2.1988, n. 2045, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pag. 29.

75 FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 36.

Parte della dottrina⁷⁶, basandosi sul presupposto che dalla prelazione non deriva alcun obbligo di contrarre in capo al promittente, ha definito la *denuntiatio* come un atto di partecipazione di un evento futuro, privo di valore negoziale, la cui funzione sarebbe essenzialmente comunicativa: il beneficiario della prelazione viene messo in condizione di conoscere le condizioni offerte dal terzo, ma non gli è consentito di giungere all'immediata conclusione del contratto, il promittente effettuando la dichiarazione compirebbe un atto giuridico di accertamento delle intenzioni di controparte⁷⁷, per cui l'eventuale dichiarazione positiva del beneficiario non rivestirebbe valore di accettazione in senso tecnico e per giungere alla conclusione del contratto occorrerebbe un nuovo scambio di dichiarazioni⁷⁸.

Questa impostazione è parzialmente condivisibile, perché ancora una volta non si tiene conto del ruolo decisivo della volontà delle parti: se dall'accordo risulta che la *denuntiatio* deve rivestire i caratteri dell'offerta, non si capisce perché il soggetto passivo del rapporto dovrebbe sottrarsi a tale obbligo ed inviare alla controparte una semplice comunicazione priva dell'intento di giungere all'immediata formazione del contratto.

Nel nostro ordinamento, dunque, alla luce delle differenti caratteristiche rivestite dal patto di prelazione, non è possibile qualificare aprioristicamente la *denuntiatio* come offerta contrattuale o come mero interpello, una valutazione può essere effettuata solo in base a ciò che le parti hanno stabilito nel relativo accordo.

76 MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Cendon, IV, tomo 2, Torino, 1980, pag. 211; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, pag. 332; CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, XI, Torino, 1963, pag. 275; GRECO, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, pag. 231; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, pag. 158.

77 CAPOZZI, *La somministrazione*, in *Dei singoli contratti*, vol. I, Milano, 1988, pag. 285.

78 BERNARDINI, *op. cit.*, pag. 251; MIRABELLI, *op. cit.*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1968, pag. 250.

Orbene, se, ai sensi del contratto, la *denuntiatio* costituisce un mero atto informativo, il promittente potrà portare a conoscenza del beneficiario le condizioni offerte o concordate con il terzo senza manifestare alcuna volontà negoziale e ciò sarà sufficiente a liberarlo dal vincolo di preferenza qualora la controparte non dichiari di voler esercitare il proprio diritto entro lo *spatium deliberandi* stabilito.

Se, invece, dal patto risulta che la *denuntiatio* deve integrare gli estremi di un'offerta contrattuale, il promittente per liberarsi dal vincolo di preferenza è tenuto ad inviare una proposta al beneficiario della prelazione, con la consapevolezza che quest'ultimo potrebbe immediatamente accettare, perfezionando il contratto definitivo.

3. Formazione e contenuto della *denuntiatio*

L'esame dei problemi relativi alla formazione e al contenuto della *denuntiatio* muove dall'individuazione dei soggetti legittimati alla sua emissione e alla sua ricezione, i quali variano a seconda della qualificazione che le parti hanno attribuito alla *denuntiatio*.

Nei casi in cui la dichiarazione costituisce una proposta contrattuale, essa potrà essere effettuata dal soggetto obbligato o da un suo incaricato; nelle ipotesi in cui la *denuntiatio* consiste in una mera comunicazione si pone il problema se essa possa essere validamente integrata anche dalla dichiarazione proveniente dal terzo o, comunque, se quest'ultima possa produrre effetti analoghi alla *denuntiatio* vera e propria.

Prescindendo da questo problema, sembra che nella prelazione volontaria non vi siano ostacoli a che la *denuntiatio* venga effettuata da un procuratore dell'obbligato, purché espressamente autorizzato, poiché, il preferito non ha alcun interesse ad impedire una simile sostituzione,

importandogli soltanto di ricevere una dichiarazione idonea a fargli conoscere la volontà dell'obbligato.

Se è vero che la *denuntiatio* può essere effettuata da un procuratore dell'obbligato, si pone però il problema se in tal caso la procura debba rivestire una forma particolare. Sul punto è intervenuta la stessa giurisprudenza a fugare ogni dubbio e ad escludere che la procura debba assumere una forma vincolata, necessaria solo nel caso in cui la *denuntiatio* consista in una proposta di contratto per cui la legge prevede una determinata forma a pena di nullità⁷⁹. Al di fuori di questa ipotesi è sufficiente che il destinatario della *denuntiatio* sia in condizione di riconoscere il dichiarante nella sua qualità di procuratore del soggetto obbligato, perciò, il rappresentante, dovrà fare in modo che il preferito possa constatare la serietà e la validità della dichiarazione.

Particolari problemi di legittimazione possono porsi in relazione ai patti di preferenza conclusi da persone giuridiche, come potrebbe verificarsi nel caso in cui la *denuntiatio* sia effettuata da un rappresentante legale diverso da quello stabilito nell'accordo con cui l'ente si impegna a preferire una determinata società. Una soluzione positiva contrasterebbe con la lettera del contratto, ma non lederebbe alcun interesse del beneficiario della preferenza, al quale in fondo importa soltanto di poter esercitare validamente il proprio diritto. Pertanto, non sembrano esservi ostacoli ad ammettere che la *denuntiatio* possa essere trasmessa da un rappresentante della persona giuridica diverso da quello indicato nel patto, purché sussista un'adeguata spendita del nome della società, espressa o tacita, idonea ad evidenziare che il

⁷⁹ BIGUAZZI GERI, voce *Procura*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1965, pag. 1004. Cass., 10.11.2000, n. 14637, in *Contr.*, 2001, pag. 975; Cass., 27.4.1990, n. 3549, in *Foro it.*, 1991, I, pag. 847; Cass., 4.2.1993, n. 1359, in *Giust. civ. mass.*, 1993, pag. 216; Cass., 16.11.1984, n. 5828, in *Giust. civ. mass.*, 1984, fasc. 11; Cass., 7.11.1983, n. 6572, in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 10.

denunziante non agisce *pro domo sua* e ad ingenerare un valido affidamento nel promissario circa la legittima provenienza della dichiarazione⁸⁰.

Un breve cenno merita anche la questione della capacità del soggetto che effettua la *denuntiatio*. Può accadere che dopo la stipulazione del patto di prelazione il promittente sia privato della capacità legale, per effetto di una sentenza di interdizione, o sia privo della facoltà di intendere e di volere. Se si accogliesse l'impostazione per cui la *denuntiatio* costituisce un dovere autonomo del concedente, secondo una parte della dottrina, l'incapacità del soggetto obbligato non dovrebbe rilevare⁸¹. Ma dal momento che il problema non è quello della validità della *denuntiatio* come atto di adempimento, bensì, quello della validità della stessa decisione di stipulare, se quest'ultima non può essere considerata un obbligo, il fatto che venga presa da un soggetto incapace è di per sé sufficiente a legittimare l'annullabilità del successivo contratto secondo le regole generali⁸².

Relativamente alla legittimazione passiva, indipendentemente dalla natura che i contraenti attribuiscono alla *denuntiatio*, è ovvio che essa dovrà essere rivolta al beneficiario della preferenza, ma è anche possibile che

80 SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pag. 282; NATOLI, voce *Rappresentanza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pag. 464 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, XV, tomo 2, Torino, 1960, pag. 573 ss.; DELLE MONACHE, *La contemplatio domini: contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, pag. 3 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo (continuato da Mengoni), XXXIII, Milano, 1984, pag. 21 ss.; DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno, X, tomo 2, Torino, 1982, pag. 392. Cass., 8.2.1985, n. 987, in *Giur. it.*, 1985, I, pag. 482; Cass., 10.12.1996, n. 10989, in *Giust. civ. mass.*, 1996, pag. 1708; Cass., 3.12.2001, n. 15235, in *Giust. civ. mass.*, 2001, pag. 2069; Cass., 20.10.2003, n. 15691, in *Giust. civ. mass.*, 2003, fasc. 11.

81 FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 53.

82 Pertanto, se la *denuntiatio* viene effettuata da un incapace legale, il contratto sarà annullabile, ex artt. 427 e 1425 c.c.; se invece la dichiarazione viene trasmessa da un soggetto privo della capacità di intendere e di volere, il successivo accordo sarà annullabile alla duplice condizione che l'incapace abbia subito un grave pregiudizio e che l'altro contraente sia in malafede, ex art. 428 c.c..

quest'ultimo indichi un soggetto terzo autorizzato a ricevere la dichiarazione per suo conto.

Questa indicazione può essere contenuta all'interno del patto, convenuta in via esclusiva o alternativa, nel primo caso il concedente potrà eseguire la *denuntiatio* soltanto nei confronti del soggetto nominato nel contratto, nel secondo avrà la facoltà di indirizzare la dichiarazione allo stesso promissario. L'indicazione da parte del promissario di una persona autorizzata a ricevere la *denuntiatio*, così come la nomina di un suo rappresentante, possono essere effettuate anche unilateralmente dopo la stipulazione del patto di preferenza.

Tuttavia, in questo caso esse non possono avere valore esclusivo e il concedente sarà liberato se invia la propria dichiarazione direttamente al beneficiario e se dopo la ricezione di tale comunicazione decorre infruttuosamente lo *spatium deliberandi*. L'investitura unilaterale può essere modificata in ogni momento e la nomina del rappresentante può essere revocata, ma l'obbligato dovrà esserne prontamente informato.

Nel caso che la *denuntiatio* venga comunicata ad un soggetto non legittimato, per un mero errore nella trasmissione o ad un soggetto erroneamente reputato il rappresentante legale dell'ente beneficiario o che successivamente all'invio della dichiarazione si accerti l'invalidità del patto di preferenza, la *denuntiatio* non attribuisce, al suo illegittimo destinatario, il potere di esercitare efficacemente alcun diritto⁸³, né di concludere validamente alcun contratto, neppure nel caso in cui la dichiarazione inviata integri una proposta.

In particolare, in quest'ultima ipotesi si deve ritenere che il contratto concluso con l'illegittimo destinatario dell'offerta sia nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c., anziché annullabile per errore, poiché, la *denuntiatio*-proposta,

83 FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 57. Cass., 12.8.2000, n. 10789, in *Dir. e giur. agr.*, 2001, pag. 244.

come il negozio concluso dopo la sua accettazione, si basano sul rapporto di preferenza tra promittente e beneficiario, in mancanza del quale è logico ritenere nulli per mancanza di causa tanto la dichiarazione quanto il successivo accordo⁸⁴. Con l'ulteriore conseguenza che il rimedio può essere esperito anche dall'effettivo prelazionario, il quale ha tutto l'interesse a far valere la nullità ai sensi dell'art. 1421 c.c.; se, invece, si optasse per la semplice annullabilità, egli sarebbe tutelato soltanto nei limiti del risarcimento del danno.

Se il soggetto vincolato omette di effettuare la *denuntiatio*, il beneficiario della prelazione potrebbe venire comunque a conoscenza dell'offerta formulata dal terzo per altre vie, ad esempio attraverso una comunicazione inviatagli dal terzo stesso o per essere venuto a conoscenza che questi ha stipulato un preliminare con il promittente o che sono in corso trattative tra tali soggetti, sono tutte situazioni che possono essere apprese dal prelazionario anche senza una specifica dichiarazione dell'obbligato.

In tali casi ci si chiede se la comunicazione proveniente da un soggetto diverso dal promittente possa produrre effetti analoghi alla *denuntiatio* o se la semplice conoscenza di rapporti con un terzo ponga, comunque, il beneficiario della prelazione nella condizione di esercitare il proprio diritto.

L'obiezione principale all'ammissibilità di una conoscenza *aliunde* ancora una volta concerne la posizione contrattuale del promittente, il quale non si è vincolato a stipulare un negozio, ma soltanto a preferire un determinato soggetto nell'ipotesi che decida di contrarre. Perciò, se si attribuisse alla conoscenza *aliunde* effetti analoghi alla *denuntiatio* significherebbe presumere che sia stata maturata la decisione di giungere alla formazione dell'accordo definitivo, il che non è sempre vero, considerato che il soggetto obbligato potrebbe rifiutare l'offerta, così come potrebbe rendersi

84 CASAROTTO, *La prelazione agraria*, Padova, 1980, pag. 236.

inadempiente rispetto al preliminare già stipulato. Ciò vale, chiaramente, anche quando il beneficiario venga a sapere di semplici trattative in corso tra il promittente e il terzo, visto che la conoscenza indiretta degli intenti non potrà mai offrire quella certezza che solo la dichiarazione dell'obbligato può fornire⁸⁵.

Inoltre, la conoscenza *aliunde* dell'offerta del terzo non può sostituire la *denuntiatio* quando questa deve rivestire la forma di una proposta contrattuale, poiché, la volontà negoziale dell'obbligato non può provenire da un soggetto diverso dall'obbligato e, mancando la proposta, il prelazionario non ha alcun potere di accettazione.

Del resto, se pure si ammettesse che la conoscenza *aliunde* produca gli stessi effetti dell'omessa *denuntiatio*, almeno nei casi in cui questa valga come mera comunicazione, non sembra che ciò attribuisca un vantaggio al prelazionario. Infatti, nel momento in cui egli venisse a conoscenza dell'offerta del terzo, pur dichiarando di voler esercitare il proprio diritto non potrebbe, comunque, concludere unilateralmente il contratto, né ottenere coattivamente l'immediata disponibilità del bene⁸⁶, a meno di ritenere applicabile l'art. 2932 c.c.⁸⁷. Inoltre, dato che gli effetti del patto rimarrebbero obbligatori, il beneficiario non potrebbe neppure riscattare la cosa presso il terzo e la sua tutela sarebbe limitata al risarcimento del danno per violazione della preferenza. Egli potrebbe soltanto agire in via cautelare per cercare di bloccare l'eventuale acquisto del terzo e sembra questo l'unico aspetto per cui la

85 La *denuntiatio* è sempre necessaria, non a caso gli autori dell'età intermedia già rilevavano che «*sine denunciazione formali, scientia non nocet*», CORRADINUS, *Tractatus de iure praelationis, id est in quibus casibus quis praeferatur in emendo, conducendo, et similibus contractibus*, q. IV, Venezia, 1722, n. 1.

86 Egli potrebbe, al limite, inviare al promittente una proposta di contenuto identico alla *denuntiatio* invitandolo a rispettare la prelazione. GALLO, *op. cit.*, in *Dig. delle disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, pag. 175.

87 PIERALLINI, *Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, pag. 146.

conoscenza indiretta degli intenti del soggetto obbligato potrebbe avere qualche utilità per il prelazionario⁸⁸.

a) **Forma della *denuntiatio* e modalità di trasmissione**

La forma che deve rivestire la *denuntiatio* è connessa a quella della sua qualificazione come proposta o come mera comunicazione. Nel primo caso la dottrina unanimamente richiede la stessa forma prescritta per il contratto che si perfezionerà con l'accettazione dell'avente diritto alla prelazione⁸⁹ ed anche la giurisprudenza condivide questa tesi, richiamando l'art. 1350 c.c.⁹⁰. Se, invece, si ritiene che la *denuntiatio* abbia carattere di pura dichiarazione enunciativa⁹¹, allora vale il principio generale della libertà di forma⁹², considerato che, di norma, la *denuntiatio* non richiede la forma imposta per il contratto definitivo⁹³.

Le conclusioni appena raggiunte devono, però, essere coordinate con le eventuali regole stabilite dalle parti in tema di forma della dichiarazione.

Infatti, se è vero che la dichiarazione può assumere valore di proposta o

88 DUVIA, *op. cit.*, pag. 58.

89 SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, pag. 707; FREZZA, *op. cit.*, in *Giust. civ.*, 1993, II, pag. 418; GALLO, *op. cit.*, in *Dig. delle disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, pag. 175; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, pag. 347; VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, pag. 115. Più ambigua la posizione di COTTINO, il quale, pur riconoscendo alla *denuntiatio* natura di proposta, afferma che essa non è circondata da alcun requisito formale, COTTINO, *op. cit.*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, pag. 181.

90 Cass., 26.2.1988, n. 2045, in *Nuova giur. civ. comm.*, pag. 29; Cass., 18.4.1980, n. 2553, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 4; Cass., 26.4.1968, n. 1270, in *Foro pad.*, 1969, I, pag. 1219; Trib. Udine, 3.11.1983, in *Vita not.*, 1984, pag. 995.

91 DI ROSA, *op. cit.*, in *I contratti in generale*, a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000, pag. 249.

92 Non sono, dunque, condivisibili quelle decisioni della Cassazione in cui, pur riconoscendo natura di mera comunicazione alla *denuntiatio* effettuata sulla base di un patto di prelazione, si è ritenuto che essa fosse comunque soggetta alla forma scritta in quanto relativa al trasferimento di beni immobili, MORELLO, nota a Cass., 19 agosto 1964, n. 2332, in *Foro it.*, 1965, I, pag. 274.

93 GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 5. Secondo l'autore, il fatto che la forma della *denuntiatio* sia indipendente da quella prevista per il negozio che si verrà a costituire è confermato da alcune disposizioni relative alle prelazioni legali, che impongono una determinata forma per la *denuntiatio* anche nei casi in cui non sia richiesto nessun requisito per il contratto definitivo.

di semplice comunicazione in base alla volontà delle parti espressa nel patto di prelazione, è altrettanto ovvio ritenere che la *denuntiatio* debba essere effettuata secondo quanto prescritto nell'accordo e a prescindere dalla qualificazione della dichiarazione, poiché, i contraenti potrebbero convenire una determinata forma anche nel caso in cui la *denuntiatio* integri una semplice comunicazione, ciò per maggior precisione circa gli intenti del concedente, la provenienza dell'atto e/o il momento della sua ricezione⁹⁴.

Naturalmente le parti non possono derogare a norme imperative, perciò, qualora la *denuntiatio* debba integrare un'offerta contrattuale, dovrà obbligatoriamente assumere la forma imposta dalla legge per il negozio che si intende concludere, al di fuori di questa ipotesi, i contraenti sono liberi di fissare la forma della *denuntiatio* nella maniera che preferiscono, stabilendola *ad substantiam* o anche solo *ad probationem*.

Se i contraenti non dispongono nulla e se neppure la legge impone alcun requisito formale, la dichiarazione non dovrà rivestire alcun carattere prestabilito⁹⁵. Tale impostazione, già delineata dagli autori dell'età intermedia⁹⁶

94 Infatti, in alcuni casi la dottrina richiama l'art. 1352 c.c. anche se ritiene che la *denuntiatio* non sia riconducibile ad una proposta: "L'invito ad avvalersi del privilegio con la comunicazione delle condizioni, al pari della dichiarazione di avvalersi o meno del diritto di preferenza, non sono vincolati a forme speciali, a meno che le parti non abbiano convenuto per iscritto di adottare una particolare forma", GIANNATTASIO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, tomo I, Milano, 1974, pag. 285.

95 Così la sentenza del Tribunale di Perugia (Trib. Perugia, 8.3.1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, pag. 323) che in tema di prelazione societaria ha sostenuto l'ammissibilità di una *denuntiatio* tacita. Il Tribunale, dopo aver rilevato che nel caso di specie era "necessario e sufficiente che gli altri soci avessero tempestiva comunicazione della volontà di alienare e delle condizioni per esercitare il diritto di prelazione" e che tale manifestazione di volontà non era "sottoposta ad alcuna rigorosa forma", giunse alla conclusione che "è perfettamente coerente ritenere che la manifestazione anziché espressa possa essere anche tacita, cioè concretizzata anziché in scritti o parole anche in un comportamento concludente. E tale comportamento concludente, tale manifestazione identica nel suo contenuto ad una *denuntiatio* verbale o scritta è completamente presente nei fatti dal convenuto posti in essere".

96 CORRADINUS, *op. cit.*, q. IV, n. 41; BALDUS, *De iure prothomiseos*, in *Const. «Sancimus»*, Venezia, 1584, n. 4.

e ripresa da parte della dottrina⁹⁷, non cambia nella sostanza il contenuto delle teorie tradizionali fondate sulla dicotomia proposta-comunicazione, ma consente di attribuire maggior peso alla volontà dei contraenti, primo punto di riferimento per la disciplina dei rapporti derivanti dal patto di prelazione.

Relativamente alle modalità di trasmissione della *denuntiatio*, utili spunti di riflessione giungono dalla giurisprudenza in tema di prelazione agraria. Sebbene l'attuale normativa imponga che l'invio della *denuntiatio* da parte del proprietario del fondo debba avvenire attraverso determinati mezzi e rispettando precisi requisiti⁹⁸, i giudici di legittimità e di merito si mostrano molto flessibili e giungono ad affermare che l'imposizione di tali modalità non deve essere intesa a carattere cogente ed a pena di inefficacia⁹⁹, poiché, ciò che importa è che la *denuntiatio* “sia effettuata con idonei mezzi atti allo scopo della legge, cioè quello di provocare l'eventuale esercizio del diritto di prelazione”¹⁰⁰. Rilievi analoghi sono stati svolti relativamente alla prelazione urbana, sebbene il requisito della forma scritta sia inderogabile¹⁰¹, non altrettanto può dirsi per le modalità con cui la notificazione deve essere svolta, bastando che i mezzi usati siano idonei a rendere edotto il destinatario dell'esatto e completo contenuto del contratto di alienazione¹⁰².

97 D'ORAZI-FLAVONI, *op. cit.*, pagg. 146-147; CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. Civ.*, a cura di Vassalli, XI, Torino, 1963, pagg. 276-277.

98 Il proprietario del fondo è tenuto a notificare con lettera raccomandata la proposta di alienazione del fondo oggetto della prelazione, accompagnata dalla trasmissione del contratto preliminare concluso con il terzo (art. 8 L. n. 590/1965, come modificato dall'art. 8 L. n. 817/1971).

99 Cass., 5.5.1993, n. 5189, in *Vita not.*, 1994, I, pag. 192; Cass., 17.7.1991, n. 7948, in *Giust. civ. mass.*, 1991, fasc. 7.

100 Trib. Trani, 15.3.2002, in *Nuovo dir.*, 2003, pag. 71.

101 In quest'ambito la legge prevede che il proprietario dell'immobile locato debba dare comunicazione al conduttore dell'intenzione di vendere l'immobile mediante un atto scritto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario (art. 38 L. n. 392/1978). Cass., 27.4.1990, n. 3549, in *Foro it.*, 1991, I, pag. 847; Trib. Como, 2-1.9.1986, in *Giur. mer.*, 1988, pag. 51.

102 BERNARDINI, *op. cit.*, pag. 242. Cass., 17.11.1998, n. 11552, in *Giur. it.*, 1999, pag. 1586; Cass., 27.11.1991, n. 12689, in *Foro it.*, 1992, I, pag. 2451.

In considerazione di questo orientamento giurisprudenziale, ci si chiede se anche nella prelazione volontaria il promittente possa inviare la *denuntiatio* seguendo procedure diverse da quelle stabilite nel patto di preferenza.

La soluzione affermativa sembra contrastare con la circostanza che le formalità convenute per la *denuntiatio* sono solitamente pattuite nell'interesse del prelazionario e sono indispensabili per far decorrere il termine oltre il quale il promittente s'intenderà liberato del proprio vincolo. Diversamente, si dovrebbero ricercare le ragioni che hanno spinto i contraenti a prestabilire una determinata forma, per valutare se i reciproci interessi siano stati comunque soddisfatti.

b) Il contenuto della *denuntiatio*

Uno dei temi più controversi nell'ambito del patto di preferenza attiene al contenuto che la *denuntiatio* deve rivestire per poterla ritenere valida ed efficace¹⁰³. Nella sostanza si tratta di stabilire: 1) quando la dichiarazione dell'obbligato può considerarsi completa; 2) se il promittente sia sempre tenuto a far riferimento alla proposta del terzo; 3) se il principio della parità di condizioni deve sempre essere rispettato.

Per quanto concerne il primo quesito relativo alla completezza della *denuntiatio*, la soluzione va ricercata nella volontà delle parti, ossia in ciò che esse hanno stabilito nel patto di prelazione, il quale potrebbe indicare tutti gli elementi di cui essa dovrà essere composta o addirittura stabilire che il promittente dovrà trasmettere al beneficiario il preliminare stipulato con il terzo e sottoposto alla condizione sospensiva del mancato esercizio della

¹⁰³ L'efficacia della *denuntiatio* da intendere come idoneità ad estinguere il vincolo sorto con il patto di preferenza, tanto nel lato attivo, nel senso che essa deve consentire al prelazionario di far valere il proprio diritto, quanto nel lato passivo, nel senso che il mancato esercizio della prelazione libererà il promittente dal proprio obbligo.

prelazione. In tali ipotesi, il contenuto della dichiarazione è prestabilito in maniera chiara e solitamente non dà luogo a problemi interpretativi, a meno che l'elenco dei requisiti della *denuntiatio* non sia completo o sia estremamente generico.

Un'altra caso in cui il contenuto della dichiarazione può considerarsi predeterminato ricorre nell'ipotesi di *denuntiatio*-proposta contrattuale, dove il promittente deve far conoscere al preferito almeno gli elementi essenziali del negozio da concludere, di modo che la semplice adesione della controparte sia sufficiente a formare l'accordo, ai sensi dell'art. 1326 c.c.¹⁰⁴. Tuttavia, anche l'invio di una dichiarazione-proposta, contenente gli elementi essenziali¹⁰⁵ del

104 BIANCA, *op. cit.*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, pag. 270.

105 Il problema riguarda il significato dell'espressione elementi essenziali, che da sempre costituisce oggetto di un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Fin dall'inizio del secolo alcuni autori rilevavano che, mentre gli elementi essenziali del contratto sono soltanto quelli senza dei quali un negozio o non può esistere in generale o non appartiene a quella determinata categoria giuridica, per la formazione di un singolo e specifico contratto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali (SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, pag. 479). Con particolare riguardo alla formazione progressiva del contratto, la Cassazione affermava già nel 1938 che "se alcuni punti, che rispetto ad altri possono apparire d'importanza secondaria, sono dalle parti espressamente considerati, è chiaro che per i contraenti essi si presentano, non meno degli altri, d'importanza essenziale, così che l'accordo contrattuale non potrà dirsi perfetto prima che sull'intero rapporto, in tutti i suoi vari elementi, non sia stato raggiunto l'incontro dei consensi" (Cass., 22.4.1938, n. 1349, in *Foro it. rep.*, 1938, voce *Obbligazioni e Contratti*, n. 208). L'impossibilità di individuare a priori degli elementi qualificabili come essenziali per la formazione del vincolo si giustifica anche in riferimento alle parti singolarmente considerate: una particolare modalità dell'esecuzione della prestazione, così come il luogo dell'adempimento o il soggetto che dovrà procedere ad esso, sono aspetti del rapporto che possono rivestire un'importanza del tutto secondaria per un contraente e contemporaneamente risultare fondamentali per l'altro; al riguardo è stato sottolineato che "ciò che è accidentale rispetto a quel contenuto tipico astrattamente considerato, può talora presentare, rispetto al contenuto concreto di un contratto determinato, un'importanza addirittura predominante rispetto agli elementi essenziali, sino al punto che vi sia subordinata l'efficacia stessa del contratto" (OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, pag. 513). Sarebbe perciò arbitrario ritenere aprioristicamente che taluni elementi dell'offerta del terzo siano superflui ed accessori per il prelazionario, e che come tali possano essere esclusi dal contenuto della *denuntiatio*: tale valutazione può essere effettuata solo in concreto, perché anche una condizione di regola irrilevante potrebbe assumere, nel caso specifico, un peso decisivo per la decisione del preferito in ordine all'esercizio del proprio diritto (RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, pag. 84 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 138 ss.; FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pag. 188 ss.).

futuro contratto, potrebbe non essere sufficiente, laddove mancassero informazioni che non consentano di valutare l'offerta e/o l'opportunità di esercitare la prelazione.

Dunque, la *denuntiatio* deve essere “esauriente”¹⁰⁶, cioè deve indicare, indipendentemente dalla sua natura di proposta o di mera comunicazione, il “contenuto qualificante”¹⁰⁷ del negozio che il promittente intende concludere con il terzo in caso di mancato esercizio della prelazione da parte del beneficiario. Le condizioni che il soggetto obbligato è tenuto a comunicare al prelazionario variano caso per caso, in ragione della natura del contratto, della qualità delle parti e dei loro rapporti e possono comprendere l'individuazione del prezzo, le modalità di pagamento e le sue facilitazioni, le eventuali garanzie. Pertanto, nel caso di *denuntiatio*-una proposta contrattuale, è da escludere che sia sufficiente l'indicazione di quei dati che, ai sensi dell'art. 1325 c.c., costituiscono gli elementi essenziali del contratto, essendo necessario tutto “quanto occorre per l'identificazione in concreto del contratto che viene offerto al titolare della prelazione”¹⁰⁸.

Quest'impostazione trova riscontro anche in giurisprudenza, la quale ha affermato che, in mancanza di una diversa regolamentazione negoziale, il promittente è tenuto a comunicare al prelazionario tutte le condizioni dell'offerta inviata o ricevuta dal terzo¹⁰⁹, anche se è forse più corretto ritenere che debbano essere presenti solo quegli elementi che nella fattispecie concreta “si rendano necessari per dare ai destinatari della *denuntiatio* la piena consapevolezza dei termini dell'affare, e, quindi, la possibilità di valutare la convenienza o meno dell'esercizio della prelazione”¹¹⁰.

106 DI ROSA, *op. cit.*, in *I contratti in generale*, a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000, pag. 244.

107 SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, pag. 705.

108 SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, pag. 706.

109 Cass., 12.6.2001, n 7879, in *Giust. civ.*, 2002, I, pag. 139.

110 Trib. Cassino, 9.9.1997, in *Società*, 1998, pag. 415.

Considerazioni analoghe valgono riguardo all'indicazione, nella *denuntiatio*, del nominativo del terzo da cui l'offerta è stata ricevuta o inviata, o con il quale è stato stipulato un contratto preliminare.

Parte della dottrina sostiene che l'identità del terzo deve sempre essere comunicata al prelazionario e, soprattutto, quando ne viene fatta richiesta¹¹¹, dovendo il preferito essere in grado di verificare “se il promittente ha poi effettivamente stipulato il contratto e, subordinatamente, se lo ha stipulato con quella persona e a quelle condizioni che gli aveva preventivamente comunicato”¹¹². Anche la giurisprudenza ha sottolineato che l'indicazione del terzo proponente deve sempre ritenersi un elemento essenziale della *denuntiatio*, in quanto essa consente al titolare della preferenza di “valutare la serietà della proposta e l'opportunità di sostituirsi al proponente”¹¹³.

Per altra parte della dottrina, tale conclusione appare troppo rigida, dal momento che l'indicazione del terzo non è richiesta dall'art. 1566 c.c., non modifica la situazione giuridica del beneficiario, il cui diritto ad essere preferito è indipendente dall'identità del soggetto offerente e, la sua assenza, non lede i diritti del promissario, che potrebbe sempre verificare se il promittente ha effettivamente concluso un contratto alle medesime condizioni comunicate con la *denuntiatio*¹¹⁴. Ma se una simile impostazione fosse applicata rigidamente, il promittente non sarebbe mai tenuto ad indicare il nome del terzo, motivo per cui questa soluzione non può essere accolta, sia perché le parti possono prevedere nel patto che il nominativo del terzo costituisca elemento essenziale della *denuntiatio*, sia perché, in relazione alla

111 COSTANZA, *Il patto di prelazione*, in ALPA-BESSONE, *I contratti in generale, I requisiti del contratto*, III, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, pag. 400.

112 CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXI, Milano, 1987, pag. 295.

113 Cass., 12.3.1981, n. 1407, in *Dir. fall.*, 1982, II, pag. 1039.

114 PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, pag. 167.

singola fattispecie, la sua presenza potrebbe essere essenziale al prelazionario per una adeguata valutazione circa l'esercizio del proprio diritto.

Dunque, così come accade per tutti gli altri elementi di cui la dichiarazione del promittente può essere composta, anche l'indicazione del nominativo del terzo deve ritenersi necessaria solo in base alle specifiche circostanze del caso concreto¹¹⁵. In via generale, quindi, tale indicazione non è indispensabile, ma dovrà sempre essere presente qualora sia stabilito dalle parti¹¹⁶ e qualora la prelazione “trovi la sua giustificazione oggettiva in una situazione giuridica permanente rispetto alla quale (...) assume rilievo *l'intuitus persone*”¹¹⁷, ossia quando le qualità personali del terzo possono incidere sulla decisione del promissario circa l'esercizio della prelazione.

Per quanto concerne il secondo quesito, relativo a se il promittente sia sempre tenuto a far riferimento alla proposta del terzo, secondo l'opinione più diffusa, la preventiva esistenza di un terzo con il quale l'obbligato sia entrato in rapporto è essenziale rispetto al meccanismo della preferenza¹¹⁸, opinione confermata dall'art. 1566 c.c., che indica espressamente quale contenuto della dichiarazione dell'obbligato “le condizioni propostegli da terzi”, tanto che una parte della dottrina sembra dare per scontato che la *denuntiatio* sia preceduta da un rapporto con un soggetto estraneo al rapporto di prelazione¹¹⁹.

115 BONILINI, *La “denuntiatio” nella prelazione volontaria*, in *Contr.*, 1993, pag. 107; PIERALLINI, *Contenuto della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, in *Riv. not.*, 1983, pagg. 1147-1148; PEREGO, *op. cit.*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, I, pagg. 166-167.

116 PEREGO, *ult. op cit.*, pag. 167.

117 SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, pag. 709; BONILINI, *op. cit.*, in *Contr.*, 1993, pag. 107; GALLO, *op. cit.*, in *Dig. delle disc. priv.*, Sez. civ., vol. XIV, Torino, 1996, pag. 175; più genericamente GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol. II, tomo I, Padova, 1999, pag. 185, secondo il quale il nome del terzo dovrà essere indicato nella *denuntiatio* solo se l'identità del contraente è essenziale.

118 ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, Milano, 1960, pag. 127; FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 60.

119 GIANNATTASIO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, tomo I, Milano, 1974, pag. 283; GALGANO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol. II, tomo I, Padova, 1999, pag. 185.

Sebbene la comparazione sia insita nel concetto stesso di preferenza¹²⁰, altra dottrina si chiede perché non possa considerarsi preferito anche il prelazionario che riceva, prima di chiunque altro, la dichiarazione dell'obbligato con cui questi si dichiara pronto a disporre del bene. Ad esempio, se il promittente invia un'autonoma proposta al prelazionario, dichiarando che in caso di mancata accettazione rivolgerà la medesima proposta ad un terzo, la preferenza può ritenersi realizzata senza che il beneficiario sia stato leso nel suo diritto¹²¹, non avendo alcuna importanza che un terzo sia già disponibile alla conclusione del contratto, perché ciò non costituisce uno dei contenuti essenziali del patto di preferenza. Egli è in grado di valutare la convenienza delle condizioni che gli sono offerte anche senza la presenza di un altro soggetto che abbia fatto una proposta o che sia pronto ad accettarla. Pertanto, in caso di decorso dello *spatium deliberandi*, il promittente potrà ritenersi liberato dal proprio vincolo, a condizione che l'offerta successivamente rivolta al terzo sia identica a quella rifiutata dal beneficiario.

Infine, nei casi in cui la persona del terzo sia decisiva all'esercizio della prelazione, nulla osta a che il promittente invii preventivamente la *denuntiatio* al beneficiario della preferenza, dovendo egli avere come unica accortezza quella di indicare espressamente il nominativo del soggetto a cui si rivolgerà se il prelazionario non farà valere il suo diritto.

Per quanto concerne il terzo ed ultimo quesito relativo a se il principio della parità di condizioni deve sempre essere rispettato, si rileva che mentre in passato esso era ritenuto coessenziale al concetto di preferenza e, quindi,

120 GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 2.

121 BIANCA, *op. cit.*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, pag. 269, il quale sottolinea che il promittente deve comunicare al prelazionario non solo la proposta ricevuta da terzi, ma anche quella che intende fare a terzi. In giurisprudenza Cass., 27.1.1979, n. 586, in *Giust. civ. mass.*, 1979, pag. 263.

doveva sempre essere rispettato nella *denuntiatio*¹²², successivamente la dottrina ha via via abbandonato questa posizione, sottolineando come tale elemento costituisca, invece, soltanto un aspetto economico del contratto da stipulare, derogabile dalle parti senza che per ciò stesso la natura della clausola di prelazione possa ritenersi modificata¹²³.

Così, si è ammessa la possibilità che siano gli stessi contraenti a prevedere una disciplina del rapporto diversa dalla parità di condizioni, imponendo, per esempio, che nella *denuntiatio* sia contenuto un prezzo pari al 50% di quello che il terzo sarebbe pronto a versare¹²⁴, giacché in questi casi non viene meno il riferimento all'offerta formulata dal terzo, limitandosi a stabilire che il corrispettivo da indicare nella *denuntiatio* sarà calcolato secondo un criterio diverso da quello della parità, pertanto, l'autonomia negoziale delle parti rimane, comunque, nello schema della prelazione, per la cui sussistenza è essenziale soltanto l'obbligo di preferire un certo soggetto nell'eventuale conclusione di un determinato contratto.

Se, invece, le parti non stabiliscono nulla, la prelazione deve intendersi concessa a parità di condizioni e, perciò, la *denuntiatio* si deve conformare a tale principio¹²⁵. Secondo alcuni autori questa conclusione sarebbe conforme al canone interpretativo “dell'equo contemperamento degli interessi delle parti

122 COVIELLO L., *op. cit.*, in *Enc. giur. it.*, Milano, 1902, n. 27, pag. 101. In tempi più recenti FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1962, pag. 640.

123 CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, XI, Torino, 1963, pag. 279.

124 È il caso considerato da Cass., 30.7.1954, n. 2783, in *Giust. civ.*, 1955, pag. 435, dove il proprietario di un fondo si era impegnato a preferire un parente per l'eventuale vendita e ad offrirgli con la *denuntiatio* un prezzo pari al 50% di quello proposto dal terzo. La Cassazione, infatti, ritenne che la fattispecie rientrasse legittimamente nel *genus* del patto di prelazione. Favorevoli GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 2; CATRICALA', *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 558.

125 CARRESI, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXI, Milano, 1987, pag. 292; RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 65.

posto dall'art. 1371 c.c.¹²⁶ e sarebbe contenuta nell'art. 1566 c.c.¹²⁷; del resto, laddove si ritenesse che il promittente sia semplicemente tenuto a preferire un determinato soggetto come controparte, senza alcun vincolo nella scelta delle condizioni da offrirgli, ciò potrebbe determinare abusi da parte dello stesso promittente, ad esempio proporre al beneficiario della prelazione condizioni esorbitanti al solo scopo di liberarsi dal vincolo.

Ovviamente la parità di condizioni non va riferita soltanto al prezzo, di regola, concerne tutti gli elementi dell'offerta, poiché, la valutazione di convenienza può essere influenzata anche da fattori differenti come, ad esempio le modalità e il tempo del pagamento o il luogo in cui verrà eseguita la prestazione¹²⁸.

c) **Lo *spatium deliberandi***

Effettuata la *denuntiatio*, occorre ora determinare il lasso di tempo entro il quale il preferito possa far valere il proprio diritto, la cui eventuale decorrenza comporta l'estinzione dell'obbligo in capo al promittente e la conseguente possibilità, per quest'ultimo, di concludere il contratto con il terzo.

Il problema dello *spatium deliberandi* è uno dei pochi temi sufficientemente disciplinato dall'art. 1566 c.c., il cui principio è ritenuto applicabile ad ogni patto di preferenza, infatti, la norma “non s'ispira (...) a supposte singolarità della sola fattispecie che mostra di contemplare

126 D'ORAZI-FLAVONI, *op. cit.*, pag. 158; CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, XI, Torino, 1963, pag. 279.

127 GIANNATTASIO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, tomo I, Milano, 1974, pag. 286. Diversamente CORRADO, *op. cit.*, pag. 279, il quale rileva che l'attuale formulazione dell'art. 1566 c.c. si discosti da quella contenuta nel vecchio Progetto preliminare al codice di commercio, che richiamava espressamente il requisito della parità di condizioni.

128 RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 65.

espressamente, non plasma norme eccezionali. Essa si conforma, invece, e dà sviluppi alla trama tipica del patto di prelazione, quale che ne sia lo specifico, vario atteggiarsi. E, come tale, va letta (...) in trasparenza, quale mera applicazione ad un caso di specie d'una disciplina sovraordinata, a contenuto generale”¹²⁹.

L'art. 1566 c.c. non fa nessun riferimento al termine *a quo*, cioè al momento da cui lo *spatium deliberandi* comincia a decorrere, considerato che esso coincide con la ricezione della *denuntiatio*, in conformità alla disciplina generale degli atti recettizi, prevista dall'art. 1334 c.c., Naturalmente opera pure la presunzione dell'art. 1335 c.c., applicabile sia nel caso in cui la dichiarazione contenga una proposta contrattuale, sia nell'ipotesi in cui essa integri una semplice comunicazione¹³⁰.

Maggiori problemi sorgono, invece, in relazione al termine *ad quem*, poiché, qui la soluzione non può essere unica. L'art. 1566 statuisce che lo *spatium deliberandi* può essere fissato consensualmente dalle parti e, in mancanza, deve essere determinato sulla base delle circostanze o degli usi, per cui è da esso che si devono trarre le regole da applicare ad ogni fattispecie, ciascuna delle quali pone problemi differenti:

- ✓ le parti possono stabilire l'arco di tempo entro cui il prelazionario potrà far valere il suo diritto e durante il quale l'obbligato non potrà vendere a terzi.

Tale accordo può essere inserito nel patto di prelazione sin da subito, ma

129 SARASSO, *op. cit.*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, pagg. 720-721; MIRABELLI, *op. cit.*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Cendon, IV, tomo 2, Torino, 1980, pag. 234 ss..

130 GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 5; FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 50, secondo il quale, nel caso in cui la *denuntiatio* non abbia valore di proposta contrattuale, “potrebbe rimanere il dubbio circa l'applicabilità quanto meno in via analogica, essendosi ridotta la *denuntiatio* a mera attività di partecipazione, dell'art. 1335 c.c. nell'inciso relativo alla facoltà, ivi riconosciuta al destinatario, di dare la prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di venire a conoscenza di quanto comunicato”. L'autore conclude affermando che “la necessità di salvaguardare la posizione del terzo (...) induce a privilegiare un'esigenza di certezza legale e quindi di rifiutare l'estensione all'ipotesi *de qua* di quella parte sopra indicata dell'art. 1335 c.c.”.

può anche essere raggiunto successivamente¹³¹ e può essere modificato in ogni momento, anche successivamente all'invio della *denuntiatio*¹³², l'importante è che le scadenze fissate nel contratto siano rispettate anche in assenza di un loro esplicito richiamo.

Lo *spatium deliberandi*, così, fissato, secondo dottrina¹³³ e giurisprudenza¹³⁴, non è soggetto a valutazione di congruità a differenza, invece, di un termine determinato unilateralmente dal promittente. Dunque, la comune intenzione dei contraenti prevale su ogni apprezzamento esterno, come si deduce dalla stessa struttura gerarchica dell'art. 1566 c.c., che richiama circostanze e usi solo in assenza di un'espressa convenzione, con l'unico limite, derivante dall'art. 2965 c.c., ai sensi del quale, la fissazione consensuale del termine è nulla qualora renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto da parte del beneficiario¹³⁵;

- ✓ la seconda ipotesi è quella in cui il soggetto obbligato, nel momento di effettuare la *denuntiatio*, inviti il preferito ad esercitare il proprio diritto entro un termine diverso da quello originariamente convenuto. Bisogna, quindi, stabilire se una simile dichiarazione possa essere considerata efficace. In passato alcuni autori hanno sostenuto che “il termine fissato per legge o per convenzione non può essere prorogato né abbreviato”¹³⁶

131 BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, pag. 124.

132 CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, XI, Torino, 1963, pag. 278.

133 VISALLI, *Un passo in avanti e un passo indietro della Suprema Corte in tema di prelazione volontaria*, in *Giust. civ.*, 2002, I, pag. 1658; BONILINI-GIOVATI-GUIOTTO-MORA, *La prelazione volontaria*, Milano, 1993, pag. 175.

134 Sul punto la Cassazione ha affermato che, in presenza di un accordo sul periodo di tempo entro cui il diritto di prelazione debba essere esercitato, “non ha più rilevanza la sussistenza o meno di una obiettiva congruità del tempo concesso per deliberare, in quanto la volontà delle parti vi ha sostituito la propria valutazione soggettiva”. Cass., 5.3.1954, n. 617, in *Giust. civ.*, 1954, pag. 470.

135 CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, pag. 278; GIANNATTASIO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, tomo I, Milano, 1974, pagg. 285-286.

136 D'ORAZI-FLAVONI, *op. cit.*, pag. 150, il quale si rifà alla dottrina dell'età intermedia, in base alla quale eventuali modifiche allo *spatium deliberandi* non sarebbero possibili nemmeno quando il soggetto attivo del rapporto ometta di effettuare la sua dichiarazione “*ad effectum malignandi*”, CORRADINUS, *op. cit.*, q. XXV. n. 2.

salva la possibilità che, nel caso di termine pattizio, intervenga un nuovo accordo delle parti a modificare il precedente. Questa opinione non è da tutti condivisa; infatti, un mutamento unilaterale dello *spatium deliberandi* può escludersi solo nel caso di abbreviazione della scadenza convenuta, comportando una lesione del diritto del prelazionario a decidere nel termine consensualmente stabilito, qualora, invece, il termine sia maggiore di quello indicato nel patto, non sembra che ciò arrechi alcun pregiudizio al preferito, il quale anzi avrebbe più tempo per valutare.

Occorre precisare che, nelle ipotesi in cui nella *denuntiatio* sia indicato uno *spatium deliberandi* più breve di quello convenuto, essa non può essere considerata nulla o, comunque, improduttiva di effetti, non sussistendo alcuna norma da desumersi, anche per *relationem*, simile invalidità o inefficacia, pertanto, la dichiarazione sarà ugualmente efficace, ma lo *spatium deliberandi* andrà determinato sulla base degli accordi intercorsi tra le parti, che prevarranno sulla difforme comunicazione proveniente dal promittente¹³⁷;

- ✓ se nel patto di prelazione le parti non hanno stabilito alcun termine per l'esercizio della preferenza, esso può essere fissato unilateralmente dall'obbligato all'interno della sua stessa dichiarazione¹³⁸, ma a condizione che la scadenza non sia “talmente breve da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto stesso”¹³⁹. In mancanza la giurisprudenza

137 La difformità tra il termine convenuto nel patto e quello indicato nella *denuntiatio* potrebbe non essere voluta dal promittente, ma derivare da un errore. Se si tratti di errore materiale, si applicherà il termine indicato nel patto di prelazione, se, invece, si tratti di errore nella rappresentazione (l'obbligato creda che il termine indicato nella *denuntiatio* sia quello convenuto nel patto) si distinguono due ipotesi: se la scadenza è maggiore di quella convenuta il nuovo termine sarà vincolante per il promittente, se è inferiore, prevarrà il termine stabilito di comune accordo.

138 VISALLI, *op. cit.*, in *Giust. civ.*, 2002, I, pag. 1657; DI ROSA, *op. cit.*, in *I contratti in generale*, a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000, pag. 249; FREZZA, *op. cit.*, in *Giust. civ.*, 1993, II, pagg. 417-418.

139 BIANCA, *op. cit.*, in *Diritto civile*, Milano, 2000, pag. 270, nota n. 260.

consente al preferito di far ricorso al giudice, il quale potrà dichiarare l'incongruità dello *spatium deliberandi* fissato con la *denuntiatio* e provvedere ad una nuova determinazione sulla base di circostanze ed usi conformemente a quanto disposto dall'art. 1566 c.c.¹⁴⁰;

- ✓ l'ultimo caso è quello in cui né il patto di prelazione, né la *denuntiatio* contengano alcuna indicazione circa il termine assegnato al preferito per l'esercizio del proprio diritto. In queste ipotesi il termine, ai sensi dell'art. 1566 c.c., sarà stabilito in base alle circostanze o agli usi, salva, in ogni caso, la possibilità di rivolgersi al giudice, il quale previa, una valutazione di merito “rispondente, in termini generali, all'accertamento della situazione di fatto”¹⁴¹, dovrà individuare il termine basandosi su tutte le specificità della fattispecie concreta, a partire dalle particolari relazioni intercorrenti tra le parti o la natura dell'affare¹⁴², per finire al periodo di tempo concesso dal terzo all'obbligato per accettare o rifiutare la propria offerta¹⁴³.

Orbene, alla luce di quanto esposto se ne potrebbe dedurre che l'invio di una regolare *denuntiatio* faccia venir meno il rapporto tra promittente e promissario, indipendentemente dalla risposta data da quest'ultimo, se il preferito esercita il proprio diritto entro la scadenza concessagli, la prelazione può dirsi realizzata, mentre se il tempo per deliberare trascorre inutilmente, l'obbligato torna libero di disporre del bene e di venderlo al terzo.

140 Trib. Brescia, 2.12.1969, in *Giur. it.*, 1970, I, pag. 398; Trib. Napoli, 12.10.1963, in *Foro it.*, 1964, I, pag. 179. GABRIELLI, *op. cit.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, pag. 5; BONILINI-GIOVATI-GUIOTTO-MORA, *op. cit.*, pag. 175; ALPA-BESSANONE, *I contratti in generale. Requisiti*, III, Torino, 1990, pag. 299 ss.

141 Cass., 18.3.1986, n. 1844, in *Giust. civ. mass.*, 1986, fasc. 3.

142 Nel caso in cui la *denuntiatio* sia assimilabile ad un'offerta contrattuale è applicabile la disciplina generale prevista in materia di proposta dall'art. 1326 c.c., SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, pag. 347.

143 CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, pag. 278.

In realtà, il decorso dello *spatium deliberandi* senza una risposta positiva del beneficiario o una sua espressa rinuncia, non produce automaticamente la cessazione del vincolo, perché ciò dipende da un'ulteriore circostanza e cioè dal fatto che l'obbligato concluda realmente il contratto con il terzo alle stesse condizioni indicate nella *denuntiatio* o alle condizioni che egli sarebbe stato tenuto a praticare secondo quanto stabilito nel patto di prelazione. Se, invece, la vendita al terzo viene eseguita senza rispettare la parità di trattamento o gli altri criteri stabiliti dalle parti, non ha più rilevanza che il beneficiario non abbia fatto valere il proprio diritto entro la scadenza ed il patto deve ritenersi violato¹⁴⁴. Le medesime considerazioni valgono per il caso in cui l'identità del terzo sia diversa da quella comunicata al preferito, per lo meno in tutte le situazioni in cui questa debba ritenersi essenziale per la valutazione di convenienza circa l'esercizio della prelazione, pertanto, in tutti i casi in cui l'obbligato riceva una nuova e diversa offerta dal terzo ed intenda accettarla al posto di quella precedentemente comunicata al promissario, egli sarà tenuto ad effettuare un'altra *denuntiatio*, anche quando lo *spatium deliberandi* sia già trascorso o sia ancora pendente.

3. L'inadempimento dell'obbligo di preferire

Occorre ora descrivere il comportamento del promittente che possa ritenersi lesivo del diritto del promissario, si tratta cioè, di individuare le condizioni necessarie affinché possa parlarsi di inadempimento dell'obbligo di preferire.

¹⁴⁴ BASILE, *Mancato esercizio del diritto di prelazione ed obbligo di rinnovazione della denuntiatio*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, pag. 115. Secondo alcuni autori possono essere escluse dal principio in esame quelle clausole “almeno in linea di massima ininfluenti sotto il profilo della sostanza economica dell'affare”, FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 82.

La dottrina ha più volte sottolineato la difficoltà di individuare il momento in cui deve essere effettuata la *denuntiatio*¹⁴⁵. È ovvio che il promittente non può essere tenuto ad inviare una dichiarazione al prelazionario per il semplice fatto di aver ricevuto un'offerta da un terzo, dato che il concedente non svolge alcun ruolo attivo nell'affare e non vi sono elementi per dedurre che egli si sia determinato a concludere il contratto.

Diversa è l'ipotesi in cui l'obbligato intrattenga delle trattative con il terzo, poiché, in questa situazione la sua partecipazione al procedimento formativo dell'accordo non è più soltanto passiva e potrebbe essere segno della volontà di stipulare, tuttavia, la pendenza di semplici trattative non appare sufficiente a far sorgere l'obbligo di provvedere alla *denuntiatio*, sia perché “i trattanti potrebbero interromperle senza giungere all'accordo”¹⁴⁶, sia perché “il promittente potrebbe riservarsi di renderne edotto il promissario al momento giusto, cioè quando si sarà indotto ad alienare in base alle offerte ricevute”¹⁴⁷. In tali casi, l'omissione della *denuntiatio* non può avere rilevanza, non comportando alcuna lesione del diritto del prelazionario ad essere preferito; la violazione degli obblighi si verifica solo quando alla mancata effettuazione della dichiarazione si accompagna la stipulazione del contratto con un altro soggetto, con conseguente potere del beneficiario di richiedere il risarcimento

145 RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 68 ss.; FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 58 ss.; CARRESI, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXI, Milano, 1987, pag. 296 ss.; DI ROSA, *op. cit.*, in *I contratti in generale*, a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000, pag. 250 ss..

146 Cass., 23.1.1975, n. 265, in *Foro it.*, 1975, I, pag. 839.

147 Cass., ult. loc. cit.. Nello stesso senso RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 69, secondo il quale, in pendenza di trattative con il terzo, “il promittente dovrà semplicemente astenersi dall'arrivare egli ad una vera e propria proposta (e a maggior ragione dall'accettare una proposta del terzo) prima di avere fatto la *denuntiatio* al promissario”.

del danno¹⁴⁸ ed eventualmente, quando la prelazione è assistita da una tutela reale, anche di riscattare il bene alienato al terzo¹⁴⁹.

Secondo alcuni autori, però, anche nei casi in cui l'obbligato vada alla luce delle semplici trattative con il terzo, concludendo un contratto preliminare o un patto d'opzione o inviandogli una proposta irrevocabile, ebbene anche in queste fattispecie l'omissione della *denuntiatio* non sarebbe idonea ad integrare un inadempimento, in quanto “fino a quando il terzo non avesse accettato la proposta o l'opzione fattegli dal promittente, o non fosse addivenuto con lui alla stipulazione del contratto definitivo (...) e cioè, in una

148 Tale risarcimento andrà determinato, secondo opinione pressoché unanime, sulla base dell'interesse positivo, BIANCA, *op. cit.*, pag. 271, secondo il quale, nel caso di omissione della *denuntiatio* accompagnata dalla vendita al terzo del bene oggetto di prelazione, “il danno risarcibile è pari al vantaggio patrimoniale che il promissario avrebbe conseguito se fosse stato preferito al terzo. Da tale entità occorre detrarre un margine rappresentato dalle maggiori o minori probabilità che il titolare della prelazione non avrebbe esercitato il suo diritto anche se tempestivamente avvertito”. In senso contrario è stato sostenuto che, in considerazione della natura “strumentale e procedurale” delle regole stabilite con il patto di preferenza, “la loro eventuale violazione importerà responsabilità precontrattuale, cioè quel tipo di responsabilità che si riferisce alla fase formativa del contratto. Non deve, infatti, trarre in errore la circostanza che le regole in questione trovano spesso la loro fonte in un contratto: se non si vuol rimanere invischiati in pregiudizi concettualistici, occorre spostare l'accento dal dato strutturale della derivazione delle regole da un contratto, a quello funzionale che dà rilievo agli interessi sottesi alle regole stesse; una volta constatato che gli interessi in gioco sono meramente strumentali, nel senso che si giustificano nell'ambito del procedimento, la responsabilità conseguente alla loro mancata attuazione non potrà che qualificarsi precontrattuale”, TROISI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, pagg. 586-587. In ogni caso, a prescindere dalla natura della responsabilità conseguente alla violazione del patto di prelazione, è stato correttamente rilevato che la sanzione del risarcimento del danno “rimane svuotata di significato se il concedente, violata la prelazione, stipula un secondo contratto con il beneficiario e faccia in modo che l'incompatibilità fra i due negozi (attraverso la consegna, la trascrizione, ecc.) si risolva a favore di quest'ultimo”, CORRADO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Vassalli, pag. 283.

149 In tema di prelazione societaria, Trib. Perugia, 8.3.1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, pag. 308 ss; con riguardo alla prelazione urbana, Cass., 23.10.1996, n. 9254, in *Arch. loc.*, 1996, pag. 875; App. Genova, 3.6.2003, in *Foro it.*, 2004, I, pag. 892; Cass., 11.9.1990, n. 9354, in *Giust. civ.*, 1991, I, pag. 1263, che, in assenza di regolare *denuntiatio* da parte di uno dei comproprietari dell'immobile che intendeva cedere a terzi la propria quota, ha ritenuto esercitabile il diritto di riscatto anche da parte del conduttore che aveva precedentemente rifiutato di far valere la prelazione nei confronti della quota alienata da un altro comproprietario. Per la prelazione ereditaria *ex art. 732 c.c.*, Cass., 6.9.1994, n. 7666, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 1013, secondo cui “lo *ius retractionis* è esercitabile non soltanto in caso di alienazione senza la preventiva *denuntiatio*, ma anche quando, nonostante la tempestiva comunicazione di avvalersi del diritto di prelazione, il coerede alieni ugualmente la sua quota”.

parola, fino a quando il contratto prefigurato nel patto di preferenza non fosse stato stipulato e stipulato nella sua forma definitiva, il promittente potrebbe ancora stipulare il contratto con il promissario”¹⁵⁰. Dunque, l'assunzione di vincoli preparatori con un soggetto diverso dal beneficiario della prelazione non implicherebbe ancora un inadempimento del patto di preferenza, cosicché, la mancata trasmissione della *denuntiatio* non costituisce fonte di responsabilità.

L'opinione è accolta anche dalla giurisprudenza maggioritaria che, negando ogni autonoma rilevanza all'omissione della *denuntiatio*, ravvisa una violazione della prelazione solo “allorché il promittente, trascurando il promissario, addivenga al negozio con un terzo”¹⁵¹.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il concedente abbia l'obbligo di inviare la propria dichiarazione a controparte prima di vincolarsi con un altro soggetto per la vendita del bene ed addirittura “prima ancora di aver creato a favore di un terzo una situazione tale che poi possa condurre

150 CARRESI, *op. cit.*, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da Cicu-Messineo, vol. XXI, Milano, 1987, pag. 297; CORRADO, *op. cit.*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, pag. 893, il quale rileva che “tali comportamenti non escludono per se stessi che in definitiva possa pur sempre essere preferito il beneficiario, col quale si stipuli eventualmente il contratto in un momento successivo alla promessa o all'offerta, ma prima che sia concluso il contratto, oggetto della prelazione, col terzo”; DE MARTINI, *Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1952, pag. 174 ss.; CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, pag. 99 ss.; MONTE, *La prelazione convenzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pag. 768; PELLEGRINI, *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pag. 41; CATRICALA', *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 565, nota n. 55.

151 Cass., 23.1.1975, n. 265, in *Foro it.*, 1975, I, pag. 842. La Suprema Corte precisa che “è questo il fatto in cui si concreta l'inadempimento; il quale, peraltro, non deriva tanto dall'omessa *denuntiatio*, ciò solo non bastando ad escludere che il primo soggetto avrebbe infine stipulato l'atto col secondo o con nessuno, quanto e soprattutto dalla violazione dell'obbligo di non fare, poiché è proprio e soltanto attraverso l'atto di disposizione del promittente che viene a pregiudicarsi il diritto di preferenza del promissario”. Nello stesso senso Cass., 12.4.1999, n. 3571, in *Riv. nmot.*, 1999, pag. 1283 ss.; Cass., 12.8.1988, n. 4941, in *Arch. loc.*, 1989, pag. 61; Cass., 1.4.1987, n. 3124, in *Arch. loc.*, 1987, pag. 840; Cass., 20.6.1986, n. 4116, in *Giur. it.*, 1987, I, I, pag. 1454 ss.; contro Cass., 26.2.1988, n. 2045, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pag. 29 ss., secondo cui “nella prelazione convenzionale l'omissione della c.d. *denuntiatio* al prelazionario costituisce inadempimento dell'obbligazione di preferire, suscettibile di esecuzione in forma specifica anche dopo l'avvenuta alienazione del bene oggetto del diritto di prelazione, ove l'acquisto del terzo sia opponibile al prelazionario pretermesso”.

all'alienazione della cosa senza bisogno di alcun ulteriore atto da parte del promittente¹⁵². Queste fattispecie, infatti, sarebbero già lesive del diritto del prelazionario, essendo idonee a produrre l'effetto traslativo a favore del terzo senza che il beneficiario della preferenza, mancando la *denuntiatio*, possa validamente opporvisi¹⁵³. Sotto questo aspetto, è stato anche sottolineato che la stipulazione di un negozio preparatorio con persona diversa dal prelazionario sarebbe contraria al canone di diligenza di cui all'art. 1176 c.c.¹⁵⁴, considerando quest'ultimo un dovere di impegno del debitore “non solo in vista dell'adempimento, ma anche per mantenersi in grado di adempiere”¹⁵⁵.

Da simili considerazioni sembra, dunque, che, almeno in queste ipotesi, l'omissione della *denuntiatio* costituisca un vero e proprio inadempimento, nonostante l'obbligo di preferire non sia stato ancora definitivamente violato.

152 RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 68; VETTORI, *op. cit.*, pag. 118, il quale, dopo aver ricostruito il patto di prelazione come “obbligo di preferenza in una situazione di libertà di contrarre”, osserva che la prestazione oggetto dell'obbligazione “è inadempita quando l'obbligato manifesti irrevocabilmente l'intenzione di alienare ad un terzo e rinunci quindi con un suo atto volontario a quella libertà”. Un simile comportamento “appare già idoneo, in concreto, a pregiudicare la soddisfazione dell'interesse creditorio”, PASSAGNOLI, *op. cit.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pag. 35, ed in questo senso potrebbe costituire un inadempimento effettivo e non semplicemente potenziale dell'obbligo di preferire, BRECCIA, *Buona fede e patto di prelazione*, in *Foro it.*, 1968, I, pag. 2284; PIERALLINI, *op. cit.*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, pag. 145 ss..

153 VISALLI, *op. cit.*, in *Giust. civ.*, 2003, I, pag. 2871, il quale rileva che, in seguito alla stipulazione di un preliminare o di un'opzione con il terzo ovvero all'invio di una proposta irrevocabile, “non può non ritenersi che così facendo il promittente abbia svelato la palese intenzione di concludere un contratto, ovvero abbia sciolto ogni dubbio in merito all'*an* della contrattazione, la quale non è però diretta in senso soggettivo, in virtù del patto originario, verso il prelazionario”. In senso conforme, sottolineando l'autonoma rilevanza degli obblighi preparatori dell'adempimento anche GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, pag. 236 ss.. La giurisprudenza si è occupata del problema in materia di prelazione urbana: Cass., 21.11.1990, n. 11239, in *Giust. civ. mass.*, 1990, fasc. 11, secondo cui “nel caso di contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un immobile locato ad uso non abitativo, la cui stipulazione sia fissata dopo la scadenza del termine per l'esercizio della prelazione a norma della legge n. 392 del 1978, è inadempiente il promittente venditore che non provveda alla *denuntiatio* nei confronti del conduttore, titolare del diritto di prelazione, in modo da esporre il promissario acquirente al riscatto”.

154 DI ROSA, *op. cit.*, in *I contratti in generale*, a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000, pag. 251.

155 DI MAJO, *L'adempimento delle obbligazioni*, in *Obbligazioni e contratti*, II, Bologna, 1993, pag. 39.

In realtà, pur volendo considerare l'omissione della *denuntiatio* come “inadempimento parziale”¹⁵⁶ o come “indizio rilevante di una successiva, radicale, violazione del patto”¹⁵⁷, rimarrebbero incertezze sulle forme di tutela da riconoscere al prelazionario.

È ovvio che, mancando una definitiva infrazione dell'obbligo di preferire, risulterebbe difficile ipotizzare un risarcimento per il solo fatto di non aver trasmesso la *denuntiatio*, non essendo in concreto ancora quantificabile alcun danno¹⁵⁸. Tutt'al più, come rilevato da parte della dottrina¹⁵⁹, potrebbero sussistere i presupposti per un'azione inibitoria *ex art.* 700 c.p.c. volta a paralizzare la stipulazione del contratto in violazione del patto di preferenza; diversamente, si dovrebbe tornare alle teorie che ritengono applicabile anche alla prelazione convenzionale l'art. 2932 c.c. e che consentirebbero al promissario, in caso di omessa *denuntiatio* ed in presenza di un accordo preliminare tra l'obbligato e il terzo o di una proposta irrevocabile, di ottenere coercitivamente la formazione del contratto¹⁶⁰.

156 D'ORAZI-FLAVONI, *op. cit.*, pag. 332; BIANCA, *op. cit.*, in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, pag. 271.

157 PASSAGNOLI, *op. cit.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, pag. 35.

158 BONILINI-GIOVATI-GUIOTTO-MORA, *op. cit.*, pag. 183. In senso contrario MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli, 1991, pag. 180 ss., secondo il quale il risarcimento del danno non può escludersi neppure quando “pur avendo omesso di effettuare la *denuntiatio*, il promittente receda poi dal proposito di concludere col terzo, col quale però si era già impegnato - in violazione dell'obbligo di preferire - e consenta spontaneamente al promissario di esercitare la prelazione. Nel caso di omessa *denuntiatio*, può considerarsi danno, ad esempio, un contemporaneo impiego dei fondi, da parte del promissario, ignaro della decisione del promittente, che lo metta in condizione poi di non potere più esercitare la prelazione, o di doverla esercitare reperendo i fondi necessari a condizioni più onerose”.

159 COSTANZA, *op. cit.*, in ALPA-BESSONE, *I contratti in generale, I requisiti del contratto*, III, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, pag. 396.

160 RUBINO, *op. cit.*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Milano, 1971, pag. 69 ss.; INGINO, *Sull'esecuzione in forma specifica del patto di preferenza*, in *Giur. it.*, 1989, II, pag. 477, il quale osserva che “il quesito si sostanzia nel verificare se il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. sia applicabile solo a fronte dell'inadempimento di un obbligo di contrarre o se sia estensibile a tutte le ipotesi nelle quali esiste l'obbligo di emettere una dichiarazione di volontà idonea al trasferimento di un bene”.

Un problema opposto a questo appena esaminato consiste nello stabilire se, avendo l'obbligato concluso il negozio definitivo con il terzo e senza aver inviato la *denuntiatio* al prelazionario, ciò costituisca inadempimento del patto di preferenza. In passato la Cassazione, in un caso in cui il promittente aveva omesso la *denuntiatio* ed aveva stipulato l'accordo con un terzo, confermò la sentenza della Corte d'Appello la quale rigettava la domanda di risarcimento del danno proposta dal prelazionario, sul rilievo che quest'ultimo non avrebbe, comunque, avuto a disposizione i mezzi finanziari per esercitare il proprio diritto¹⁶¹. In virtù di questa decisione alcuni autori sono giunti alla conclusione che, quando il soggetto passivo di un patto di preferenza stipula il contratto oggetto dell'obbligo con persona diversa dal promissario, la mancata effettuazione della *denuntiatio* non è sufficiente a dimostrare la violazione della prelazione, dovendosi, altresì, provare che il beneficiario avrebbe accettato la *denuntiatio*-proposta, se questa fosse stata fatta, e che egli avrebbe avuto la disponibilità economica¹⁶².

Questa soluzione non può essere accettata, perché come si è osservato in dottrina, è originata “da una certa confusione tra due momenti logici: l'inadempimento e il risarcimento dei danni”¹⁶³, in verità, la conclusione del negozio con un terzo senza la preventiva *denuntiatio* costituisce senz'altro un inadempimento dell'obbligo di preferire, essendo irrilevante che il prelazionario non avrebbe potuto esercitare il proprio diritto¹⁶⁴. Simili

161 Cass., 28.8.1952, n. 2778, in *Foro it.*, 1953, I, pag. 1296 ss..

162 SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, pag. 631.

163 CATRICALA', *op cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 559.

164 In questo senso è orientata anche la giurisprudenza quando afferma l'irrilevanza della mancata dichiarazione positiva del prelazionario in assenza di una valida *denuntiatio*, configurandosi in tal caso, una violazione del diritto ad essere preferiti, Cass., 25.3.1991, n. 3211, in *Foro it.*, 1991, I, pag. 2413. L'assunto che la stipulazione con il terzo senza preventiva *denuntiatio* importi automaticamente l'inadempimento della prelazione potrebbe essere superato solo adottando una diversa disciplina del patto di preferenza, ad esempio, come nell'ordinamento tedesco, nel quale l'obbligo di effettuare la *denuntiatio* sorge proprio nel momento in cui il promittente concluda il

circostanze potranno essere prese in considerazione solo in sede di determinazione del danno, che potrà anche essere escluso, qualora l'obbligato riesca a dimostrare che il beneficiario non ha subito alcun pregiudizio dall'omissione della *denuntiatio*, in quanto non aveva alcuna intenzione di esercitare la prelazione o non aveva i mezzi per farlo¹⁶⁵.

4. L'intrascrivibilità del patto di prelazione

Partendo dal principio della tassatività degli atti soggetti a trascrizione, dottrina e giurisprudenza dominanti concordano nel ritenere che il patto di prelazione abbia efficacia meramente obbligatoria, a differenza della prelazione legale che ha, generalmente, efficacia reale consentendo al promissario l'esercizio dello *ius retractionis* di carattere potestativo, di conseguenza esse sostengono che il patto di prelazione sia intrascrivibile.

L'opinione è così ferma e radicata tanto che l'eventuale trascrizione del patto è ritenuta priva di efficacia, una forma di pubblicità superflua, irrilevante ai fini dell'efficacia reale, né come pubblicità notizia.

L'impostazione è condivisa anche dalla più recente giurisprudenza secondo la quale “la prelazione volontaria, avendo a oggetto una prestazione che si sostanzia nel contenuto di un diritto di credito, non deve essere trascritto: a seguito di eventuale trascrizione, l'efficacia meramente obbligatoria del patto non muta in efficacia reale”¹⁶⁶

contratto con un soggetto diverso dal beneficiario (BGB, § 469, comma I).

165 Peraltro, l'onere di una simile prova grava sull'obbligato, secondo i principi generali in tema di responsabilità contrattuale, CATRICALA', *op. cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 559.

166 Cass., 15.10.2002, n. 14645, in *Vita not.*, 2002, pag. 1486; Cass., 18.7.2002, n. 10435, in *Giust. civ.*, 2003, pag. 2810.

Inoltre, in rispetto al principio della tassatività delle segnalazioni pubbliche nel libro fondiario, non è consentita l'annotazione tavolare del patto di prelazione contenuto in un contratto di compravendita¹⁶⁷.

Minoritario ed isolato è, invece, l'orientamento secondo il quale l'opponibilità ai terzi si ha quando le parti non abbiano escluso l'effetto reale e “il patto sia conosciuto dal terzo o, con la pubblicità legale, sia reso conoscibile al terzo. Ma sia chiaro non è la pubblicità che determina l'efficacia reale del patto. L'effetto reale deriva dal patto”.

167 Trib. Trieste, 30.10.2000, in *Giur. it.*, 2001, pag. 732, con nota di Pellegrini.

CAPITOLO III

LA PRELAZIONE LEGALE

1. Fondamento e natura giuridica

Abbiamo già visto come la prelazione sia un istituto arcaico e come essa stessa si sia inserita nel corso della storia con alterne fortune, da semplice presupposto¹⁶⁸ del retratto nelle sue diverse specificazioni (successorio, gentilizio, enfiteutico, feudale) nel diritto intermedio a diritto autonomo¹⁶⁹ nell'attuale codificazione.

Proprio il rilievo preminente attribuito in passato allo strumento processuale del retratto, rispetto alla disciplina sostanziale della prelazione,

168 MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pag. 983, per il quale nel diritto intermedio le prelazioni sarebbero soltanto dei presupposti non enunciati dei rispettivi retratti, tenendo il legislatore unicamente a regolare l'*actio* per il riacquisto del prelazionario dal terzo.

169 La distinzione concettuale tra prelazione e retratto, come diritti autonomi, è, invece, presente nel vigente codice civile del 1942. CICU, *Le successioni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, vol. I, tomo 2, Milano, 1962, pag. 355.

offre lo spunto per una riflessione su quello che appare, anche nel diritto attuale, il problema di maggior rilevanza: il fondamento della prelazione.

Il fatto che sia il retratto successorio, sia gli altri retratti propri del diritto intermedio, quali quello feudale ed enfiteutico, erano disciplinati attribuendosi rilievo particolare allo strumento processuale con cui l'avente diritto a prelazione poteva recuperare la cosa presso il terzo acquirente, svela come l'interesse protetto dall'istituto non era tanto un interesse inerente alle persone o all'attività delle persone, quanto piuttosto un interesse riguardante la *res*: evitare la dispersione dei patrimoni al di fuori del nucleo familiare.

Dunque, in tutte le ipotesi di prelazione di vecchio tipo¹⁷⁰, il fondamento risiede in un'esigenza di tutela della proprietà, anche in pregiudizio del principio della libera circolazione della ricchezza, e più precisamente nell'esigenza di conservazione della consistenza quantitativa dei patrimoni all'interno dello stesso gruppo familiare.

Influenze culturali ben diverse, affinate da più evoluto sentire giuridico, sono, invece, a fondamento delle figure di prelazione legale *extra* codicistiche¹⁷¹, di cui alcune di esse si ispirano al postulato programmatico della proprietà produttiva, sociale e dinamica¹⁷², altre, secondo un concetto di utilizzazione del bene, privilegiano a fini abitativi il locatario¹⁷³, altre, nella prospettiva di completo sviluppo dell'equazione proprietà-lavoro, privilegiano il conduttore commerciale¹⁷⁴, altre ancora collocano in posizione prioritaria

170 Di esse, oggi, rimane solo la prelazione successoria.

171 L. n. 1089/39 (tutela dei beni di interesse artistico o storico); D.P.R. n. 1409/63 (prelazione archivistica); L. n. 590/65 (prelazione agraria); L. n. 379/67; L. n. 817/71; L. n. 865/71, art. 21 (prelazione comunale per quelle entità immobiliari che siano state espropriate e non utilizzate); L. n. 392/78 (prelazione urbana); L. n. 219/81 (per il terremoto in Campania e in Basilicata dell'anno precedente); L. n. 168/82 ecc..

172 Art. 42 della Costituzione.

173 L. n. 219/81, art. 13.

174 L. 392/78.

una proprietà collettiva¹⁷⁵, ma tutte volte a perseguire una funzione di tutela, non più della proprietà, bensì dell'impresa, assunta come valore meritevole di tutela anche a discapito della stessa proprietà.

Nell'uno e nell'altro tipo, dunque, la prelazione legale è nel nostro sistema normativo concepita come il frutto di una politica legislativa volta a sacrificare l'autonomia privata a tutto vantaggio di un interesse, generale e/o particolare, ritenuto maggiormente meritevole di tutela.

La distinzione appena indicata, tra prelazione strutturata in funzione di tutela della proprietà e prelazione strutturata in funzione di tutela dell'impresa¹⁷⁶, può servire per un più corretto inquadramento delle varie figure di prelazione legale, tanto più che essa finisce con il coincidere, nel diritto positivo, con la già citata distinzione concettuale tra prelazione propria e prelazione impropria¹⁷⁷, dal momento che, nei casi in cui la prelazione è accordata in funzione di tutela della proprietà, il valore con cui la posizione del prelazionario confligge è un valore attinente anch'esso alla proprietà, e difficilmente potrebbe giustificarsi una disciplina che accordi al prelazionario una tutela maggiore del semplice diritto ad essere preferito, a parità di condizioni, senza alcun ulteriore vantaggio. Nei casi, invece, in cui la prelazione è accordata in funzione di tutela del valore impresa, si giustifica non solo la preferenza accordata al soggetto portatore di quest'ultimo valore, ma anche l'attribuzione di ulteriori vantaggi, come l'acquistare a condizioni più vantaggiose.

Ma la stessa distinzione, tra prelazione a tutela della proprietà, disciplinata come prelazione propria, e prelazione a tutela dell'impresa, strutturata come prelazione impropria, se aiuta nella ricostruzione del

175 Prelazione artistica di cui alla legge n. 1089/1939.

176 MOSCARINI, *op. cit.*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pagg. 983-984.

177 Capitolo I, § 2.

fenomeno, non è però “idonea ad appagare l'esigenza di corretta classificazione di tutte le figure di prelazione legale che la concreta realtà dell'ordinamento presenta, restandone fuori, almeno in via di prima approssimazione, la prelazione accordata al partecipante dell'impresa familiare, nella innovatrice disciplina di tale istituto introdotta, all'art. 230 bis c.c., dalla novella del 1975 (legge 19 maggio 1975, n. 151), e la prelazione dello Stato sulle cose di interesse storico e artistico di cui agli art. 31 ss. legge. 1 giugno 1939, n. 1089”¹⁷⁸. Pur tuttavia essa conduce ad una importante conclusione: al diritto accordato al prelazionario nei confronti dell'alienante, che resta un diritto relativo, si accompagna sempre, sia nei casi di prelazione propria, sia nei casi di prelazione impropria, lo *ius sequelae*, il diritto, cioè, di recuperare la cosa alienata in violazione dello *ius praelationis* anche nei confronti di qualunque terzo; diritto, quest'ultimo, che se pur non assume i contenuti propri di un diritto reale, in quanto attiene sempre all'operare di un meccanismo acquisitivo di un altro diritto e non già all'utilizzazione di una *res*, presenta comunque quell'esperibilità *erga omnes* che consente di riconoscere in via generale alla prelazione legale un carattere di absolutezza, che rende netta ed indiscutibile la differenza strutturale tra le varie ipotesi di prelazione legale e quelle di prelazione convenzionale.

2. Diritto di prelazione e diritto di retratto

L'analisi dello *ius praelationis* e dello *ius retractionis* impegna due opposte teorie, una che interpreta il diritto di prelazione e il diritto di retratto come due distinti diritti soggettivi, l'altra che pone, invece, il diritto di retratto al rango di mero strumento di tutela processuale del secondo.

¹⁷⁸ MOSCARINI, *op. cit.*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pagg. 983-984.

La teoria unitaria, che ravvisa nel fenomeno un unico diritto soggettivo, di natura obbligatoria, si è adoperata nel giustificare il rango accessorio attribuito al diritto di retratto in due direzioni, da una parte immaginando che l'esercizio del retratto altro non sia che una surrogazione, con effetto retroattivo *ex lege*, del prelazionario, nell'acquisto già compiuto dal terzo e nei conseguenziali diritti ed obblighi¹⁷⁹; dall'altra costruendo, invece, il retratto come semplice strumento sanzionatorio del diritto di prelazione¹⁸⁰.

Della prima opinione è stata dimostrata l'inaccettabilità¹⁸¹ non fosse altro per la sua inidoneità ad offrire un'appagante ricostruzione concettuale del fenomeno, tassativamente previsto dalla legge, per cui il prelazionario, nel caso in cui non sia stato messo in condizione di esercitare la prelazione, può riscattare il fondo non solo nei confronti del primo acquirente, ma anche nei confronti di ogni altro successivo avente causa¹⁸².

La raffigurazione del retratto come semplice strumento sanzionatorio, di rafforzamento dello *ius praelationis*, è stata, invece, contraddetta in base all'argomento che la violazione del diritto di prelazione, in quanto strutturato come diritto di natura obbligatoria, darebbe già di per sé luogo alla sanzione generale del risarcimento del danno¹⁸³.

Quest'ultima conclusione, però, suscita qualche perplessità, non apparendo sufficiente il tenore letterale delle norme che configurano l'offerta in prelazione come un obbligo dell'alienante a suffragare l'esistenza di un diritto del prelazionario, oltre che a recuperare il bene con il retratto, anche al

179 Tesi mutuata, anche da autorevoli autori italiani, dalla dottrina d'oltralpe: D'ORAZI, *op. cit.*, pag. 101 ss.; TALASSANO, *Diritto di prelazione e retratto successorio*, in *Foro pad.*, 1946, pag. 189 ss..

180 PULEO, *op. cit.*, pag. 216.

181 BAUDRY-LACANTINERIE, *Delle successioni*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, a cura di Bonfante, Pacchioni, Sraffa, vol. III, Milano, 1924, pag. 194.

182 Art. 732 c.c. e art. 8 L. 26 maggio 1965, n. 590.

183 GIONFRIDA, *Prelazione e retratto del concedente ed affrancazione del fondo enfiteutico*, in *Circ. giur.*, 1947, pag. 106 ss.; CARPINO, *op. cit.*, pag. 423.

risarcimento del danno subito per le spese sopportate per la ricerca del titolare o per il ritardo. Né sembra sufficiente l'argomento per cui negare il diritto al risarcimento implicherebbe imporre al prelazionario l'esercizio del diritto di prelazione.

Certo è che nulla, però, osta a considerare il diritto di retratto come diritto autonomo, sebbene collegato con quello di prelazione, del quale costituisce un rafforzamento e, quindi, una sanzione o meglio il mezzo di realizzazione coattiva dell'interesse protetto in via primaria con il rapporto di tipo obbligatorio.

Tratto caratterizzante il retratto e, di conseguenza la prelazione legale, resta, dunque, la sua esperibilità *erga omnes* e, quindi, il suo carattere assoluto o reale, che differenzia nettamente il fenomeno della prelazione legale dalla prelazione convenzionale. Caratteri ai quali la dottrina più aggiornata e sensibile al problema ricostruttivo ha voluto aggiungere anche quello della potestatività del diritto di retratto¹⁸⁴, sottolineando che l'esperimento o meno della tutela reale è rimesso dalla legge alla libera scelta dell'interessato, dal che sembra lecito dedurre ulteriori dubbi circa l'ammissibilità di un'autonoma tutela di tipo risarcitorio, quanto meno nei casi in cui il prelazionario non ritenga di avvalersi di quella reale.

Meno sicura appare, invece, la ravvisabilità di un diritto potestativo più pregnante, nel senso cioè, che l'acquisto della proprietà al retrattante si produca in virtù della semplice sua dichiarazione di volontà. Al contrario, la necessità dell'offerta del prezzo o addirittura della esternazione della volontà di voler pagare mediante mutuo agevolato, e la conseguenziale necessità della verifica della ricorrenza di tali presupposti, oltre che degli altri sanciti dalla legge, da parte del giudice, inducono a configurare il retratto solo come diritto

184 BENEDETTI, *op. cit.*, pag. 893 ss.; CARPINO, *op. cit.*, pag. 423; PULEO, *op. cit.*, pag. 216.

potestativo in senso lato, e cioè come diritto a mettere in moto il meccanismo giudiziale a conclusione del quale il trasferimento della proprietà del bene al retrattante si produce in forza di una sentenza non già di mero accertamento, bensì, di natura costitutiva o di accertamento costitutivo.

3. Efficacia ed operatività della prelazione legale

Il diritto del prelazionario, dunque, atteggiandosi come diritto potestativo, attribuisce al suo titolare, in caso di violazione, il potere di modificare la sfera giuridica del terzo che ne ha tratto vantaggio mediante il diritto di retratto o di riscatto. La prelazione legale ha, infatti, efficacia reale, la quale si sostanzia nella possibilità per il prelazionario di esercitare il retratto facendo, in tal modo, rientrare il diritto alienato nella sua sfera giuridica.

Secondo una parte della giurisprudenza¹⁸⁵, la mancata osservanza del diritto di prelazione comporterebbe la nullità dell'atto posto in essere.

Per evitare tale conseguenza, quindi, il destinatario della norma che istituisce una prelazione legale ha l'onere di rispettare un *iter* procedimentale, al fine di consentire al prelazionario l'esercizio del suo diritto.

Tale *iter* si apre con la *denuntiatio*, ossia con un atto partecipativo, a data certa, con cui il soggetto obbligato comunica al prelazionario la sua volontà di alienare, nonché le condizioni contrattuali pattuite per il trasferimento¹⁸⁶.

Dalla data della comunicazione deve decorrere un termine, diverso a seconda del tipo di prelazione legale di cui si tratta, entro il quale il

¹⁸⁵ Trib. Catania, 2.8.1991, in *Soc.*, 1991, pag. 1104; Trib. Milano, 27.2.1989, in *Giur. comm.*, 1990, pag. 565; Trib. Perugia, 8.3.1982, in *Giur. comm.*, 1983, pag. 308; Trib. Napoli, 2.5.1975, in *Dir. giur.*, 1978, pag. 183; Cass., 3.4.1991, n. 3482, in *N. giur. civ. comm.*, 1992, pag. 195; Cass., 21.10.1973, n. 14645, in *Giur. comm.*, 1975, pag. 23; Cass., 10.10.1957, n. 3702, in *Banca e borsa.*, 1958, pag. 14. Peraltro, la sanzione della nullità è contemplata in alcune leggi per talune ipotesi di prelazione legale: art. 164, D. Lgs. n. 42/2004 e art. 37 L. n. 222/1985.

¹⁸⁶ In alcune ipotesi anche il contratto preliminare (art. 8, comma 4, L. n. 590/1965).

prelazonario deve esercitare il suo diritto; decorso detto termine, senza che il diritto di prelazione sia stato fatto valere, l'alienante è libero di trasferire il suo diritto a un terzo.

In talune fattispecie di prelazione legale, è previsto che, anche nel caso in cui l'*iter* procedimentale sia stato eseguito secondo quanto stabilito dalla legge, ma quanto indicato nella *denuntiatio* non sia conforme al contenuto del contratto, il prelazonario ha comunque il potere di esercitare il diritto di retratto¹⁸⁷.

Le diverse fattispecie di prelazione legale hanno dato luogo a numerose controversie relative alla forma e al contenuto degli atti attraverso i quali il prelazonario può esercitare il suo diritto.

Una prima questione che ha occupato la giurisprudenza attiene alla forma e alla modalità di comunicazione dell'intenzione di alienare e della volontà di esercitare la prelazione. Questione risolta in modi diversi nel tempo, nonché in relazione ai vari tipi di prelazione legale, come si vedrà più ampiamente nel capitolo seguente.

Solo a titolo di esempio, si accenna alla prelazione agraria, relativamente alla quale, infatti, in un primo momento la Cassazione aveva ritenuto che la forma della *denuntiatio* mediante lettera raccomandata non fosse richiesta a pena di inefficacia, essendo sufficiente che la proposta di alienazione fosse effettuata con mezzi idonei al raggiungimento dello scopo perseguito dalla legge, cioè quello di consentire l'eventuale esercizio della prelazione da parte degli aventi diritto, senza che sia necessario adottare alcuna forma solenne¹⁸⁸. Veniva, altresì, precisato che “per esserci prelazione

187 Art. 8, comma 5, L. n. 590/1965.

188 Cass., 17.7.1991, n. 7948, in *Vita not.*, 1992, pag. 156; Cass., 18.3.1987, n. 2721, in *Foro. it.*, 1988, pag. 1151, nella quale pur riconoscendosi efficacia alle modalità diverse dalla notificazione a mezzo ufficiale giudiziario, si sono prescritte modalità equipollenti e, cioè caratterizzate dalla consegna ufficiale al conduttore di un atto scritto dal locatore.

deve essere notificata all'avente diritto la proposta di alienazione e il preliminare di vendita” e che “mancando la comunicazione, il diritto di prelazione non sorge, mentre può sorgere quello di riscatto”¹⁸⁹.

Più di recente, l'orientamento della Suprema Corte è stato ulteriormente ribadito con una pronuncia in forza della quale si è statuito che il diritto di prelazione “diventa attuale e concreto nel momento in cui il proprietario comunica in qualunque modo, anche verbalmente, la sua volontà di alienare”¹⁹⁰.

Con riguardo alla natura della *denuntiatio* si è posto il problema se essa abbia efficacia vincolante come vera e propria proposta contrattuale o se assolva la sua funzione unicamente come atto partecipativo dell'*iter* procedimentale, senza far sorgere alcun obbligo a carico dell'autore dell'atto medesimo¹⁹¹.

Tale questione può essere risolta soltanto prendendo in esame la disciplina di ciascun tipo di prelazione legale e verificando se la legge contempli un obbligo di comunicazione dell'offerta di alienazione o si limiti a prescrivere una comunicazione senza stabilirne modalità e contenuto.

Così, ad esempio, in tema di prelazione urbana, la giurisprudenza ha ritenuto che la *denuntiatio* non è atto negoziale, ma un semplice atto di interpello e che, pertanto, “la dichiarazione del conduttore di esercitare la prelazione medesima non costituisce accettazione di una proposta di vendita, ma determina l'obbligo di entrambi di addivenire alla stipula del relativo contratto”¹⁹².

189 Cass., 7.12.1994, n. 10494, in *N. giur. civ. comm.*, 1996, pag. 143.

190 Cass., 26.1.1995, n. 936, in *Riv. dir. agr.*, 1995, pag. 303.

191 MOSCARINI, *Riflessioni conclusive: categorie civilistiche della prelazione*, in A.A.V.V., *Prelazione e retratto*, Milano, 1988, pag. 721.

192 Art. 38, L. n. 392/1978. Cass., 21.10.1994, n. 8659, in *Vita. not.*, 1995, pag. 787; Cass., 9.7.1994, n. 6509, in *Vita. not.*, 1995, pag. 305; Cass., 5.6.1992, n. 6936, in *Arch. loc.*, 1992, pag. 759; Cass., 16.12.1992, n. 13274, in *Vita. not.*, 1993, pag. 242; Cass., 21.5.1991, n. 5713, in *Arch. loc.*, 1991,

Per cui, le conseguenze operative che derivano “ ... dalla qualificazione della *denuntiatio* come proposta a cui segua una accettazione, o come puro interpello a cui segue un diritto potestativo, o come interpello a cui segue un obbligo di contrarre, sono notevoli in merito alla manifestazione di volontà che dovrà esprimere il prelazionario. Nel primo caso essa dovrà dar luogo a un atto di ripetizione in forma adatta alla trascrizione; in alternativa sarà necessaria una sentenza di accertamento dell'autenticità della sottoscrizione”¹⁹³. Nella seconda ipotesi la manifestazione di volontà sarà espressione di un diritto potestativo unilaterale, di per sé idoneo alla trascrizione se rivestito della opportuna forma. Nell'ultima ipotesi, infine, si dovrà dare attuazione a un contratto di trasferimento (o preliminare) in adempimento all'obbligo nascente dalla prelazione, infatti, “oggetto di trascrizione potrà essere o la domanda *ex art. 2652*, comma 2, c.c., dal momento che tale obbligo è coercibile ai sensi dell'art. 2932 c.c., ovvero il contratto che le parti successivamente stipuleranno”¹⁹⁴.

Volendo individuare i tipi negoziali cui la legge ricollega il sorgere del diritto di prelazione, ancora una volta, è necessario fare riferimento alle specifiche previsioni contenute nelle leggi istitutive delle diverse fattispecie di prelazione legale.

Sempre a titolo di esempio, nella legge sulla prelazione urbana si rinviene la generica previsione di un “atto di trasferimento a titolo oneroso”¹⁹⁵, analoga statuizione è contenuta nella legge sulla prelazione agraria¹⁹⁶, con esplicita esclusione in entrambi i casi della permuta, della vendita forzata,

pag. 739; Cass., 22.2.1991, n. 1909, in *N. giur. civ. comm.*, 1992, pag. 20; Cass., Sez. Un., 4.12.1989, n. 5339, in *Giust. civ.*, 1990, pag. 336; Cass., 19.1.1988, n. 356, in *Giust. civ.*, 1988, pag. 1210; Cass., 10.4.1986, n. 2521, in *Giust. civ.*, 1986, pag. 2839.

193 GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1991, pag. 608.

194 CORSI, *Le prelazioni legali*, in *Notariato*, 1978, pag. 78.

195 Art. 38, L. n. 392/1978.

196 Art. 8, L. n. 590/1965.

della liquidazione coatta, del fallimento e dell'espropriazione per pubblica utilità.

Nella legge n. 513/1977, la quale istituisce la prelazione a favore dell'Istituto Autonomo Case Popolari (Iacp), è richiesto semplicemente un atto di alienazione, senza alcuna specifica indicazione se esso debba avvenire a titolo gratuito o titolo oneroso.

Di negozio a titolo oneroso per l'esercizio del diritto di prelazione si parla anche a proposito della prelazione dello Stato sui beni di interesse artistico; mentre l'art. 732 c.c., nel disciplinare la prelazione del coerede fa riferimento a una proposta di alienazione con indicazione del prezzo.

Ad altro tipo di atto negoziale rinvia l'art. 230 *bis* c.c., che contempla la prelazione del collaboratore all'impresa familiare, in caso di divisione ereditaria, mentre, in ordine alle prelazioni societarie¹⁹⁷ si fa esplicito riferimento a specifiche operazioni di sottoscrizione del capitale.

Altro e diverso problema, sottoposto all'attenzione della giurisprudenza, è quello relativo alla individuazione del bene a cui è connessa la prelazione.

Un caso tipico è quello della vendita in blocco, e più esattamente la fattispecie in cui l'unità immobiliare condotta in locazione viene venduta come parte di un più ampio complesso. In tali controversie l'orientamento prevalente della giurisprudenza è quello di negare il diritto alla prelazione¹⁹⁸, pur evidenziandosi che, all'interno dell'istituto, sarebbe comunque necessario distinguere fra vendita in blocco e vendita cumulativa, caso, quest'ultimo, in cui l'azione sussisterebbe.

¹⁹⁷ Artt. 2441 e 2477 c.c..

¹⁹⁸ Cass., 23.6.1989, n. 2992, in *Giust. civ.*, 1989, pag. 2571; Cass., 29.7.1987, n. 6576, in *Arch. loc.*, 1987, pag. 644; Cass., 16.6.1986, n. 3993, in *Mass.*, 1986; Cass., 16.12.1985, n. 6382, in *Mass.*, 1985; Cass., 13.11.1984, n. 5730, in *Mass.*, 1984; Cass., 30.10.1984, n. 5561, in *Arch. loc. e cond.*, 1986, pag. 5561; Cass., 27.3.1984, n. 2023, in *Foro it.*, 1984, pag. 159; Cass., 24.10.1983, n. 6256, in *Giust. civ.*, 1984, pag. 787.

La fattispecie della vendita di più fondi, trattandosi di materia agraria, è disciplinata dall'art. 7, legge n. 817/1971, che attribuisce ad ogni affittuario, mezzadro o colono l'esercizio della prelazione, singolarmente o congiuntamente, rispettivamente del fondo coltivato o dell'intero complesso di fondi.

A tale riguardo, la giurisprudenza ha, peraltro, precisato che tra le due fattispecie, quella urbana e quella agraria, esiste una profonda differenza: “mentre l'edificio in sede di compravendita si presenta di norma come un unico complesso immobiliare dotato di un suo proprio valore di mercato (non coincidente con la sommatoria dei valori delle singole sue porzioni autonomamente considerate) e cioè come un bene giuridico diverso dalle singole entità locative che lo compongono, può invece verificarsi che una porzione di terreno agricolo facente parte di un più ampio comprensorio si presenti rispetto alle altre porzioni indipendente sotto il profilo giuridico ed economico e quindi separatamente trasferibile senza incidere sul valore del residuo complesso”¹⁹⁹.

In dottrina, è stato posto in evidenza come “La questione più rilevante che si pone nella vendita cumulativa, e pure (per chi la ritenga ammissibile) nella vendita in blocco, è quella se l'inquilino che voglia esercitare la prelazione, debba farlo per tutti i beni posti in vendita, così da non modificare l'oggetto del rapporto contrattuale in cui si sostituisce al terzo, oppure se possa esercitarla limitatamente al bene da lui condotto in locazione; in quest'ultimo caso occorre determinare il prezzo (o più in generale il corrispettivo) che l'esercente la prelazione o (più frequentemente) il retrattario deve versare”.

¹⁹⁹ Cass., 17.3.1993, n. 3174, in *Vita not.*, 1993, pag. 1410; Cass., 17.2.1994, n. 1519, in *Foro it.*, 1994, pag. 2774.

Si è, tra l'altro, precisato che quando oggetto della vendita siano più beni autonomi sussiste il diritto di prelazione in quanto ci si troverebbe “in presenza di prestazioni distinte, e quindi di una pluralità di negozi a titolo oneroso”, pertanto, ove “il locatore non comunichi l'intenzione di vendere il singolo immobile locato con il corrispondente prezzo ben determinato, si rende inadempiente all'obbligo della *denuntiatio*”. Da ciò scaturirebbe il diritto (non solo di prelazione, ma anche) di riscatto per un prezzo individuato mediante calcolo proporzionale o valutazione di raffronto.

Affermazione confutata, giacché fondata su “una norma che non esiste, e cioè quella che consentirebbe la corresponsione al terzo acquirente di un indennizzo per una sorta di espropriazione, invece del prezzo effettivamente pagato (e non determinabile): al locatore competerà soltanto il diritto al risarcimento del danno”²⁰⁰.

La stessa dottrina ha, altresì, ritenuto che “Gli stessi principi valgono per il caso che il bene venduto sia locato solo in parte a un soggetto avente i requisiti per l'esercizio del diritto di prelazione e per il resto a non aventi diritto”.

Si inquadra nello stesso ordine di problemi la vendita di un fondo che sia separato da quello confinante mediante una striscia di terreno, di cui l'alienante si riservi la proprietà o da ostacoli quali una strada vicinale o un canale. In passato la giurisprudenza ha negato che tale pratica valga a escludere la prelazione, facendo ricorso a un concetto aziendalistico di continuità dei fondi, e ha affermato che la prelazione sussiste ogni volta che l'acquisto del fondo confinante consenta una migliore razionalizzazione della preesistente azienda agraria.

200 CORSI, *op. cit.*, in *Notariato*, 1998, pag. 80.

Anche in dottrina si è rivalutata la finalità di miglioramento del bene, così da concludere che laddove l'elemento di ripartizione tra due fondi non abbia dimensioni o natura tale da impedire il miglioramento dell'efficienza dell'attività agricola, sussiste il requisito della contiguità.

Senza, però, sottovalutare il lavoro della giurisprudenza di legittimità che ha risolto le oscillazioni delle precedenti sentenze con la risoluzione delle Sezioni Unite n. 2522, del 25 marzo 1988, fissando il principio per cui “non rileva la relazione di contiguità funzionale tra fondi tra loro separati da un'aia comune, da un torrente o strada comunale, da strada interpodereale o vicinale”.

Non può non sottolinearsi, però, che la Suprema Corte ha preso in considerazione l'ipotesi di “ostacoli” naturali tra i due fondi e non quello della striscia di terreno artificiosamente lasciata in proprietà all'alienante; non pare logico utilizzare, in questo caso, una nozione di confine secondo criteri aziendalistici, ripudiati dalla giurisprudenza, in materia di “ostacoli naturali”²⁰¹.

4. La rinuncia al diritto di prelazione

Si discute se sia ammissibile o meno la rinuncia al diritto di prelazione prima della *denuntiatio*.

La soluzione non è univoca, poiché ancora una volta, essa varia a seconda delle diverse fattispecie di prelazione legale.

Ad esempio, in tema di prelazione urbana l'invalidità di una rinuncia preventiva, inserita nel contratto di locazione o pattuita successivamente, deriva direttamente dal disposto dell'art. 79, legge 27 luglio 1978 n. 392, il quale stabilisce la nullità di patti diretti ad attribuire al locatore vantaggi in contrasto con le altre disposizioni di legge, non essendovi dubbi sul fatto che

²⁰¹ CORSI, *op. cit.*, in *Notariato*, 1998, pag. 80.

rientra nella previsione di tale norma il patto che consenta al proprietario di vendere liberamente l'immobile locato, senza l'intralcio dell'obbligo di concedere la preferenza al conduttore²⁰².

La nullità della clausola comporta, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., la nullità dell'intero contratto di locazione, se risulta che le parti, senza di essa, non lo avrebbero stipulato, considerato che non ricorrendo l'ipotesi prevista dall'art. 1419, comma 2, c.c. della sostituzione di diritto di una clausola nulla con una norma imperativa.

L'art. 79 non esclude, però, la possibilità per il conduttore medesimo di disporre dei diritti una volta che questi siano sorti e possano essere fatti valere, pertanto, è ammessa la rinuncia del conduttore al diritto di prelazione quando gli sia pervenuta la *denuntiatio* da parte del locatore, posto che da tale momento il diritto di prelazione diviene attuale²⁰³.

In tema di prelazione agraria, invece, gli argomenti addotti da dottrina e giurisprudenza per escludere l'ammissibilità di una rinuncia preventiva non convincono tutti²⁰⁴.

Per la Suprema Corte, poiché, una valida rinuncia non può essere preventiva, è da escludere la possibilità di rinunciare alla prelazione agraria finché il diritto stesso non sia entrato a far parte del patrimonio del soggetto attivo, il che si verifica solo con la notifica allo stesso della proposta di alienazione²⁰⁵.

202 CAPUTO, *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Padova, 1987, pag. 6.

203 Cass., 24.9.1996, n. 8444, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, pag. 484.

204 TRIOLA, *op. cit.*, pag. 300 ss..

205 Cass., 30.11.2005, n. 26079; Cass., 29.4.2005, n. 8997, in *Vita not.*, 2005, pag. 965; Cass., 10.8.1988, n. 4920, in *Riv. dir. agr.*, 1989, II, pag. 158; Cass., 3.9.1985, n. 4590, in *Vita not.*, 1986, pag. 176; Cass., 13.11.1984, n. 5727, in *Giur. agr.*, 1985, pag. 342.

Anche in dottrina²⁰⁶ si è sostenuto che, se è vero che nulla impedisce la rinuncia ad un diritto futuro di cui possa aversi previsione, è pur sempre necessario che il diritto sia determinabile. Dunque, la rinuncia alla prelazione non può essere esercitata se non in seguito della comunicazione della volontà del proprietario di alienazione del fondo, ossia della *denuntiatio*, senza che, in difetto di tale comunicazione, acquisti rilevanza la conoscenza del contratto preliminare che l'avente diritto possa eventualmente acquisire da altra fonte.

In senso contrario altri²⁰⁷ hanno rilevato che in tal modo, però, non si tiene conto del fatto che il diritto ad essere preferito preesiste alla determinazione del soggetto passivo di vendere, la quale rende soltanto attuale l'adempimento dell'obbligo gravante su tale soggetto. Di fatti, se così non fosse, non si comprenderebbe in adempimento di quale obbligo il soggetto passivo sarebbe tenuto alla *denuntiatio*, così come non si comprenderebbe, nel caso di mancata notifica, quale sarebbe il diritto alla cui violazione il legislatore ha inteso porre riparo con la previsione del riscatto²⁰⁸.

Ugualmente non si ritiene condivisibile la tesi sostenuta da altro autore²⁰⁹, secondo la quale la rinuncia preventiva non sarebbe ammissibile, perché la normativa sulla prelazione persegue finalità pubblicistiche, come conferma lo speciale rimedio che il legislatore ha previsto per l'ipotesi di mancato rispetto del diritto di prelazione: non il semplice risarcimento del danno, ma il riscatto. Infatti, una tale sanzione, non può che essere indice del rilevante interesse pubblicistico che il legislatore attribuisce alla attuazione del

206 CIANCIO, *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Padova, 1978, pag. 21.

207 PALERMO, *In tema di esclusione del diritto di prelazione nei casi di permuta*, in *Giur. agr.*, 1974, pag. 82.

208 BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, in *Studium iuris*, 2000, pag. 1337.

209 RECCHI, *Sulla irrinunciabilità del diritto di prelazione del coltivatore diretto*, in *Riv. dir. lav.*, 1972, II, pag. 198.

diritto di preferenza e, quindi, della natura di ordine pubblico delle disposizioni che tale diritto prevedono.

Ma se l'ordine pubblico, come limite negoziale, esprime l'esigenza che i privati non sovvertano con le loro convenzioni quei valori fondamentali su cui si fonda l'ordine sociale, e realizzino, invece, i loro rapporti nel rispetto dei valori e dei principi che lo Stato considera essenziali in un dato momento storico, è evidente che tale sovvertimento non sarebbe ravvisabile in una rinuncia preventiva al diritto di prelazione.

L'interesse sociale che il legislatore vuole realizzare sembra più intenso nel regime della prelazione agraria che in altre norme di diritto privato, ma non fino al punto di prevalere sull'interesse preso in considerazione dalla norma di legge, che è pur sempre di natura privatistica, perché tale è la natura sia dei soggetti attivi e passivi del riscatto, che di questi ultimi diritti²¹⁰.

D'altra parte, la conferma che l'eventuale perseguimento di finalità pubblicistiche non è sufficiente ad attribuire alle disposizioni in tema di prelazione agraria la natura di norme di ordine pubblico, risulta, altresì, dal fatto che per il negozio concluso senza il loro rispetto non è prevista la sanzione della nullità.

Dunque, la irrinunciabilità in via preventiva va affermata in base ad altre considerazioni.

Va, innanzitutto, rilevato che il patto di deroga al regime legale della prelazione costituisce un negozio atipico che, per essere valido, deve perseguire, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., fini meritevoli di tutela, ed è dubbio che un giudizio di meritevolezza possa essere emesso nei confronti di una rinuncia preventiva alla prelazione.

210 SPALLANZANI, *La prelazione nella vendita di fondi rustici*, in *Riv notar.*, 1966, pag. 374 ss..

Infatti, la libertà di alienare il fondo contrasta con le finalità sociali perseguite dal legislatore, volte a favorire la formazione o l'ampliamento di imprese familiari diretto-coltivatrici efficienti attraverso il riconoscimento di una preferenza in favore di determinati soggetti nell'acquisto di fondi rustici.

Pertanto, una valida rinuncia, può intervenire soltanto dopo che il soggetto attivo ha raggiunto l'accordo con il terzo per la vendita del fondo e indipendentemente dalla *denuntiatio*.

In tema di retratto successorio, invece, si è affermato che il coerede, in capo al quale il diritto di prelazione esiste già potenzialmente, può rinunciare al diritto stesso anche prima della sua *denuntiatio*, sempre che il rinunciante sia comunque a conoscenza delle relative condizioni²¹¹.

Il diritto di prelazione, avendo natura patrimoniale è, in astratto, suscettibile di rinuncia, con o senza corrispettivo²¹².

Prima della *denuntiatio* l'oggetto del negozio abdicativo va individuato non nel diritto di prelazione in quanto tale, ma nel diritto alla notifica della *denuntiatio*.

Successivamente alla notifica della *denuntiatio* la dichiarazione del titolare di non voler esercitare la prelazione va qualificata come rifiuto, e non rinuncia, avendo essa ad oggetto non la dismissione di un diritto cui corrisponde un obbligo di un altro soggetto, ma il potere di perfezionare una situazione giuridica complessa.

Relativamente poi alla forma della rinuncia anche per essa vale il principio della libertà della forma, principio valido anche nel caso in cui la prelazione riguardi beni immobili.

211 Cass., 22.1.1994, n. 624, in *Vita not.*, 1994, pag. 1368.

212 Cass., 28.7.1986, n. 4825, in *Giur. agr.*, 1987, pag. 475.

Pertanto, non può essere condivisa la tesi sostenuta dalla Cassazione, secondo la quale la rinuncia richiederebbe la forma scritta ai sensi dell'art. 1350, n. 5, c.c., in quanto il diritto di prelazione è rivolto al trasferimento della proprietà di un bene immobile²¹³.

Infatti, l'art. 1350, n. 5, c.c., prevede l'ipotesi della rinuncia alla titolarità attuale di un diritto reale, mentre il conduttore, con la rinuncia alla prelazione o con il rifiuto del suo esercizio, dismette la semplice possibilità di acquistare la proprietà del bene cui la prelazione si riferisce²¹⁴.

Né, con riferimento al rifiuto, si potrebbe sostenere che la forma prescritta per l'accettazione di una proposta, cioè per la conclusione di un contratto, vale anche per la manifestazione della volontà diretta in senso contrario, in quanto le restrizioni al principio della libertà della forma, per il loro carattere eccezionale, non sono estensibili al di là delle ipotesi espressamente previste²¹⁵.

Infine, per quanto riguarda il contenuto, sarà necessario fare riferimento agli elementi essenziali del contratto che il proprietario del fondo intende concludere con il terzo ed alla cui stipulazione, invece, il titolare della prelazione non è interessato²¹⁶ oppure alla *denuntiatio*.

La rinuncia non è un atto recettizio, pertanto, è perfetta appena viene esteriorizzata la volontà diretta alla dismissione del diritto che ne costituisce l'oggetto²¹⁷.

213 Cass., 4.3.2003, n. 3166, in *Vita not.* 2003, pag. 877; Cass., 13.6.1980, n. 3766, in *Giur. agr.*, 1982, pag. 28; Cass., 19.5.1983, n. 3470; Cass., 26.9.1951, n. 2579, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, pag. 816.

214 D'ORAZI, *Rinuncia alla prelazione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, pag. 816.

215 FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, pag. 10 ss.. Cass., 11.4.1959, n. 1066, in *Foro it.*, 1960, I, pag. 1014.

216 Cass., 20.12.1974, n. 4382, in *Giust. civ.*, 1975, I, pag. 744.

217 BOZZI, voce *Rinuncia*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1968, pag. 1146.

Il rifiuto, invece, è un atto recettizio, consistendo in una dichiarazione ad un destinatario determinato, ne consegue che i suoi effetti si producono nel momento in cui esso perviene a conoscenza della persona cui è destinato, secondo quanto dispone l'art. 1334 c.c..

La rinuncia è irrevocabile, in applicazione del principio generale della irrevocabilità degli atti giuridici perfetti²¹⁸, mentre è ammissibile la revoca del rifiuto, purché questa venga a conoscenza del destinatario prima del rifiuto, in applicazione del principio generale stabilito dall'art. 1335 c.c., secondo il quale una dichiarazione di volontà diretta ad una persona non produce effetto se non quando essa perviene a conoscenza del destinatario.

Per la Cassazione, in tema di prelazione urbana, la dichiarazione del conduttore di esercitare il diritto di prelazione, a norma dell'art. 38 della legge n. 392 del 1978, a seguito della comunicazione del locatore, pur non costituendo accettazione della proposta di alienazione, determina l'obbligo per entrambe le parti di addivenire entro un certo termine alla stipula della compravendita con contestuale pagamento del prezzo, con la conseguenza che la successiva dichiarazione da parte del conduttore di rinuncia alla prelazione opera come proposta di scioglimento del suddetto vincolo giuridico e può, come tale, essere revocata prima della dichiarazione di accettazione della controparte²¹⁹.

218 BOZZI, *op. cit.*, pag. 1146.

219 Cass., 16.12.1992, n. 13274, in *Vita not.*, 1993, pag. 242.

CAPITOLO IV

CASI DI PRELAZIONE LEGALE

1. La prelazione successoria

La prelazione successoria, disciplinata dall'art. 732 c.c. e strutturata come prelazione propria, secondo la classificazione in precedenza tracciata, è l'unica figura di prelazione legale del passato sopravvissuta sino ai nostri giorni.

La vicenda storica dell'istituto risale, come già detto, al diritto romano classico, nel quale esso è legato all'antica comproprietà familiare.

Alle origini, dunque, l'obbiettivo perseguito era quello della conservazione dell'integrità del patrimonio, al quale successivamente, venuta meno la figura della comproprietà familiare, si contrappone quello della famiglia, intesa come comunità, rinsaldata dal comune patrimonio, al cui interno non sembra logico consentire la presenza di estranei, senza riconoscere

ai suoi componenti almeno una prelazione nell'acquisto dei beni o delle quote di cui qualcuno di essi voglia disfarsi²²⁰. E in virtù di questa giustificazione il retratto successorio, ripreso dal diritto giustiniano, si consolidò durante tutto il medioevo, sino alle soglie della grande svolta illuministica, liberistica ed individualista²²¹. Eliminato nelle prime codificazioni pre-unitarie, esso ritrova, invece, spazio, pur tra non pochi dissensi, nel codice napoleonico, prevalendo nei suoi compilatori l'esigenza di tutela della famiglia rispetto a quello che, in chiave illuministica, appare come “un grave inceppamento alla libertà individuale dei cittadini”²²².

Questo spiega, come e perché, nella prima codificazione dell'Italia unificata, la figura del retratto successorio sparisce e come e perché, invece, essa venga reintrodotta nel codice del 1942, come una delle tante espressioni del prevalere di un certo senso del sociale²²³.

Ovviamente, nella valutazione del legislatore, la famiglia non rappresenta, in contrapposizione a quello della libertà di circolazione della ricchezza, l'unico valore protetto, ma un valore protetto congiuntamente a quello della proprietà. A differenza, infatti, del più antico retratto agnazio, proprio del diritto tardo-medievale e rigidamente ancorato alla ricorrenza di un

220 L'originaria *ratio* dell'istituto è stata individuata da MINOLI, *Problemi di diritto intertemporale circa l'applicazione dell'art. 732 c.c.*, in *Giur. it.*, 1943, I, 2, pag. 231. Altri, invece, BRUNELLI e ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1951, pag. 532, hanno sostenuto che la principale giustificazione fosse costituita dall'intento di evitare l'eccessivo frazionamento dell'asse ereditario.

221 LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato, II. Diritti reali e di successione*, Milano, 1943, pag. 123. Abolito per primo dal Granduca di Toscana Pietro Leopoldo con legge del 1778, il retratto successorio non trovò più spazio in nessuna delle successive codificazioni della restaurazione.

222 BAUDRY-LACANTINERIE e WAHL, *Della successione*, in *Tratt. teorico e pratico di diritto civile*, a cura di Baudry-Lacantinerie, Milano, 1907, pag. 135.

223 Nella Relazione della Commissione reale al codice del 1942, pag. 84, si assume a giustificazione della reintroduzione che: “contro il principio troppo assoluto del diritto del coerede di disporre liberamente della sua quota, debba prevalere il concetto di evitare che nei rapporti fra i coeredi, il più delle volte legati da quei vincoli familiari che possono influire nel senso di attenuare i contrasti, si intromettano degli estranei, portati dall'intransigenza dell'interesse di sfruttare il più possibile l'intento speculativo perseguito con l'acquisto della quota”.

vincolo di sangue tra comproprietari, le codificazioni moderne prevedono il retratto successorio in presenza di qualsiasi comunione ereditaria, anche se tra persone non legate da vincoli di parentela, il che non esclude che la tutela dell'unità del gruppo familiare, sul presupposto che la comunione ereditaria si instaura tra parenti, resti alla base dell'istituto, come giustificazione di secondo grado, della tutela accordata al valore della proprietà. *Ratio legis* confermata oramai da abbondante giurisprudenza e dottrina.

La giurisprudenza, infatti, nell'individuare il fondamento del retratto successorio, si è rifatta alla Relazione al codice civile, sostenendo che con l'introduzione di tale istituto si è voluto evitare che, contro la volontà espressa o tacita dei coeredi, venga introdotto nella comunione ereditaria un estraneo, presumibilmente animato da intenti speculativi, che comprometterebbe l'armonia dei rapporti tra i coeredi, spesso legati da vincoli di parentela²²⁴.

In senso parzialmente diverso solo alcune isolate decisioni, per le quali il retratto successorio serve anche ad evitare il sorgere di controversie nello scioglimento della comunione²²⁵.

Anche gran parte della dottrina sostiene che alla base dell'istituto vi sarebbe l'esigenza “di conservazione della consistenza quantitativa dei patrimoni all'interno dello stesso gruppo familiare, supposto idoneo, nella prospettiva in cui assumeva rilevanza la cosiddetta famiglia in senso ampio, ad assicurare la compattezza appunto dei patrimoni essenzialmente immobiliari”²²⁶.

224 Cass., 25.5.1973, n. 1537, in *Giust. civ.*, 1974, pag. 31; Cass. 19.4.1968, n. 1182; Cass., 24.7.1964, n. 2008, in *Giust. civ.*, 1965, pag. 127.

225 Cass., 7.4.1949, n. 445, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, pag. 346; Cass., 28.4.1949, n. 1013.

226 MOSCARINI, *op. cit.*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pag. 984.

In senso contrario²²⁷, qualche voce isolata ha, invece, rilevato che la prelazione, da un lato pospone l'interesse di tutti gli estranei alla comunione i quali aspirino all'acquisto di una quota ereditaria, dall'altro, tutela l'interesse personale dei coeredi, consentendo loro di incrementare la quota di partecipazione alla comunione ereditaria, agevolando le operazioni divisionali. Laddove, infatti, siano stati esercitati il diritto di retratto o il diritto di prelazione deriva l'incremento in un solo soggetto della titolarità di più quote e, perciò, la riduzione del numero dei partecipanti, riducendosi, altresì, le difficoltà proprie della divisione ereditaria.

Ma nel nuovo codice civile il rilievo attribuito al valore della famiglia, o meglio, della comproprietà ereditaria emerge anche nella espressa previsione, oltre che dello *ius retractandi*, anche dello *ius praelationis*, infatti, “Il coerede che vuole alienare a un estraneo la sua quota o parte di essa, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi, i quali hanno diritto di prelazione”²²⁸.

Sebbene il legislatore non si sia preoccupato di specificare il significato del diritto di prelazione, dato ormai per pacifico, l'essenza di tale diritto va rinvenuta proprio nel fatto che il coerede ha diritto ad acquistare in luogo del terzo allo stesso prezzo da questi offerto, di modo che la necessità di evitare l'intrusione di un estraneo nella compagine familiare si realizza senza alcun sacrificio degli interessi patrimoniali dell'alienante, che comunque ottiene il prezzo pattuito, senza alcuna *deminutio*.

L'esercizio dello *ius praelationis* prevede, però, un breve periodo di attesa, dovendo l'alienante, dopo la notifica della proposta ai coeredi, attendere

227 MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pag. 430; VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, pag. 601.

228 Art. 732 c.c..

il tempo loro concesso dalla legge, di due mesi, ma tutto sommato si tratta di una breve pausa che non incide particolarmente sugli interessi economici dell'alienante. Si tratta, dunque, di una prelazione pura, riconosciuta ai coeredi a tutela dell'interesse alla non immissione di un estraneo nella comunione patrimoniale a base ereditaria e, quindi, familiare. Il valore principalmente protetto resta ancora quello della famiglia²²⁹, tutelato, però, attraverso lo strumento del patrimonio²³⁰.

Le considerazioni sin qui svolte ci consentono a questo punto di affrontare i problemi ermeneutici ed applicativi sollevati dall'istituto, nonché dalla pratica giurisprudenziale, e non sempre risolti coerentemente.

a) Natura giuridica e forma dell'offerta

Per quanto concerne la natura giuridica dell'offerta, la soluzione oscilla tra l'opinione che configura la *denuntiatio* come una vera e propria proposta²³¹, così che con la dichiarazione unilaterale del prelazionario la fattispecie si completa e con essa si perfeziona anche l'effetto traslativo, e quella che riconosce alla *denuntiatio* valore di semplice notificazione e partecipazione di notizia²³², idonea, cioè a far decorrere il termine per l'esercizio del diritto di prelazione, ma non anche a fondersi con l'atto di esercizio di tale diritto in un'unica fattispecie contrattuale.

Secondo tale tesi la *denuntiatio* potrebbe promanare anche da un terzo, e si strutturerebbe come atto non negoziale, di modo che il prelazionario cui

229 D'ORAZIO, *op. cit.*, pag. 209.

230 Il fondamento familiare del diritto di prelazione fa apparire discutibile l'opinione giurisprudenziale secondo cui quello della prelazione fra coeredi sarebbe un diritto personalissimo e in quanto tale non trasmissibile agli eredi del coerede: Cass., 7.9.1978, n. 4048.

231 FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2000, pag. 266. In giurisprudenza: Cass., 4.11.1982, n. 5802; Cass., 6.10.1978, n. 4469; Cass., 10.4.1959, n. 1066, in *Foro it*, 1960, pag. 1014; Cass., 26.12.1951, n. 2579, *ivi*, 1952, pag. 202.

232 FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 45 ss.. In giurisprudenza: Cass., 14.1.1980, n. 304.

tale *denuntiatio* pervenga avrebbe il potere di far sorgere, con la propria dichiarazione unilaterale di voler esercitare il diritto di prelazione, il solo obbligo dell'alienante a prestare il proprio consenso al trasferimento del diritto al prelazionario anziché al terzo.

Ma il problema non è di facile soluzione. Da un lato la configurazione di una doppia fase procedimentale, prima obbligatoria e poi reale, come passaggio obbligato per pervenirsi all'acquisto del diritto da parte del prelazionario, non appare giustificata dal tenore letterale dell'art. 732 c.c., da cui si ricava una regola implicita di irrevocabilità della *denuntiatio*, per cui, ove tale atto venga posto in essere direttamente dall'alienante, non si vede perché con la dichiarazione di esercizio del diritto da parte del prelazionario la fattispecie non dovrebbe ritenersi compiuta.

D'altro lato non si può escludere rilevanza ad una *denuntiatio* posta in essere da un comproprietario alienante o anche da un terzo; se è vero che con la *denuntiatio* non si realizza la fusione tra la volontà dell'alienante e quella del terzo prelazionario, ciò non toglie, però, che a carico di quest'ultimo inizi a decorrere il termine per manifestare la propria volontà di avvalersi del diritto.

In dottrina, però, sono state proposte anche soluzioni composite²³³, secondo le quali la *denuntiatio* esplica sempre, indipendente dal soggetto da cui proviene e dalla capacità e legittimazione di quest'ultimo, l'effetto partecipativo cui consegue l'insorgere dell'onere del prelazionario di manifestare la propria volontà di esercitare il diritto entro il termine. Può, inoltre, esplicare l'efficacia di una proposta contrattuale, tale cioè da rendere possibile il perfezionamento dell'effetto traslativo con l'accettazione del

233 BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Riv. notar.*, 1974, pag. 893.

prelazionario, nei casi in cui sia posta in essere dal coerede alienante, debitamente legittimato e capace.

Ma anche tali teorie composite non sembrano avere solido fondamento.

In definitiva, i sostenitori della tesi che considera la *denuntiatio* come semplice atto di partecipazione e quelli delle teorie composite, non tengono conto della formulazione delle norme che disciplinano le ipotesi tipiche di prelazione legale e non offrono validi argomenti idonei a giustificare una conclusione diversa da quella che è desumibile dalla lettera della legge, il che sembra sufficiente a fare concludere che la *denuntiatio* costituisce una proposta contrattuale, con riferimento alla quale l'esercizio della prelazione comporta la conclusione di un contratto definitivo di trasferimento.

Ovviamente per quanto riguarda il contenuto è pacifico che il contenuto della *denuntiatio* deve essere quello tipico della proposta contrattuale²³⁴ e comprendere anche le generalità del terzo interessato all'acquisto²³⁵.

Indubbia appare anche la soluzione del problema relativo alla forma della *denuntiatio* e dell'atto di esercizio del diritto da parte del prelazionario.

L'onere della forma scritta, sancito dall'art. 1543 c.c. per l'atto di alienazione, si estende certamente anche agli atti pre-negoziali di notifica della proposta agli aventi diritto a prelazione e di esercizio di tale diritto, attraverso il quale può realizzarsi il trasferimento della proprietà al coerede che di tale diritto si avvale.

234 Cass., 10.5.1957, n. 1632, in *Foro it.*, 1957, I, pag. 1785; Cass., 26.9.1951, n. 2579, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, pag. 814; Cass., 28.8.1951, n. 2564.

235 FANILE, *Rinunzia alla prelazione ex art. 732 c.c. e contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pag. 1128.

Nessun dubbio, dunque, che per la validità dell'atto di offerta in prelazione sia necessaria la forma scritta, non altrimenti qualificata e, quindi, il modello formale minimo della scrittura privata²³⁶.

Per la comunicazione dell'atto al prelazionario, invece, la legge richiede testualmente la notifica²³⁷, la quale, attesa l'esigenza di assicurare l'integrale partecipazione al terzo del testo integrale dell'atto scritto di offerta di prelazione, dovrebbe essere intesa non in senso atecnico, bensì in senso tecnico, quale meccanismo partecipativo assistito dall'intervento di un pubblico ufficiale²³⁸.

Ma secondo la Cassazione il coerede non è tenuto a servirsi di una particolare forma di notifica, in quanto la norma che prevede la stessa ha il solo scopo di permettere ai coeredi l'esercizio del diritto di prelazione al fine di evitare che contro la loro volontà vengano a fare parte della comunione ereditaria persone ad essa estranee²³⁹, per cui è valida anche la comunicazione verbale, a nulla rilevando che essa venga fatta da altro coerede o da terzi, incluso l'acquirente, in quanto, in ogni caso, il coerede cui spetta la prelazione viene messo in condizione di realizzare lo scopo in questione²⁴⁰.

La dottrina, invece, è divisa.

Secondo un primo orientamento²⁴¹, solo attraverso una notificazione scritta portata a conoscenza di tutti gli altri coeredi, a mezzo di ufficiale giudiziario e contenente la indicazione della proposta di alienazione e la specificazione del prezzo relativo all'alienazione stessa, è possibile avere la

236 Cass., 28.8.1951, n. 1951; Cass., 19.7.1949, n. 1959; Trib. Napoli, 6.4.1974, in *Dir. giur.*, 1976, pag. 636.

237 Cass., 8.1.1981, n. 156.

238 PUNZI, *La notificazione degli atti nel processo civile*, Milano, 1959, pag. 180.

239 Cass., 8.1.1981, n. 156.

240 Cass., 11.8.1982, n. 4537.

241 GRECO, *Se l'art. 732 cod. civ. adoperi la parola "notificazione" nel significato tecnico di comunicazione scritta a mezzo di ufficiale giudiziario*, in *Sinossi giuridica*, 1947, pag. 29.

certezza che le notificazioni siano state eseguite, che l'esecuzione ha avuto luogo per tutti i coeredi e che il termine di due mesi è trascorso; di conseguenza è da escludere l'idoneità della lettera spedita dal coerede a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento.

In senso contrario²⁴² si è affermato che appellarsi alla legge per sostenere l'uso tecnico di un termine in un campo dove non può certo imputarsi al legislatore proprietà terminologica è eccessivo, per cui non c'è motivo per richiedere la notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario, dal momento che il legislatore vuole soltanto che la proposta sia fatta ai coeredi, in modo che essi siano in grado di poterla accettare.

b) Ambito di applicabilità della prelazione successoria

Più articolata è la problematica relativa all'individuazione degli atti di alienazione cui si riferisce la prelazione dei coeredi.

Caratteristica essenziale della prelazione è l'onerosità dell'alienazione, senza la quale non sarebbe logicamente configurabile la valutazione di parità tra il prezzo offerto dal terzo aspirante acquirente e quello che viene pagato dal coerede. Del tutto plausibile appare, perciò, l'opinione di chi ritiene operante la prelazione anche nei riguardi della cosiddetta *datio in solutum*²⁴³, risolvendosi tale negozio in un'alienazione a titolo oneroso, il cui corrispettivo è costituito dall'estinzione di un debito pecuniario dell'alienante. Naturalmente, in tal caso, la prestazione offerta dal coerede deve consistere nel pagamento al terzo acquirente di una somma pari al debito dell'alienante.

242 BARBIERI, *Esercizio, indivisibilità, disponibilità ed estinzione del diritto di retratto (art. 732 c.c.)*, in *Corti Brescia e Venezia*, 1955, pag. 112.

243 Cass., 20.7.1950, n. 1273, in *Giur. compl.*, 1950, pag. 330.

E per analoghe considerazioni deve senz'altro ammettersi l'applicabilità della prelazione ai casi di alienazione dietro corrispettivo costituito dalla costituzione di una rendita vitalizia.

L'applicabilità della prelazione alle ipotesi di *datio in solutum* vale, ovviamente, per i casi in cui la prestazione dovuta dall'alienante abbia ad oggetto una somma di denaro o comunque abbia carattere di fungibilità, apparendo altrimenti non formulabile la valutazione di parità tra la prestazione del terzo e quella dell'avente diritto a prelazione.

Quest'ultima considerazione vale, malgrado qualche opinione contraria, anche relativamente al problema dell'applicabilità della prelazione alla permuta. È stato osservato che rispetto alla permuta sarebbe possibile la valutazione aritmetica di raffronto tra prestazione del terzo e prestazione del coerede, dovendosi anche al bene offerto in permuta necessariamente attribuire un valore²⁴⁴.

Ma l'osservazione non convince ove si consideri che procurare all'alienante una somma di denaro pari al valore del bene offerto in permuta dal terzo non realizza certo la soddisfazione dell'interesse dello stesso alienante a conseguire la disponibilità di quel determinato bene, a meno che si tratti non di un bene determinato ed infungibile, bensì di una certa quantità di beni fungibili, nel quale caso sembra più corretto escludere la ravvisabilità del tipo negoziale dalla permuta.

Pertanto, sembra più corretto escludere l'applicabilità della prelazione ai casi di permuta²⁴⁵, la quale conclusione trova conforto nella disciplina, molto

244 FORCHIELLI, *Della divisione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1970, pag. 170 ss..

245 MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione del conduttore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pag. 448; D'ORAZI, *op. cit.*, pag. 340; VASELLI, *Nota sul retratto successorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pag. 542 ss..

più analitica, della prelazione agraria che testualmente esclude la permuta dalla prelazione²⁴⁶.

Orbene, se l'applicazione della prelazione alla permuta è tassativamente esclusa in un caso in cui la tutela dell'interesse del prelazionario è particolarmente accentuata, a maggior ragione essa deve ritenersi esclusa nell'ipotesi della prelazione successoria, in cui, trattandosi di prelazione pura, la tutela dell'interesse del prelazionario è una tutela di grado ed intensità certamente minori. Per cui trova conferma la conclusione, raggiunta dalla giurisprudenza²⁴⁷, dell'inapplicabilità della prelazione successoria alla permuta, suffragata dalla necessità del carattere fungibile della prestazione offerta dall'acquirente per potersi configurare un qualche diritto di prelazione.

Relativamente all'applicabilità della prelazione successoria alla vendita forzata, la giurisprudenza, teorica e pratica, aveva, anche prima del sopravvenire della disciplina speciale della prelazione agraria, prospettato come plausibile la soluzione negativa, argomentando che in caso di vendita forzata, realizzata attraverso pubblico incanto o offerta al pubblico, la prelazione non avrebbe ragion d'essere potendo il coerede interessato all'acquisto soddisfare tale suo interesse attraverso la partecipazione alla gara.

Ma al contrario può osservarsi che la partecipazione alla gara, costringendo il coerede a formulare un'offerta in rialzo rispetto a quella del

246 Non è mancato, tuttavia, chi, come PALERMO, *In tema di esclusione del diritto di prelazione nei casi di permuta*, in *Giur. agr. it.*, 1974, I, pag. 82 ss., ha ritenuto di dover interpretare restrittivamente la disposizione della L. n. 590/1965, escludendo l'esercizio della prelazione, anche in caso di permuta, solo quando il suo esercizio sarebbe impossibile a causa dell'infungibilità della prestazione costituente oggetto della permuta; ma il rilievo appare superfluo perché se il corrispettivo dell'alienazione della quota è costituito da una certa quantità di cose fungibili, la fattispecie resta al di fuori del tipo negoziale della permuta.

247 Cass., 30.10.1980, n. 5855, in *Giust. civ.*, 1981, I, pag. 522, che ha escluso il diritto di prelazione agraria nella ipotesi di trasferimento del fondo rustico in corrispettivo della costituzione di un vitalizio alimentare; Cass., 20.12.1980, n. 6573, che ha escluso l'azionabilità del diritto in qualsiasi ipotesi di permuta.

terzo migliore offerente, non consente allo stesso coerede l'acquisto a condizioni pari a quelle offerte dal terzo.

V'è, però, un'altra considerazione che può, indipendentemente dalla norma speciale dettata in tema di prelazione agraria, giustificare la soluzione opposta, dell'inapplicabilità della prelazione in caso di vendita forzata: all'interesse del prelazionario si contrappone non solo quello del terzo acquirente nella pubblica gara, quanto quello dei creditori a conseguire il maggior ricavo possibile nel più breve tempo possibile, senza l'intralcio e il ritardo che l'esercizio di un ipotizzato diritto di prelazione comporterebbe.

Tale considerazione giustifica da sola la soluzione negativa del problema o, se si preferisce, giustifica l'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 8 della legge n. 590/1965, che con riferimento alla prelazione agraria tassativamente esclude l'operatività della prelazione nei casi di vendita forzata.

Come per la vendita forzata, può senz'altro affermarsi l'esclusione della prelazione successoria anche nei casi di liquidazione coatta e fallimento, che sono ipotesi riconducibili ad una nozione ampia di vendita forzata, ribadendosi anche a questo proposito il ragionamento già prospettato, secondo cui, se l'esclusione è sancita in presenza di un'ipotesi di prelazione impropria e, quindi, caratterizzata da una più accentuata tutela dell'interesse del prelazionario, a maggior ragione essa deve ritenersi operante per le ipotesi di prelazione pura.

Analogamente alla stessa conclusione può pervenirsi rispetto alla esclusione della prelazione, pure sancita dall'art. 8, per i casi di espropriazione per pubblica utilità, nei quali la *ratio* dell'esclusione, ravvisabile nella prevalenza della *publica utilitas* sugli interessi di qualunque privato, sia esso l'originario proprietario o il prelazionario, appare ancor più evidente.

c) La inapplicabilità alle comunioni ordinarie

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'art. 732 c.c., contenendo una limitazione alla libera disponibilità del diritto di proprietà, non si applica alle comunioni ordinarie. Né la sua applicabilità si potrebbe far derivare dal rinvio all'art. 1116 c.c., giacché esso esclude dalla estensione quelle norme che regolano la divisione ereditaria e che siano in contrasto con le disposizioni dettate per la divisione delle comunioni ordinarie, e tra queste, quella fondamentale di cui all'art. 1103 c.c., la quale statuisce che “ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota” e, quindi, senza alcun vincolo di prelazione a favore di chicchessia²⁴⁸.

d) L'esistenza di una comunione ereditaria

Dunque, presupposto essenziale per l'applicabilità dell'art. 732 c.c. è la sussistenza di una comunione ereditaria, la quale, secondo la Suprema Corte, può essere costituita dal testatore anche fra persone non appartenenti allo stesso nucleo familiare, per cui è da escludere che il diritto di prelazione spetti a chi, non essendo erede, sia appartenente allo stesso nucleo familiare²⁴⁹.

La legge, infatti, prescinde dal vincolo di parentela che intercorre tra il coerede alienante e l'acquirente non coerede, nel senso che la qualità di “estraneo”, cui si richiama l'art. 732 c.c., non si riferisce alla famiglia dell'autore dell'eredità, ma è estraneo chi non è legato da parentela con i coeredi del *de cuius* e chi non partecipa all'eredità di cui fa parte la quota ceduta²⁵⁰.

248 Cass., 1.8.1947, n. 135, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, pag. 191, con nota di NATOLI, *In tema di retratto successorio*; Cass., 5.7.1956, n. 2547.

249 Cass., 20.10.1958, n. 3375, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, pag. 350.

250 Cass., 28.1.2000, n. 981, in *Giust. civ.*, 2001, I, pag. 2503; Cass., 7.9.1978, n. 4048, in *Foro it.*, 1979, I, pag. 1036; Cass., 14.6.1964, n. 1467, in *Giust. civ.*, 1964, I, pag. 1530.

Secondo autorevole giurisprudenza²⁵¹, nel caso in cui il testatore, nell'ambito di una *divisio inter liberos*, abbia attribuito a due o più eredi un cespite in comune ed indiviso, rispetto a tale immobile non sussiste lo stato di comunione ereditaria; relativamente a tale bene lo stato di comunione, pur derivando dalla successione mortis causa, si costituirebbe non come effetto di questa, ma in virtù dell'atto dispositivo-attributivo con effetti reali posto in essere dal testatore.

Tale conclusione è stata, però, contestata dalla dottrina²⁵² la quale ha rilevato, che nel caso di attribuzione congiunta a due o più eredi di un cespite unico, si ha comunque una comunione ereditaria, in virtù della devoluzione testamentaria ad essi di quell'unico cespite e ciò anche quando l'attribuzione sia contenuta in una disposizione testamentaria che attui la divisione dei propri beni da parte del *de cuius*, per cui non c'è motivo per ritenere non operante il diritto di prelazione o di riscatto a favore dell'altro o degli altri compartecipanti nei confronti del coerede che voglia alienare ad un estraneo la sua quota indivisa del cespite unico.

In caso di assegnazione, da parte del testatore, di beni determinati, occorre, dunque, accertare se l'attribuzione sia stata effettuata dal testatore con efficacia reale o con efficacia meramente obbligatoria, in modo da non impedire il sorgere della comunione ereditaria e da non precludere, quindi, l'ammissibilità del retratto²⁵³.

Secondo la Suprema Corte, nel caso in cui il *de cuius* abbia esaurito il suo patrimonio con donazioni e disposizioni testamentarie a favore di persone diverse dai legittimari o abbia istituito eredi soltanto alcuni dei suoi figli,

251 Cass., 15.10.1992, n. 11290, in *Vita not.*, 1993, pag. 274; Cass., 26.10.1967, n. 2647, in *Riv. notar.*, 1969, pag. 85.

252 AZZARITI, *Prelazione e retratto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, pag. 441.

253 Cass., 13.7.1983, n. 4777.

dovento le attribuzioni restare valide finché non vengano impugnate con l'azione di riduzione, è solo dopo l'esercizio di questa che può sorgere una comunione ereditaria tra il legittimario ed i beneficiari di dette attribuzioni, comunione ereditaria effettiva, nella quale non può essere esercitato il retratto successorio in relazione alle alienazioni effettuate in precedenza²⁵⁴.

Si è affermato, altresì, che nella comunione ereditaria possono ritenersi compresi i beni donati, ove il donatario sia tenuto alla collazione, solo se quest'ultimo abbia adempiuto il relativo obbligo mediante il conferimento in natura dei beni ricevuti, il quale soltanto determina un effettivo incremento dei beni in comunione da dividere, non anche se egli abbia optato per la collazione per imputazione, che, invece, con l'addebito del valore dei beni donati a carico della quota dell'erede donatario ed il contemporaneo prelevamento di una corrispondente quantità di beni da parte degli eredi non donatari, comporta la conservazione della proprietà dei beni donati in capo all'erede donatario, che li trattiene, quindi, in virtù della donazione avuta²⁵⁵.

In dottrina²⁵⁶ si è sostenuto che il diritto di prelazione spetterebbe anche al coerede che abbia già alienato tutta la sua quota ereditaria, poiché, anche se uscito dalla comunione ereditaria, ha conservato la sua qualifica e può avere interesse ad escludere dalla comunione ereditaria un estraneo, dalla cui intrusione possa temere un pregiudizio per la concordia familiare e per l'equilibrio dei rapporti tra i vari coeredi; infatti, può darsi che uno dei coeredi, mosso dal bisogno, abbia dovuto alienare la propria quota, poi, superate le difficoltà finanziarie, voglia tornare nella comunione ereditaria, in tal caso gli deve essere consentito di esercitare il diritto di prelazione ed eventualmente di

254 Cass., 25.4.1960, n. 918.

255 Cass., 13.7.1983, n. 4777.

256 ANDREOLI, *Il retratto successorio*, in *Studi senesi*, 1944-47, pag. 198 ss..

riscatto, nei confronti di altra quota ereditaria che altro coerede intenda alienare ad un terzo estraneo.

Ancora, secondo la Cassazione, quando siano state compiute le operazioni divisionali, volte ad eliminare la maggior parte delle componenti dell'asse ereditario, indiviso al momento dell'apertura della successione, la comunione residuale sui beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, con conseguente inapplicabilità del retrato successorio, di cui all'art. 732 c.c., che postula la persistenza dello stato di comunione dell'eredità.²⁵⁷

Inoltre, avendo la comunione ereditaria ad oggetto non soltanto la comproprietà di diritti, ma anche il complesso dei rapporti attivi e passivi che formavano il patrimonio del *de cuius* al momento della morte, lo scioglimento si verifica soltanto quando i condividenti abbiano proceduto con le operazioni previste dagli artt. 713 e ss. c.c. ad eliminare la maggior parte delle relative componenti; in tal caso, poiché la comproprietà che ancora residui su alcuni beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, non ricorrono le condizioni per l'esercizio del retrato successorio, previsto dall'art. 732 c.c. esclusivamente in presenza di una comunione ereditaria²⁵⁸.

Lo scioglimento della comunione ereditaria non è, perciò, incompatibile con il perdurare di uno stato di comunione ordinaria rispetto a singoli beni già compresi nell'asse ereditario, per cui l'attribuzione congiunta di beni ereditari non dà luogo al cosiddetto stralcio di quota o ad una divisione parziale, ma produce lo scioglimento della comunione ereditaria, con la conseguente inconfigurabilità del diritto di prelazione legale *ex art. 732 c.c.* ed applicabilità della disciplina propria della comunione ordinaria²⁵⁹.

257 Cass., 21.4.1997, n. 3424, in *Vita not.*, 1997, pag. 878; Cass., 6.5.2005, n. 9522.

258 Cass., 13.9.2004, n. 18351.

259 Cass., 6.5.2004, n. 8599.

e) Divisioni soggettivamente parziali e retratto successorio

Nel caso di divisione soggettivamente parziale, poiché l'art. 732 c.c. opera soltanto fra coeredi di un'unica successione, ne consegue che, sciolta la comunione nei confronti di uno dei coeredi, il permanere in lui della semplice qualità di erede come non lo abilita ad accampare diritti di prelazione e ad esercitare il retratto, così lo esclude dalla categoria dei soggetti tra i quali è consentito il trasferimento della quota, né tali diritti egli può esercitare a seguito del riacquisto della quota, dal momento che la comunione ereditaria è ormai sciolta nei suoi confronti²⁶⁰.

Lo scioglimento della comunione ereditaria nei confronti di un solo dei coeredi, però, non ne modifica la natura e non fa venir meno il diritto di prelazione che, ai sensi dell'art. 732 c.c., spetta agli altri coeredi nei confronti di quello che vuole alienare, in tutto o in parte, la sua quota²⁶¹, senza che al riguardo possa influire la circostanza che la cessione riguardi soltanto quella quota che si è aggiunta per effetto della precedente esclusione di uno dei soci dalla comunione, dato che anche tale quota continua a far parte di una comunione ereditaria, rispetto alla quale non sono mutate, a causa dell'uscita di un socio, le esigenze che giustificano l'istituto della prelazione in favore dei coeredi²⁶².

f) La vendita dei diritti spettanti al coerede su tutti i cespiti ereditari

Secondo la Cassazione, nella vendita dei diritti di comproprietà del coerede su determinati beni può ravvisarsi un trasferimento sostanzialmente rivolto a far subentrare l'acquirente nella globalità delle posizioni riconducibili alla comunione ereditaria e, quindi, una vendita della quota ereditaria soggetta,

260 Cass., 25.7.1981, n. 4815.

261 Cass., 26.10.1968, n. 3594.

262 Cass., 20.4.1994, n. 3745, in *Vita not.*, 1995, pag. 317.

a norma dell'art. 732 c.c., alla prelazione ed al riscatto degli altri coeredi, solo quando detti beni esauriscano i cespiti della comunione ereditaria²⁶³.

Può, però, accadere che, pur alienando tutti i beni componenti la quota, le parti abbiano voluto ciò solo con effetto obbligatorio, conservando all'alienante la posizione giuridica di partecipante alla comunione ereditaria²⁶⁴.

Nel caso in cui con distinti atti di alienazione, anche se effettuati a distanza di tempo, il coerede abbia trasferito ad un estraneo la sua quota indivisa di tutti i beni che compongono il patrimonio ereditario, il giudice di merito, al fine di stabilire se all'altro coerede competa o no il diritto di riscatto, ai sensi dell'art. 732 c.c., deve valutare i diversi atti sia nel loro complesso, per affermare o negare l'esistenza di un collegamento, sia singolarmente, per accertare se, nel caso di mancanza di qualsiasi collegamento, sussistano, in relazione a ciascuno di essi, i presupposti del riscatto²⁶⁵.

g) L'alienazione di singoli beni ereditari

Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza il diritto di retratto, riconosciuto ai coeredi dall'art. 732 c.c., può aversi soltanto nel caso di alienazione della quota ereditaria o di parte di essa e non anche quando sia stato alienato un cespite determinato. In tali casi, infatti, considerata la mancanza nel coerede della titolarità esclusiva del diritto di proprietà sul singolo bene, l'efficacia della alienazione resta subordinata alla condizione della assegnazione, a seguito della divisione, del bene o della sua quota parte al coerede stesso e, quindi, non può sorgere il pregiudizio che la norma vuole evitare, vale a dire l'intromissione di estranei nella comunione ereditaria²⁶⁶.

263 Cass., 12.4.1983, n. 2574.

264 Cass., 25.5.1973, n. 1537, in *Giust. civ.*, 1974, I, pag. 319.

265 Cass., 24.4.1992, n. 4941; Cass., 5.2.1982, n. 661, in *Foro it.*, 1983, I, pag. 1717.

266 Cass., 2.8.1990, n. 7749; Cass., 15.6.1988, n. 4092; Cass., 9.6.1983, n. 3959.

Tale limitazione, tuttavia, non ostacola l'esercizio del diritto di retratto nel caso in cui sia evidente l'intento dei contraenti di sostituire nella comunione ereditaria il terzo estraneo, al coerede alienante, e di considerare il bene o i beni, oggetto della traslazione, in funzione rappresentativa della quota o di parte di essa, poiché, anche il trasferimento di un solo bene rientra nella fattispecie presa in considerazione dall'art. 732 c.c.²⁶⁷.

Nell'ambito di tale orientamento sussiste, però, un contrasto relativamente al soggetto gravato dell'onere della prova della sussistenza o meno della vendita di quota.

Infatti, premesso che in tema di retratto successorio la regola è quella della sua esclusione, alcuni affermano che per potere ritenere che l'alienazione di singoli cespiti abbia ad oggetto la quota ereditaria, è necessario che colui che eserciti il diritto di riscatto provi la discordanza della dichiarazione negoziale rispetto alla reale volontà dei contraenti, nel senso che costoro abbiano voluto far subentrare l'acquirente, sia pure nei limiti dei singoli beni oggetto del trasferimento, in tutti i rapporti e in tutte le situazioni giuridiche attive e passive della comunione ereditaria²⁶⁸.

Non va dimenticato, però, che il principio generale dell'ordinamento è la libera disposizione del proprio patrimonio, e l'eccezione sono i vincoli quale indubbiamente è l'obbligo di dare la preferenza ai coeredi, per cui occorre andare cauti prima di affermare che, nonostante la contemplazione di beni determinati come oggetto della alienazione, questi tuttavia siano stati considerati come misura della partecipazione alla comunione ereditaria²⁶⁹.

267 Cass., 7.12.1999, n. 13704.

268 Cass., 16.8.1990, n. 8304; Cass., 12.4.1983, n. 2754.

269 Cass., 5.12.1977, n. 5272, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pag. 525; Cass., 18.3.1981, n. 1609.

Ne consegue che tanto può parlarsi di retratto successorio in quanto sussistano elementi chiaramente sintomatici, o sicuri e convincenti, o una chiara ed univoca volontà in ordine agli effetti perseguiti dalle parti²⁷⁰.

Secondo altre decisioni, invece, la regola è quella dell'alienazione di quota²⁷¹, per cui il retratto successorio va escluso quando risulti che i contraenti non hanno inteso sostituire il terzo all'erede nella comunione ereditaria²⁷², ma disporre del singolo bene, considerando la *res* trasferita come bene a sé e non come quota del patrimonio ereditario²⁷³.

L'adesione a tale orientamento comporta il problema di individuare i criteri in base ai quali stabilire quale sia stata la concreta volontà delle parti.

A tal fine, il giudice deve considerare tutti gli indici più sintomatici, che vanno desunti dal tenore dell'atto, dal comportamento complessivo delle parti, dallo scopo pratico da loro perseguito e dalla consistenza del patrimonio ereditario²⁷⁴.

Non si può tenere conto soltanto delle parole usate dalle parti, le quali possono essere improprie o poco esatte, ma occorre effettuare, caso per caso, un'accurata indagine sulla volontà effettiva delle parti²⁷⁵.

Si può, invece, attribuire rilevanza alla esistenza di clausole che, secondo i principi di normale prudenza, le parti sono solite inserire negli atti di acquisto onde regolare tra loro le conseguenze della vendita²⁷⁶.

270 Cass., 5.12.1977, n. 5272, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pag. 525; Cass., 9.4.1968, n. 1182; Cass., 15.7.1966, n. 1902; Cass., 3.8.1962, n. 2348, in *Giust. civ.*, 1963, I, pag. 53.

271 Cass., 29.4.1992, n. 5181, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, pag. 55; Cass., 2.8.1990, n. 7749, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, pag. 1220; Cass., 15.6.1988, n. 4092.

272 Cass., 2.8.1990, n. 7749, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, pag. 1220.

273 Cass., 30.10.1992, n. 11809, in *Arch. civ.*, 1993, pag. 306.

274 Cass., 2.8.1990, n. 7749, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, pag. 1220; Cass., 15.6.1988, n. 4092; Cass., 22.1.1985, n. 246, in *Riv. notar.*, 1985, pag. 736; Cass., 13.7.1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, pag. 1786; Cass., 20.10.1979, n. 5458; Cass., 7.1.1975, n. 22; Cass., 31.3.1969, n. 1055; Cass., 10.5.1957, n. 1632.

275 Cass., 23.4.1966, n. 1049, in *Giust. civ.*, 1966, I, pag. 1727.

276 Cass., 22.1.1985, n. 246, in *Riv. notar.*, 1985, pag. 736.

Il giudice del merito non può, però, limitarsi a constatare che nell'atto di alienazione sia dichiarato che l'acquirente viene immesso nella situazione giuridica dell'alienante, poiché, una tale affermazione, riducendosi ad una clausola di stile, non è da sola idonea a far ritenere che si sia inteso far subentrare l'acquirente nella posizione ereditaria dell'alienante²⁷⁷.

Si è, per contro, riconosciuta rilevanza alla trasmissione immediata del compossesso²⁷⁸, che è connotato normale, anche se non inderogabile, della vendita ad effetti reali.

Secondo alcune decisioni, per stabilire se la cessione dei diritti su un bene determinato costituisca o meno alienazione di quota non ha valore il silenzio dei contraenti in ordine all'eventuale assunzione di passività, dal momento che tale effetto si verifica di diritto, ai sensi degli artt. 1542 e 1546 c.c.²⁷⁹. In senso contrario²⁸⁰, si è sottolineato che proprio la mancanza di una esplicita previsione dell'obbligo dell'acquirente di concorrere al pagamento delle passività ereditarie potrebbe costituire la conferma della inesistenza della vendita di una parte di quota.

Il valore e l'importanza del bene oggetto di alienazione possono senz'altro costituire degli indici rivelatori²⁸¹, ma essi non hanno carattere decisivo, giacché, così come attraverso la vendita di un bene di modesta entità si può porre in essere una alienazione della quota ereditaria o di una parte di essa²⁸², così può accadere che si alieni, sia pure pro quota, un cespite che

277 Cass., 17.3.1975, n. 1017.

278 Cass., 22.1.1985, n. 246, in *Riv. notar.*, 1985, pag. 736.

279 Cass., 10.9.1969, n. 3079; Cass., 24.7.1964, n. 2008, in *Giust. civ.*, 1965, I, pag. 127; Cass., 20.2.1962, n. 287, in *Giust. civ.*, 1962, I, pag. 1317.

280 Cass., 3.8.1962, n. 2348, in *Giust. civ.*, 1963, I, pag. 53.

281 Cass., 9.6.1987, n. 5042; Cass., 5.2.1982, n. 661; Cass., 10.10.1981, n. 5321; Cass., 6.5.1980, n. 2978; Cass., 20.10.1979, n. 5458; Cass., 21.2.1979, n. 1124; Cass., 31.3.1969, n. 1055; Cass., 30.11.1962, n. 3245; Cass., 16.10.1958, n. 3282.

282 Cass., 24.7.1964, n. 2008, in *Giust. civ.*, 1965, I, pag. 216.

costituisca una parte rilevante dell'asse, senza con ciò disporre della quota ereditaria²⁸³.

Anche la circostanza che il bene indicato nell'atto di vendita comprenda quasi tutta la quota ereditaria del venditore non è da sola sufficiente per affermare la sussistenza della vendita di quota di eredità, trattandosi di elemento non univoco che, ritenuto sufficiente, porterebbe alla conseguenza di annullare il principio della esigenza della indagine sulla effettiva volontà delle parti con le norme di ermeneutica contrattuale²⁸⁴.

Per quanto concerne il comportamento delle parte successivamente alla alienazione si è ritenuto che non può riconoscersi rilevanza al fatto che l'acquirente abbia chiesto la divisione dei beni, poiché anche nell'alienazione della proprietà dei singoli beni compresi in una comunione l'acquirente ha diritto di chiedere la divisione, surrogandosi all'alienante²⁸⁵.

Talvolta, si è ritenuto irrilevante la trasmissione del possesso dell'acquirente quando tale possesso sia limitato al solo bene alienato, poiché il contratto di vendita obbliga normalmente il venditore alla consegna della cosa venduta che sia in possesso del venditore, indipendentemente dal momento in cui si verifichi, per disposizione di legge o per volontà delle parti, l'effetto reale della trasmissione della proprietà²⁸⁶; in altre occasioni si è affermato che l'eventuale trasmissione immediata del compossesso è connotato normale, anche se non inderogabile, della vendita ad effetti reali²⁸⁷, che mal si concilia con quella situazione di aspettativa attribuita al terzo, in caso di vendita di beni determinati, fino allo scioglimento della comunione²⁸⁸.

283 Cass., 5.12.1977, n. 5272, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pag. 525; Cass., 3.8.1962, n. 2348, in *Giust. civ.*, 1963, I, pag. 53; Cass., 10.5.1957, n. 1632.

284 Cass., 30.11.1962, n. 3245.

285 Cass., 17.3.1974, n. 1017.

286 Cass., 5.12.1977, n. 5272, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pag. 525.

287 Cass., 9.6.1987, n. 5042.

288 Cass., 22.1.1985, n. 246, in *Riv. notar.*, 1985, pag. 736.

h) L'alienazione dei diritti spettanti al coerede sull'unico cespite ereditario

Secondo pacifico e consolidato orientamento della Cassazione, l'alienazione della quota di un coerede sull'unico cespite ereditario non è sufficiente a realizzare le condizioni per l'esercizio del retratto successorio, occorrendo anche in tale ipotesi accertare se le parti, abbiano inteso rendere partecipe l'acquirente di tutti i rapporti e di tutte le situazioni giuridiche attive e passive che fanno capo alla comunione ereditaria oppure no.

Per talune decisioni nella relativa indagine assume particolare rilievo il criterio oggettivo, costituivo di una presunzione a favore degli altri eredi che intendano esercitare il retratto²⁸⁹, in quanto, verificandosi in tale ipotesi l'esaurimento dell'intero complesso ereditario, occorre che dall'indagine circa l'intenzione delle parti emergano elementi sicuri e convincenti onde ritenere, con riferimento al contenuto complessivo del contratto ed all'atteggiamento delle parti, che queste non abbiano inteso rendere partecipe l'acquirente di tutti i rapporti e di tutte le situazioni attive e passive che fanno capo alla comunione ereditaria²⁹⁰, che può tuttavia essere vinta da altri elementi sintomatici di una diversa volontà delle parti, quale la mancanza di ogni riferimento alla consistenza del compendio ereditario o all'accollo di eventuali passività²⁹¹.

Non mancano decisioni secondo le quali la circostanza che l'alienazione abbia ad oggetto la quota dell'unico bene dell'eredità non autorizza a presumere una ipotesi di vendita di quota ereditaria, ma integra un mero elemento indiziario da valutare insieme a tutti gli altri, al fine di stabilire se il

289 Cass., 9.4.1997, n. 3049; Cass., 13.4.1988, n. 2934; Cass., 20.1.1986, n. 369, in *Arch. civ.*, 1986, pag. 271; Cass., 22.1.1985, n. 246, in *Riv. notar.*, 1985, pag. 736; Cass., 12.4.1983, n. 2574; Cass., 25.5.1982, n. 3181; Cass., 18.3.1981, n. 1609.

290 Cass., 25.5.1982, n. 3181; Cass., 24.5.1973, n. 1537, in *Giust. civ.*, 1974, I, pag. 319.

291 Cass., 9.4.1997, n. 3049; Cass., 23.7.1993, n. 8259; Cass., 2.8.1990, n. 7749, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, pag. 1220.

coerede, che invochi il riscatto, abbia assolto o no l'onere di provare la vendita di quota ereditaria²⁹².

i) La intrasmissibilità del diritto di prelazione

La inapplicabilità del retratto successorio agli eredi degli originari coeredi è stata esclusa in giurisprudenza sul presupposto che il retratto successorio, poiché, deroga al principio dell'autonomia del potere di disposizione, ha carattere eccezionale e non può, quindi, applicarsi in via analogica, per cui se per successive trasmissioni ereditarie vengono sugli stessi beni a coesistere due o più comunioni, l'identità parziale o totale dei beni, non esclude che ciascuna di esse abbia un titolo proprio ed autonomo, e che ciascuna faccia capo a successioni distinte, e che la posizione di coerede si determina in base all'eredità dalla quale essa deriva, e allo stesso modo va quella di estraneo che, nella previsione dell'art. 732 c.c., ad essa si contrappone²⁹³.

Ma la intrasmissibilità del diritto di prelazione si desume dallo stesso art. 732 c.c., che pone la notificazione della proposta di alienazione a carico del coerede che vuole alienare la propria quota e, soprattutto, si desume dalla considerazione che solo quel particolare titolo di acquisto, quale è la successione *mortis causa*, collega il compartecipe alla quota, mentre qualsiasi altro titolo di acquisto successivo, comportando un trasferimento della quota dall'originario titolare ad un soggetto diverso, determina una alterazione della struttura che rende ingiustificato l'esperimento del retratto.

292 Cass., 29.4.1992, n. 5181, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, pag. 55; Cass., 2.2.1988, n. 950; Cass., 20.1.1986, n. 369.

293 Cass., 11.5.1993, n. 5374, in *Giust. civ.*, 1994, I, pag. 1369; Cass., 22.10.1992, n. 11551, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, pag. 687; Cass., 12.3.1974, n. 674, in *Giust. civ.*, 1974, I, pag. 319; Cass., 20.10.1958, n. 3375; Cass., 28.2.1953, n. 486, in *Foro it.*, 1953, I, pag.794. In dottrina VILLANI, *Morte di un coerede e sorte del diritto di prelazione ex art. 732 cod. civ.*, in *Foro pad.*, 1973, I, pag. 209.

Ai fini del retratto non rileva la circostanza che il successore a titolo universale del coerede sia compartecipe della comunione di cui era divenuto partecipe il suo dante causa; né rileva che in caso di più successori, ciascuno di essi, oltre ad essere partecipe della comunione successiva, lo sia anche di quella originaria, in quanto di tale comunione originaria non è divenuto partecipe in quanto coerede. Né si potrebbe sostenere che è incongruente che il retratto sia negato quando l'alienante è il successore a titolo universale del coerede e sia dato, invece, quando l'alienante è colui che succede per rappresentazione o per sostituzione; in tal caso, infatti, l'alienante non è successore del mancato coerede o del primo istituito, ma è egli stesso erede del soggetto della cui eredità si tratta e, quindi, egli stesso è coerede.

La Cassazione ha, infatti, affermato che la norma dell'art. 732 c.c. comporta una chiara eccezione al principio della successione dell'erede nell'*universum ius* del *de cuius*, e quindi, in conformità alla *ratio* dell'istituto, è da ritenere che il legislatore ne abbia bloccato l'applicazione al nucleo originario, costituito da coloro che fanno parte di quella comunione della cui quota è in corso l'alienazione²⁹⁴. Questo è il titolo che legittima, dal lato passivo, il riscatto e, conseguentemente, fa escludere il riscatto nel caso di alienazione da parte di eredi al coerede; d'altronde, se si intendesse l'art. 732 c.c. nel senso della sua applicabilità anche agli eredi dei coeredi, le conseguenze pratiche dell'attuazione di tale norma sarebbero gravissime e snaturerebbero del tutto le finalità dell'istituto, infatti, la prelazione ed il conseguente riscatto spettano finché dura la comunione ereditaria, per cui sono evidenti le conseguenze negative che in ordine alla circolazione delle quote ed alla certezza dei relativi trasferimenti potrebbero verificarsi nel caso che la comunione restasse ferma per lungo tempo.

294 Cass., 7.9.1978, n. 4048, in *Foro it.*, 1979, I, pag. 1035.

In senso contrario in dottrina²⁹⁵ si è sostenuto che pur mutando gli originari titolari, per la sostituzione degli eredi ai condividenti che muoiano in pendenza dello stato di comunione, sono sempre gli stessi beni caduti originariamente in comunione che devono essere divisi fra tutti gli aventi diritto, originari o subentrati, e l'interesse all'allontanamento di terzi da quella comunione permane anche quando dei nuovi titolari, e cioè gli eredi di un condividente deceduto, subentrino all'uno o all'altro degli originari coeredi.

Sostenendo, invece, che non si possono mettere sullo stesso piano la successione per rappresentazione e la successione degli eredi ad uno degli originari coeredi, non si tiene conto del fatto che la successione per diritto di rappresentazione ha luogo anche nel caso in cui l'erede nominato dal *de cuius*, e che avrebbe, perciò, fatto parte della struttura soggettiva della comunione, non voglia accettare l'eredità, così creando una soluzione non prevista dal testatore; e se il retratto successorio sussiste anche nella ipotesi in cui alcuni degli eredi vengano alla successione *iure representationis*, alterando la struttura soggettiva della comunione prevista dal testatore, non sembra che ricorrano validi motivi per negare l'esistenza di quel diritto quando l'alterazione della struttura soggettiva della comunione è, invece, dovuta alla morte di uno dei condividenti e al subentrare al suo posto degli eredi, perché non è tale da generare differenza di situazione e di trattamento la circostanza che, nel primo caso manchi una precedente *aditio*, mentre nel caso di morte di un coerede e di sostituzione a lui dei suoi successori *in universum ius* l'*aditio* da parte del coerede poi deceduto vi era già stata.

Sempre in dottrina si invoca il fatto che il diritto di prelazione costituisce un diritto di natura patrimoniale e, pertanto, se è vero che l'erede

295 AZZARITI, *In tema di retratto successorio*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, pag. 111.

subentra nell'*universum ius*, ossia nel complesso dei diritti di natura patrimoniale, è innegabile la trasmissibilità anche del diritto di cui si discute²⁹⁶.

Non è contestato che sul retratto successorio, una volta esercitato attraverso la proposizione della relativa domanda giudiziale, non può influire la morte del retraente, sopravvenuta nelle more del giudizio, atteso che il riconoscimento giudiziale del diritto di riscatto deve essere compiuto in base all'accertamento dei presupposti e delle condizioni verificatisi anteriormente al decesso, ed ha effetti destinati pure essi a retroagire ad epoca anteriore a tale momento (quale la data dell'alienazione effettuata in violazione del diritto di prelazione spettante ai coeredi) che così possono essere trasmessi ed invocati dagli eredi del retraente, legittimati a succedere nel processo a norma dell'art. 110 c.p.c.²⁹⁷.

In dottrina²⁹⁸ si è sostenuto che se i coeredi, in vita, avevano acquisito il diritto alla prelazione (in quanto non ancora decorso il bimestre dall'ultima notificazione della proposta di alienazione) o il diritto di riscatto, venendo a morire prima del concreto esercizio dei diritti anzidetti (ed in particolare prima della scadenza del bimestre agli effetti della prelazione) essi trasmetteranno i diritti stessi, iure *hereditario*, ai propri eredi, subentranti nel complesso dei loro rapporti patrimoniali attivi e passivi. Se, invece, gli originari coeredi, già in vita, avevano validamente dichiarato di esercitare la prelazione o il retratto, è intuitivo che i successori universali dei coeredi subiranno le conseguenze economiche e giuridiche derivanti dalle dichiarazioni dei loro autori.

296 IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, pag. 470; AZZARITI, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 732*, in *Giur. it.*, 1988, IV, pag. 271; ID., *Trasmissibilità del diritto di prelazione e di riscatto agli eredi del coerede*, in *Giur. merito*, 1987, I, pag. 909; ID., *Gli eredi del coerede e il diritto di prelazione e di riscatto*, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, pag. 169.

297 Cass., 29.4.1992, n. 5181, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, pag. 55; Cass., 13.7.1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, pag. 1786.

298 ANDREOLI, *op. cit.*, pag. 200.

j) Il retratto

In tutti i casi di violazione dello *ius praelationis* al coerede spetta il diritto di riscatto, che oramai dottrina²⁹⁹ e giurisprudenza³⁰⁰ concordano nel ritenere un diritto potestativo, se per tali si intendono quei poteri in virtù dei quali il loro titolare può ottenere la modificazione di situazioni giuridiche preesistenti o la creazione di nuove nei confronti di terzi.

Per la precisione il riscatto è stato definito un diritto legale all'acquisto, la cui nascita si ricollega alla violazione della prelazione, posto a tutela dell'interesse di determinati soggetti ad essere non solo genericamente preferiti ad altri, ma ad acquistare la proprietà di un bene, nel caso di alienazione dello stesso³⁰¹.

Ai fini del riscatto, a parte l'ipotesi più grave della omissione della *denuntiatio*, è sufficiente che vi sia anche solo una lieve difformità tra il prezzo comunicato e quello risultante dalla vendita al terzo, poiché il legislatore ha imposto la perfetta coincidenza fra *denuntiatio* e vendita al terzo³⁰².

Infatti, per la Cassazione il riscatto può essere esercitato anche nel caso in cui nella *denuntiatio* non si faccia menzione della concessione di una dilazione nel pagamento del prezzo o quando venga esclusa la corresponsione di interessi compensativi, in base alla considerazione che l'art. 1499 c.c. stabilisce che, in mancanza di una contraria previsione contrattuale, ove il prezzo non venga pagato contestualmente alla consegna, decorrono sulla parte residua gli interessi compensativi, per cui l'esonero del compratore dal relativo

299 Per tutti CARPINO, *op. cit.*, pag. 136.

300 Per tutte Cass., 18.3.1987, n. 2721, in *Giur. it.*, 1988, pag. 1020.

301 CARPINO, *op. cit.*, pag. 32 ss..

302 Cass., 2.10.1984, n. 4867, in *Foro it.*, 1984, I. pag. 2976.

obbligo comporta una diminuzione del prezzo in misura pari agli interessi in questione³⁰³.

Relativamente alle modalità di esercizio del riscatto, poiché mancano norme specifiche, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, il riscatto si esercita mediante una dichiarazione unilaterale recettizia e non in via giudiziale, per cui la sentenza che definisce le controversie insorte a seguito di tale esercizio ha natura dichiarativa³⁰⁴. Infatti, il riscatto si esercita, e l'effetto traslativo si realizza, mediante un negozio unilaterale, in quanto la necessità della sentenza per attuare un diritto soggettivo dovrebbe risultare espressamente dalla legge³⁰⁵, e così non è.

Inoltre, l'art. 732, comma 2, c.c., prevede espressamente che se i coeredi che intendono esercitare il diritto di riscatto sono più di uno, la quota è assegnata a tutti in parti uguali. Di fatti, il diritto di riscatto è attribuito singolarmente a ciascun coerede, pertanto, il rapporto processuale derivante dall'esercizio di tale diritto s'instaura esclusivamente tra il riscattante e il terzo acquirente, e l'accoglimento della domanda comporta l'acquisto della quota o di parte della quota alienata solo in favore del coerede riscattante, con la conseguenza che non è necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri coeredi³⁰⁶.

Oltre che in ordine alle modalità di esercizio del riscatto, le norme tacciono anche sugli effetti che esso produce.

303 Cass., 11.9.1972, n. 2724, in *Riv. dir. agr.*, 1973, II, pag. 23. In dottrina: ROMOLI, *In tema di diritto di prelazione ed interessi*, in *Riv. dir. agr.*, 1973, II, pag. 23.

304 Cass., 27.4.2005, n. 8776; Cass., 10.5.2000, n. 534, in *Dir. giur. agr.*, 2001, pag. 43; Cass., 29.11.1996, n. 10653.

305 CARPINO, *op. cit.*, 40.

306 Cass., 19.2.1986, n. 1026; Cass., 13.1.1983, n. 246.

In giurisprudenza prevale la tesi secondo la quale tale effetto consisterebbe nella sostituzione del retraente, con efficacia *ex tunc*, all'acquirente nel contratto stipulato senza il rispetto del diritto di prelazione³⁰⁷.

In dottrina, invece, si registrano posizioni contrastanti.

Taluno³⁰⁸ sostiene che il riscatto determinerebbe il sorgere, probabilmente con efficacia retroattiva, di un rapporto contrattuale di vendita tra il titolare del diritto di prelazione leso ed il soggetto che, pur essendo obbligato a preferirlo nell'acquisto, ha alienato il bene ad un terzo. Di conseguenza, il contenuto del corrispondente regolamento di interessi si modellerebbe integralmente su quello del contratto di alienazione intervenuto tra obbligato alla prelazione e primo acquirente.

In senso contrario, però, si è rilevato che appare difficilmente comprensibile come tra il retraente ed il soggetto che era tenuto alla prelazione possa concludersi, a seguito della dichiarazione di riscatto emessa dal primo nei confronti del terzo, una vendita che, tra l'altro, non sarebbe caratterizzata dal versamento del prezzo³⁰⁹.

Per altri³¹⁰, invece, sembra preferibile ritenere, in conformità alla formulazione delle varie norme in tema di prelazione legale, che, a seguito dell'esercizio del riscatto, si realizza un trasferimento, con effetti *ex nunc*, dal retrattato al retraente.

In altre parole, il retratto opererebbe come causa di acquisto successivo rispetto all'acquisto precedente³¹¹.

307 Cass., 12.5.1999, n. 4703, in *Giur. it.*, 2000, pag. 1185; Cass., 11.5.1993, n. 5374, in *Giust. civ.*, 1994, I, pag. 1369; Cass., 28.4.1992, n. 5066; Cass., 16.3.1984, n. 1809, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, pag. 512.

308 LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, Milano, 1987, pag. 211 ss.

309 TRIOLA, *op.cit.*, pag. 350.

310 CARPINO, *op. cit.*, pag. 10 ss.

311 FORCHIELLI-ANGELONI, *op. cit.*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2000, pag. 280.

Infine, in ordine alle modalità di esercizio del riscatto, nel silenzio del codice civile, si invoca il principio della libertà della forma, salva l'esigenza della forma scritta quanto la quota comprenda beni immobili³¹². E come tutti i diritti potestativi, si esercita con dichiarazione comunicata alla parte interessata, avente naturale negoziale recettizia.

k) Prescrizione del diritto di retratto

La disciplina della prelazione successoria pone, infine, all'interprete un problema in ordine all'assoggettamento o meno dello *ius retractionis* a prescrizione.

In via generale non dovrebbe escludersi l'assoggettamento del diritto del prelazionario alla prescrizione ordinaria, considerata la sua natura di diritto soggettivo, sia se lo si configuri come la componente di un unico diritto, di natura obbligatoria *ad rem*, comprendente anche lo *ius praelationis*, o come autonomo diritto soggettivo, sempre caratterizzato dalla sequela *ad rem*, cui è stata attribuita natura di diritto potestativo.

Il dubbio nasce, invece, per il retratto successorio atteso che l'art. 732 c.c. stabilisce che “in mancanza della notificazione” e, cioè nei casi in cui il coerede non sia stato messo in grado di esercitare tempestivamente il diritto di prelazione, “i coeredi hanno diritto di riscattare la quota dall'acquirente e da ogni successivo avente causa, finché dura lo stato di comunione ereditaria”, e proprio ciò estenderebbe l'esperibilità del retratto per tutto il tempo in cui perdura lo stato di comunione, indipendentemente da qualsiasi prescrizione.

Infatti, quando, come nel caso dell'art. 732 c.c., il legislatore ricollega espressamente al verificarsi di un determinato evento il termine finale per

312 FORCHIELLI-ANCELONI, *op. cit.*, 273.

l'esercizio di un diritto, ciò non può che significare che ha voluto sottrarre tale diritto alla normale estinzione per prescrizione³¹³.

Inoltre, se il retratto successorio costituisce un mezzo per evitare l'eccessivo frazionamento della proprietà ereditaria in sede di divisione, è conforme a tale *ratio* ritenere non soggetto a prescrizione il diritto in questione e consentire senza limiti di tempo la possibilità per i coeredi di ridurre il numero dei condividenti estromettendo l'acquirente di una quota dalla comunione³¹⁴.

Dunque, secondo l'opinione prevalente in dottrina, il diritto di retratto continua a sussistere fin tanto che duri lo stato di comunione, e così come non si prescrive il diritto di chiedere la divisione, così non si prescrive il diritto di esercitare il riscatto.

Ma in considerazione del fatto che la posizione del coerede in ordine alla prelazione ed al retratto è da ascrivere al novero dei diritti soggettivi e in considerazione, altresì, della regola generale per cui tutti i diritti soggettivi sono soggetti alla prescrizione ordinaria, salvo soltanto un'espressa deroga legale³¹⁵, la Suprema Corte di Cassazione³¹⁶ ha, invece, affermato che la permanenza dello stato di comunione ereditaria è soltanto un presupposto essenziale per l'esercizio del diritto di prelazione e della relativa azione di retratto, per cui ove esso venga meno non è più esercitabile, e tale presupposto opera pur sempre nell'ambito della prescrizione, che è istituto di carattere generale, con la conseguenza che il diritto di retratto, se non esercitato, si estingue con il decorso di dieci anni³¹⁷.

313 TRIOLA, *Retratto successorio e prescrizione*, in *Giur. agr.*, 1987, pag. 155.

314 TRIOLA, *op. cit.*, in *Giur. agr.*, 1987, pag. 155.

315 Art. 2934 c.c..

316 Cass., 23.1.1988, n. 519; Cass., 23.7.1986, in *Giur. agr.*, 1987, pag. 154; Cass., 26.3.1979, n. 1761; Cass., 12.10.1968, n. 3241.

317 Cass., 26.3.1979, n. 1761.

Nell'enunciare tale massima la giurisprudenza fa decorrere la prescrizione dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, ossia da quando è stato concluso il contratto di trasferimento della quota o di parte di essa.

Ma a tale soluzione sembra preferibile l'applicazione analogica della regola dettata in tema di prelazione agraria secondo cui, la decorrenza del termine, sia pure di natura decadenziale e molto più breve, sancito per il retratto del conduttore, è fissata non già alla data dell'atto, bensì da quella della sua trascrizione.

Il riferimento a quest'ultimo strumento appare senza dubbio giustificato anche con riferimento al retratto successorio, sempre che la comunione ereditaria comprenda anche beni immobili o mobili registrati, potendosi solo ad esso riferire il momento della conoscibilità, da parte del coerede, dell'atto di alienazione compiuto dall'altro coerede. In alternativa al riferimento alla trascrizione, e anche in considerazione dei casi di comunione ereditaria comprendente solo beni mobili non registrati, deve ritenersi che la prescrizione dello *ius retractionis* decorra non dalla data dell'atto, ma da quella della sua conoscenza da parte del prelazionario.

2. La prelazione nell'impresa familiare

A cavallo tra i casi di prelazione propria e quelli di prelazione impropria, si colloca la nuova figura della prelazione nell'impresa familiare, disciplinata dall'art. 230 *bis* c.c., introdotto dalla legge n. 151/1975³¹⁸.

Detta norma nel sancire il diritto del familiare, che presta in modo continuativo il proprio lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare, al mantenimento adeguato, alla partecipazione agli utili e alla partecipazione al potere decisionale, lo rafforza, al successivo comma 5, statuendo che, in caso

318 Riforma del diritto di famiglia.

di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda, i partecipanti hanno diritto di prelazione sull'azienda, la cui concreta attuazione è, poi, garantita attraverso il rinvio alle disposizioni dettate in materia di prelazione ereditaria, di cui all'art. 732 c.c., nei limiti in cui esse risultano compatibili.

Tale diritto, fonte di accesi dibattiti, sia in dottrina, che in giurisprudenza, ha suscitato non pochi problemi ermeneutici ed applicativi, in qualche misura anche risolti.

Tra questi assume particolare rilievo quello relativo alla individuazione del fondamento della prelazione, conseguente alla misura e alla intensità della tutela riconosciuta all'interesse del prelazionario.

Il sussistere di un interesse ricollegabile al valore della famiglia e il richiamo testuale dell'art. 732 c.c., inducono ad un primo esame a configurare la prelazione in oggetto come prelazione propria, da collocare su di un piano parallelo a quello della prelazione successoria.

Infatti, in dottrina³¹⁹, proprio in considerazione del richiamo, contenuto nell'art. 230 *bis* c.c., all'art. 732 c.c., si è ritenuto ragionevole pensare che, nell'intenzione del legislatore, tra le due figure di prelazione intercorra un rapporto da *genus* a *species* tale da postulare, sotto il profilo del fondamento, un minimo comune denominatore unitario, da individuare nella salvaguardia di un interesse di gruppo, che nell'art. 732 c.c. è l'insieme dei coeredi, nell'art. 230 *bis* c.c. è l'impresa familiare.

Conclusione questa giustificata da un'ulteriore considerazione: laddove si ammettesse una assoluta eterogeneità, quanto a fondamento, tra le due figure di prelazione, diverrebbe ardua, se non impossibile, la valutazione di compatibilità, affidata all'interprete dall'inciso finale dell'art. 230 *bis*, comma 5, c.c..

319 BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. notar.*, 1981, pag. 811.

Nella individuazione del fondamento specifico della prelazione in tema di impresa familiare non si potrebbe, poi, prescindere dal disposto dell'art. 8, comma 3, legge n. 590/1965, ai sensi del quale qualora il trasferimento a titolo oneroso sia proposto per quota di fondo da un componente la famiglia coltivatrice, sia in costanza di comunione ereditaria, che in ogni altro caso di comunione familiare, gli altri componenti hanno diritto alla prelazione sempre che siano coltivatori manuali o continuino l'esercizio della impresa familiare in comune.

Le affinità tra tale disposizione e quella dell'art. 230 *bis*, comma 5, c.c. sono tanto evidenti che verrebbe da domandarsi se la prima norma possa ormai considerarsi assorbita nel più ampio ambito di operatività della seconda.

Di sicuro, le due norme postulerebbero una identica concezione dell'impresa familiare, da intendere come organismo economico di carattere associativo, e si ispirano al medesimo fondamento specifico, ossia lo scopo di consentire la continuazione dell'impresa familiare, anche se questo viene esplicitato soltanto nella prima di tali norme.

Contro la tesi che configura la prelazione nell'impresa familiare come prelazione propria è stato, però, rilevato che qui, diversamente da quanto è dato riscontrare nella disciplina della prelazione successoria, rilevano valori attinenti all'impresa e al lavoro dei partecipanti, che del resto costituisce il fondamento primario dell'intero istituto dell'impresa familiare. Ciò che la prelazione mira a risolvere, non è tanto un conflitto tra proprietà del terzo acquirente o dell'altro dividendo e proprietà del prelazionario, come nella prelazione successoria, quanto piuttosto un conflitto tra proprietà e impresa, volendo il legislatore favorire la riunione della prima alla seconda e, perciò, anteporre il valore dell'impresa a quello della proprietà.

La preminenza riconosciuta all'impresa e alla continuità dell'impresa consente, quindi, di risolvere i dubbi esegetici suscitati dal silenzio della legge in ordine a questioni come quella dell'operatività o meno dello strumento nei confronti di alienazioni o attribuzioni divisorie che contemplino non l'intera azienda, ma solo una quota di essa³²⁰. Scopo dell'istituto è, dunque, quello di favorire in linea di tendenza la riunione della proprietà all'impresa³²¹, anche se tale riunione si delinea attraverso distinti momenti logici diluiti nel tempo, per cui non sembra dubitabile che la prelazione trovi applicazione anche nei riguardi di alienazioni o attribuzioni divisorie investenti soltanto una parte dell'azienda.

Naturalmente, la riunione della proprietà all'impresa come funzione immanente alla prelazione di cui all'art. 230 *bis* c.c. non esclude affatto che alla base della normativa sia da ravvisare, come fondamento concorrente, la tutela dell'interesse di una comunità che gli stessi principi costituzionali elevano al rango di elemento basilare della società, quale la famiglia³²².

Tuttavia, l'individuazione di un duplice fondamento della figura in esame, se può concorrere alla soluzione di singoli problemi applicativi, non è, però, sufficiente a giustificare l'inquadramento della stessa nell'area della prelazione propria, cui potrebbe essere ricondotta in ragione delle affinità con la prelazione successoria o in quella della prelazione impropria, cui potrebbe essere ricondotta in ragione della rilevanza del valore dell'impresa.

Il problema deve, invece, essere risolto facendo riferimento alla disciplina positiva dettata dal legislatore del 1975, che in verità non sembra

320 Principio per altro affermato anche con riferimento alla prelazione agraria dell'affittuario ed a quella dell'art. 732. Cass., 11.1.1979, n. 220.

321 D'ORAZI, *op. cit.*, pag. 209, a proposito dell'art. 732 c.c. La tensione alla protezione di un interesse collettivo (familiare) rappresenta, appunto, l'elemento comune più importante fra art. 732 e 230 *bis* c.c..

322 VITUCCI, *Prelazione e redistribuzione della proprietà in agricoltura*, in *Giur. agr. it.*, 1978, I, pag. 221 ss..

riconoscere al prelazionario una tutela in più rispetto alla preferenza a parità di condizioni, che, come detto, costituisce l'essenza della prelazione pura³²³.

a) Natura giuridica

Altra questione che ha per lungo tempo impegnato la dottrina è stata quella relativa alla natura giuridica della figura in questione: natura reale o obbligatoria. In altri termini, ci si è chiesto se fosse possibile applicare o no il retratto, vale a dire riconoscere al familiare titolare del diritto di prelazione la possibilità di riscattare l'azienda dall'acquirente e da ogni suo avente causa.

Secondo un primo orientamento³²⁴, la prelazione in questione ha natura reale ed è, perciò, assistita dal diritto di retratto perché, innanzitutto è mutuata dalla prelazione del coerede, *ex art. 732 c.c.*, che prevede il retratto³²⁵ e poi perché è un caso di prelazione legale e come tale è sempre reale, a differenza della prelazione convenzionale che ha carattere obbligatorio.

Secondo un'altra opinione³²⁶, il retratto si applicherebbe solo al trasferimento dell'azienda, poiché, nella divisione ereditaria i prelazionari partecipano all'atto divisionale e, compiuta la divisione, i condividenti che hanno aderito non hanno più ragione per reclamare. In caso di trasferimento, però, sorge un problema, l'art. 732 c.c. consente il retratto "finché dura lo stato di comunione ereditaria", la quale non sussiste nell'ipotesi del trasferimento di azienda; allora occorre verificare se, in via interpretativa, dalla disciplina dell'impresa familiare sia ricavabile un altro termine entro il quale esercitare il riscatto dell'azienda. Tale momento è stato individuato, da detta dottrina, in

323 MOSCARINI, *op. cit.*, in *Enc. dir.*, pag. 1008 ss..

324 GALGANO, BIANCA, GHIDINI, MESSINETTI, CECCONI, AUCIELLO-BADIALI-IODICE-MAZZEO, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000, pag. 599.

325 Cass., 16.1.2004, n. 631, in *Riv. notar.*, 2005, pag. 490.

326 OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO-OPPO- TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, pag. 515.

quello della liquidazione in denaro della partecipazione nell'impresa familiare, che consegue all'alienazione dell'azienda. È in questo momento, infatti, che il partecipante all'impresa familiare deve scegliere se accettare la liquidazione, rinunciando al riscatto dell'azienda o, viceversa, esercitare il diritto di retratto.

In senso contrario³²⁷, si è osservato che, mancando un termine di legge per il suo esercizio, l'interprete non è autorizzato a stabilirne uno qualunque, essendo ciò consentito solo al legislatore, per cui ogni soluzione alternativa sarebbe arbitraria, perché diversa da quella prevista dalla legge per l'esercizio del retratto successorio, oltre che contraria ai principi di certezza delle situazioni giuridiche.

Si è, altresì, sostenuto³²⁸ che il voler ammettere l'esercizio del riscatto finché dura la partecipazione dei familiari all'impresa comune, analogamente a quanto prevede l'art. 732 c.c. con riferimento alla comunione ereditaria, sarebbe soluzione non solo concettualmente arditissima, ma vuota di contenuto pratico, giacché, l'alienazione dell'azienda pone fine a quel rapporto.

Dunque, poiché, nel caso di trasferimento dell'azienda non vi è comunione, ciò è sufficiente a far ritenere il retratto incompatibile con tale prelazione, per cui ai familiari, in caso di inadempimento dell'alienante all'obbligo di preferire, spetterà unicamente il risarcimento dei danni.

b) Ambito di applicabilità della prelazione nell'impresa familiare

Il comma 5 dell'art. 230 *bis* c.c., come già detto, prevede la prelazione in due ipotesi, profondamente diverse tra di loro, entrambe, però, volte a

327 ARENIELLO, *Impresa familiare: la prelazione nella divisione ereditaria. L'esercizio della prelazione*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 85.

328 OPPO, *op. cit.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, pag. 515.

favorire la continuazione dell'impresa familiare: in caso di divisione ereditaria e in caso di trasferimento dell'azienda.

Per quanto riguarda la fattispecie della divisione ereditaria, come è stato osservato in dottrina³²⁹, essa suscita diverse ed inevitabili perplessità, dal momento che, già a livello definitorio, la prelazione viene tradizionalmente collegata ai negozi di alienazione. Per cui un primo problema che si pone è come deve essere intesa l'espressione "divisione ereditaria".

Premesso che essa non va riferita all'azienda, ma all'intero patrimonio dell'imprenditore caduto in comunione ereditaria, secondo alcuni autori³³⁰ deve essere intesa estensivamente, in modo da ricomprendervi anche l'ipotesi di divisione fra legatari. Secondo altri³³¹, invece, la prelazione non si applica quando l'imprenditore abbia disposto per testamento dell'azienda a titolo di legato, di *institutio ex re certa*, di norme stabilite dal testatore per la divisione, in caso di divisione fatta dal testatore, perché in queste ipotesi si deve ritenere che prevalga la volontà testamentaria, in mancanza di espressa deroga di legge.

Per quanto riguarda l'individuazione delle ipotesi che danno luogo alla prelazione, si è sostenuto³³² che il legislatore ha inteso riferirsi all'ipotesi di vendita da parte dei coeredi dell'azienda destinata all'impresa familiare: la prelazione scatterebbe, quindi, in caso di trasferimento dell'azienda a scopo di divisione ad un estraneo. In questo caso i compartecipanti, siano essi eredi o meno, avrebbero il diritto di prelazione, mentre il coerede, partecipante o non partecipante, non avrebbe autonoma prelazione o preferenza nell'ambito dei partecipanti, essendo l'ipotesi estranea alla disciplina dell'art. 732 c.c..

329 FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 21.

330 DE RUBERTIS, *La prelazione di cui all'art. 230 bis del c.c.*, in *Vita not.*, 1983, II, 1238 ss..

331 ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 82.

332 GHIDINI, *L'impresa familiare*, Padova, 1977, pag. 86 ss..

Secondo un altro orientamento³³³, il diritto di prelazione nell'ipotesi di divisione ereditaria presuppone che, in caso di morte dell'imprenditore, vi siano tra i coeredi anche soggetti che non partecipano all'impresa familiare; se ciò si verifica, il familiare collaboratore che sia stato chiamato all'eredità ha, con riferimento all'azienda, solo un diritto di preferenza nella formazione delle porzioni dei beni ereditari, che si attuerà al momento della divisione e non è, perciò, titolare di alcun diritto ad essere preferito nella stipulazione di un futuro contratto; in tale prospettiva non si potrebbe parlare di prelazione in senso tecnico e l'ipotesi, invece, sarebbe molto simile a quella disciplinata nell'art. 720 c.c. che contempla il caso in cui un oggetto di divisione sia un immobile non facilmente divisibile.

In senso contrario si è invocato³³⁴ il tenore letterale dell'art. 230 *bis*, comma 5, c.c.: se è vero che esso non va sopravvalutato, è anche vero che il dato di partenza che è offerto dal testo della norma è rappresentato dal duplice collegamento fra diritto di prelazione, da una parte, e divisione ereditaria e trasferimento dell'azienda, dall'altra, il che rende evidente come il legislatore si sia mosso nell'ambito di una visione unitaria del congegno tecnico adottato. Del resto, in tale disposizione è contenuto un espresso, sebbene generico, richiamo all'art. 732 c.c., che è una norma che si fonda su di una situazione di conflittualità fra più potenziali acquirenti di quota ed è proprio alla composizione di tale conflittualità che lo strumento della prelazione è destinato³³⁵.

Va ricordato, altresì, che, secondo altro orientamento³³⁶, la prelazione sussisterebbe anche in caso di divisione giudiziale, non essendo insormontabili

333 GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Trieste, 1981, pag. 50 ss..

334 ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 73.

335 MESSINETTI, *La prelazione del partecipante all'impresa familiare*, in AA.VV., *Prelazione e retratto*, Milano, 1988, pag. 119.

336 BUSNELLI, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 1981, pag. 811.

le difficoltà relative alla determinazione delle modalità del suo esercizio. Infatti, l'esercizio della prelazione in caso di divisione ereditaria costituirebbe, nella *ratio* dell'art. 230 *bis*, comma 5, c.c., uno strumento residuale di tutela dei partecipanti all'impresa familiare. È indubbio, che la norma miri ad incentivare, in sede di divisione, il ricorso ad una assegnazione preferenziale dell'azienda a uno o più fra i coeredi partecipi. Quando ciò non sia possibile, non è escluso che si faccia luogo alla vendita all'incanto dell'azienda, *ex art.* 720, ultima parte, c.c., con possibilità da parte dei partecipi non coeredi di esercitare la prelazione. Soltanto quando nessuna di queste eventualità si verifichi e si giunga ad una divisione che assegni l'azienda a un coerede non partecipe, i partecipanti all'impresa familiare dovranno essere posti in condizione di esercitare, tutti insieme o singolarmente, il loro diritto di prelazione nei confronti di tale divisione.

Infine, in considerazione del fatto che l'art. 230 *bis*, comma 5, c.c. fa espressa menzione della divisione ereditaria, è sorto il problema se la prelazione sia da escludere nel caso di divisione ordinaria.

Si è, in proposito, affermato³³⁷ che l'elemento letterale sembra di per sé insufficiente, perché se si è previsto espressamente l'operatività del diritto di prelazione nella divisione ereditaria, ciò è stato fatto solo per affermare la necessità di ricomprendere la divisione ordinaria nel novero di quegli atti sui quali il titolare della prelazione può incidere. In altri termini, il fatto che il legislatore abbia incluso la divisione ereditaria nel novero degli atti che legittimano l'esercizio del diritto di prelazione, lascia chiaramente intendere che la divisione ordinaria debba ritenersi compresa nelle singole fattispecie di prelazione.

337 ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 82.

Ma probabilmente, invece, il legislatore ha parlato di divisione ereditaria, in quanto non è concepibile la comunione di una impresa familiare³³⁸.

Per quanto concerne poi la fattispecie del trasferimento d'azienda, essa è in tutto simile a quelle oggetto delle altre previsioni normative di prelazione, sostanziandosi nel diritto ad acquistare in luogo del terzo a parità di condizioni. Si discute, però, su cosa debba intendersi per trasferimento dell'azienda.

Vi è, infatti, unanimità solo nel ricomprendere in questa categoria le cessioni volontarie a titolo oneroso *inter vivos* della proprietà dell'azienda, poste in essere dall'imprenditore. Così, mentre alcuni escludono la prelazione in caso di transazione o vendita all'asta, altri, invece, l'ammettono. Correttamente si è evidenziato in dottrina che il richiamo all'art. 732 c.c. presuppone non solo che l'alienazione, cui la prelazione si riferisce, sia a titolo oneroso, ma anche che la prestazione corrispettiva sia fungibile e, quindi, suscettibile di essere procurata all'alienante, oltre che dal terzo con cui egli abbia contrattato, anche dall'avente diritto a prelazione, senza che la sostituzione incida sulla sostanza economica degli interessi dell'alienante³³⁹.

Oggetto della prelazione è l'azienda, ossia quell'insieme di beni con cui è stata esercitata l'impresa familiare; ne consegue che non opera la prelazione, ove il trasferimento abbia ad oggetto singoli beni aziendali, salvo che l'importanza del bene sia tale da identificarlo con l'intera azienda; ammissibile è, invece, la prelazione su un ramo dell'azienda, stante l'idoneità dello stesso allo svolgimento dell'attività d'impresa³⁴⁰.

338 TRIOLA, *op. cit.*, pag. 50.

339 ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 1998, pag. 79.

340 OPPO, *op. cit.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, pag. 507.

Più controversa è, invece, la soluzione nel caso in cui si alieni la quota di comproprietà dell'azienda. Una prima tesi³⁴¹ propende per la soluzione negativa, perché, dato il silenzio della legge al riguardo, sembra che il legislatore non abbia voluto creare interferenze fra comunisti e familiari partecipanti. Una seconda tesi³⁴², invece, sostiene la soluzione positiva, perché in tutte le ipotesi di prelazione è possibile, attraverso l'acquisto della quota, iniziare a realizzare, anche se in parte, le finalità che la legge prevede per quel tipo di prelazione.

c) I titolari del diritto

Mentre per il trasferimento dell'azienda non sembrano sussistere dubbi in ordine alla individuazione dei titolari del diritto di prelazione, per cui i soggetti cui spetta il diritto di prelazione sono tutti i familiari-lavoratori, indipendentemente dalla quantità e qualità del lavoro che hanno prestato nell'azienda, e può essere esercitato da tutti i lavoratori o anche ad opera di uno solo o di alcuni di essi., dubbi, invece, sono stati sollevati relativamente alla divisione ereditaria.

Secondo un primo orientamento³⁴³, sostenuto dalla prevalente dottrina, solo i partecipanti all'impresa familiare, che siano anche coeredi, possono esercitare la prelazione. Ciò perché l'art. 230 *bis* c.c. richiama l'art. 732 c.c. sulla prelazione fra coeredi; poi perché l'art. 757 c.c. dispone che con la divisione ogni coerede è reputato solo ed immediato successore dei beni del *de cuius*, e questa successione al defunto può verificarsi solo per chi sia coerede. Dato che si divide l'intero asse ereditario, tutti i beni in esso

341 OPPO, *op. cit.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, pagg. 506-507.

342 CORSI, *op. cit.*, in *Notariato*, 1998, pag. 79.

343 OPPO, *op. cit.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, pag. 514.

compreso, perciò, anche l'azienda, devono essere attribuiti a coloro che saranno i successori del *de cuius*, cioè gli eredi; infine perché sorgerebbero numerosi problemi dal far partecipare alla divisione ereditaria soggetti estranei alla comunione, quali appunto i partecipanti non coeredi.

Dunque, la volontà del legislatore sarebbe quella di far ottenere l'intera azienda ai quei coeredi che hanno partecipato all'impresa familiare: la prelazione in sede di divisione ereditaria presuppone, infatti, uno stato di comunione ereditaria e può essere fatta valere solo nei confronti di chi pure appartiene alla comunione, e cioè dei coeredi. In altre parole, la legge ha attribuito ad alcuni degli eredi dell'imprenditore una preferenza rispetto agli altri, riservando ad essi la proprietà dell'azienda nella quale hanno prestato la propria attività lavorativa.

In senso contrario³⁴⁴, invece, si sostiene che basterebbe la qualità di partecipanti all'impresa familiare per poter esercitare la prelazione, sebbene questi soggetti non siano anche coeredi. Facendo leva sul dato testuale dell'art. 230 *bis*, comma 5, c.c., che non contiene alcuna limitazione, si è osservato che la possibilità, in caso di divisione ereditaria, di estromettere dall'azienda il coerede non compartecipe sta ad indicare che la norma tutela l'interesse alla destinazione dell'azienda all'impresa familiare come prevalente sull'interesse del coerede alla porzione reale dell'asse ereditario. La preminente tutela del primo interesse impone allora di riconoscere coerentemente che il diritto di prelazione spetta a tutti i compartecipi all'impresa, anche se non coeredi.

d) Le modalità di esercizio della prelazione

Per quanto concerne le modalità di esercizio del diritto di prelazione, la legge si limita ad un laconico rinvio alla disposizione dell'art. 732 c.c., da

³⁴⁴ ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 73.

ritenersi applicabile nei limiti in cui risulti compatibile con la disciplina dell'impresa familiare.

Ciò significa che l'imprenditore, nel caso di trasferimento dell'azienda, deve provvedere alla notifica della proposta di alienazione, completa in ogni suo elemento, ai familiari partecipanti, i quali, se desiderano approfittarne, dovranno esercitare il diritto di prelazione entro due mesi dall'ultima delle notificazioni³⁴⁵.

Se la prelazione è esercitata da più legittimati, l'azienda dovrebbe essere acquistata in parti uguali.

Per la divisione ereditaria la questione della compatibilità con l'art. 732 c.c. è, invece, più complessa. Bisogna, innanzitutto, risolvere il problema se la prelazione in caso di divisione ereditaria sia prelazione in senso tecnico o solo un criterio ordinante. Al riguardo sono emerse diversi orientamenti fra quelli più seguiti in dottrina.

Secondo la tesi prevalente, non si tratta di prelazione in senso proprio, ma solo di un criterio ordinante per meglio comporre le quote dei coeredi³⁴⁶. Analogamente agli articoli 720 e 722 c.c., che dettano un criterio di preferenza nella formazione delle porzioni ereditarie, l'art. 230 *bis* c.c. per la divisione ereditaria avrebbe previsto una preferenza per i collaboratori-eredi dell'imprenditore nell'assegnazione dell'azienda.

Una seconda tesi, sostenuta dal solo Ghidini³⁴⁷, ritiene che la prelazione nella divisione ereditaria si avrebbe nell'ipotesi di vendita da parte dei coeredi, a scopo di divisione, dell'azienda destinata ad impresa familiare, ad un terzo estraneo all'impresa familiare. In tal caso i partecipanti all'impresa familiare,

345 ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 83.

346 GABRIELLI - OPPO, *Sull'art. 230 bis c.c.*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, 1992, pag. 509.

347 GHIDINI, *L'impresa familiare*, Padova, 1977, pag. 66 ss.

siano o no coeredi, avrebbero prelazione su tutti gli altri soggetti, anche coeredi. La critica mossa a questa opinione è che così si convertirebbe questa prelazione in un caso di trasferimento, togliendo autonomo rilievo all'ipotesi di prelazione nella divisione ereditaria prevista dal 230 *bis* c.c..

Infine, secondo altri³⁴⁸ sarebbe una vera e propria ipotesi di prelazione in senso tecnico, poiché l'art. 230 *bis* c.c. parla di prelazione unitariamente, sia per il trasferimento di azienda, che per la divisione ereditaria. Inoltre, la prelazione è strumento volto a comporre il conflitto fra più potenziali acquirenti, come fa anche l'art. 732 c.c. che viene richiamato dall'art. 230 *bis* c.c.. L'art. 720 c.c., invece, esclude potenziali conflittualità fra soggetti estranei all'eredità. Del resto, se fosse applicabile l'art. 720 c.c., non ci sarebbe stato bisogno di prevedere l'art. 230 *bis*, comma 5, c.c. per la divisione ereditaria. L'applicabilità dell'art. 720 c.c. comporterebbe, quindi, l'abrogazione tacita dello stesso art. 230 *bis* c.c. nella parte in cui collega la divisione ereditaria e la prelazione.

L'accoglimento di quest'ultima tesi, però, comporta molti problemi nel caso in cui non ci sia coincidenza fra la figura degli eredi partecipanti alla divisione e quella dei partecipanti all'impresa familiare - prelazionari.

Orbene, se si aderisce alla tesi secondo la quale la prelazione è solo un criterio ordinante che compone il conflitto nella divisione fra coeredi, non vi sarà onere di notifica, né esercizio della prelazione entro un certo termine, in quanto non si applicherà l'art. 732 c.c..

Se la si configura, invece, come vera prelazione, allora bisognerà procedere alla notifica della proposta di divisione, come per l'art. 732 c.c..

L'onere di notificazione, però, in questo caso avrebbe per contenuto una mera partecipazione, esso, cioè, assolverebbe semplicemente la funzione di

348 ARENIELLO, *op. cit.*, in *Riv. notar.*, 2002, pag. 76.

informare gli aventi diritto che esistono i presupposti per l'esercizio della prelazione, nel senso che è stato deciso lo scioglimento della comunione³⁴⁹.

3. La prelazione agraria

L'espressione prelazione agraria indica il diritto di prelazione del coltivatore, ossia il diritto di essere preferito al terzo nell'acquisto del fondo rustico che il proprietario intende alienare.

La prelazione agraria è stata introdotta nel nostro ordinamento dalla legge n. 590/1965 che all'art. 8 la prevede a favore del coltivatore diretto conduttore del fondo offerto in vendita, oltre che ai componenti la famiglia coltivatrice per il caso di vendita di quota di comproprietà del fondo da parte di altro componente.

Successivamente si è aggiunta la legge n. 817/1971 che all'art. 7 l'attribuisce al proprietario di fondo confinante con quello offerto in vendita, nonchè alle cooperative agricole.

Da ultimo il decreto legislativo n. 99/2004, all'art. 2 estende la prelazione del conduttore del fondo e quella del proprietario confinante anche alle società agricole di persone.

Diversa è, però, la *ratio* delle disposizioni.

La prelazione del conduttore del fondo tende alla promozione della proprietà coltivatrice mediante l'unificazione nella stessa persona della titolarità dell'impresa agricola con la proprietà del terreno su cui l'impresa è esercitata e rappresenta un esplicito riconoscimento del lavoro svolto sul fondo altrui³⁵⁰.

349 MESSINETTI, *op. cit.*, in AA.VV., *Prelazione e retratto*, Milano, 1988, pag. 119.

350 Cass., 10.12.1994, n. 10586. In dottrina: BASSANELLI, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del I Convegno internaz. di dir. agr.*, Milano, 1954, pag. 601 ss..

La prelazione del proprietario confinante supera, invece, i limiti della struttura produttiva così come esistente, tendendo a realizzare un accorpamento del fondo offerto in vendita con quello già in proprietà del titolare della prelazione, perseguendo così l'espansione di aziende già in proprietà diretto coltivatrice e contemporaneamente una ricomposizione fondiaria spontanea³⁵¹.

La prelazione dei componenti la famiglia coltivatrice, prevista dal comma 3, dell'art. 8 della legge 590/1965, risponde a un disegno più particolare, avendo fondamento nell'impresa familiare e mirando alla conservazione della proprietà del fondo nella titolarità dei partecipanti all'impresa medesima. Ma l'istituto assume una dimensione più significativa se viene considerato nell'insieme delle varie ipotesi prelazionali, in quanto concretizza un regime di circolazione giuridica dei fondi rustici, caratterizzato dal fatto che l'acquisto, tramite la regola della preferenza, viene tendenzialmente riservato a chi già sia coltivatore diretto, e tende, attraverso un controllo dell'accesso alla proprietà, a promuovere la formazione della proprietà coltivatrice³⁵².

La prelazione è, dunque, un istituto di ordine pubblico³⁵³, infatti, l'inderogabilità della disciplina e l'invalidità di una rinuncia al diritto attuata in via generale e astratta sono poste a tutela della collettività, al precipuo fine del corretto funzionamento dell'istituto stesso e del raggiungimento degli scopi sociali e di politica agraria ed economica che il legislatore ha inteso perseguire³⁵⁴.

351 Cass., 15.5.2001, n. 6715; Cass., 1.3.1995, n. 2309; Cass., Sez.Un., 18.10.1986, n. 6123.

352 CASAROTTO, *Profili sistematici della prelazione agraria*, in *Uno studio e due note in tema di prelazione agraria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, pag. 415 ss.

353 Cass., 3.6.1991, n. 6227.

354 Cass., 13.6.1992, n. 7244.

La prelazione, come originariamente introdotta dall'art. 8 della legge n. 590/1965, era interamente plasmata sulla figura del coltivatore diretto, quale soggetto che svolge un'attività di coltivazione, con la partecipazione dei propri familiari³⁵⁵. Un'attività riconosciuta, garantita e tutelata anche dalla Costituzione la quale, al fine di rimuovere gli ostacoli che rendono l'acquisizione della proprietà più agevole per determinate categorie, legittima condizioni di privilegio per queste ultime, con corrispondente sacrificio dell'interesse all'accesso alla proprietà agraria da parte di soggetti estranei alla categoria medesima³⁵⁶.

La disciplina del diritto di prelazione, così strutturata, si è conservata sostanzialmente inalterata fino ai provvedimenti più recenti, quali il decreto legislativo n. 228/2001 e la legge n. 441/1998 sul concorso delle prelazioni di più confinanti, ispirato al *favor* per l'imprenditoria giovanile e poi, ultimo, il decreto legislativo n. 99/2004 sull'estensione della prelazione alle società di persone.

Fino a questi interventi, l'istituto è, infatti, rimasto sostanzialmente insensibile alle evoluzioni che in questi decenni hanno caratterizzato gli indirizzi agricoli sia comunitari, che nazionali, manifestando così una non trascurabile arretratezza, in particolare a causa della sua attribuzione a una tipologia di beneficiario sempre legata e condizionata da una figura, quella appunto del coltivatore diretto, fossilizzata nella definizione dell'art. 31 della legge 590/1965, che risulta ormai lontana dalle attuali figure imprenditoriali caratterizzate dalla professionalità, piuttosto che dalle modalità dell'attività³⁵⁷.

Infatti, i recenti provvedimenti, da un lato hanno esteso la portata del concetto di imprenditore agricolo disegnato dall'art. 2135 c.c. e dall'altro

355 Art. 31, legge n. 590/1965.

356 Art. 47 della Costituzione.

357 MASINI, *La piccola impresa agricola*, Milano, 2004, pag. 133 ss.

hanno inciso su alcune norme specifiche: l'art. 7 del decreto legislativo n. 228/2001 ha introdotto, ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione o di riscatto, dei criteri preferenziali, quali la presenza come partecipi nelle rispettive imprese di coltivatori diretti e imprenditori agricoli a titolo principale di età compresa tra i 18 e i 40 anni o in cooperative di conduzione associata dei terreni, il numero di essi nonché il possesso da parte degli stessi di conoscenze e competenze adeguate; mentre l'art. 2 del decreto legislativo n. 99/2004 ha concesso il diritto di prelazione o di riscatto anche alla società agricola di persone qualora almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di coltivatore diretto, aprendosi, così, ai procedimenti produttivi moderni.

E soprattutto quest'ultimo intervento del 2004 ha determinato qualche problema di conciliabilità tra vecchio e nuovo, sebbene, nella sostanza, esso rimane fortemente ancorato alla specificità del nostro ordinamento in materia di prelazione agraria.

Nonostante tutto, la prelazione svolge ancor oggi una importante funzione di consolidamento delle aziende agricole, anche se è ormai evidente la necessità di una riscrittura dell'istituto, che lo riconfiguri sulle caratteristiche delle nuove tipologie imprenditoriali.

Nel diritto italiano, nonostante le numerose ipotesi di prelazione legale, manca un adeguato modello di disciplina della prelazione stessa e le varie figure via via introdotte sono caratterizzate da previsioni che spesso divergono anche sugli elementi fondamentali della fattispecie.

Incompletezza e imprecisione caratterizzano, perciò, anche la normativa sulla fattispecie agraria, la cui disciplina risulta conseguentemente in gran

parte frutto di elaborazioni giurisprudenziali³⁵⁸, che, peraltro, hanno registrato nel corso degli anni significative oscillazioni ermeneutiche, anche su profili oltremodo delicati della disciplina.

a) La prelazione del coltivatore

Per l'art. 8, comma 1, della legge n. 590/1965 titolari del diritto di prelazione sono gli affittuari, i mezzadri, i coloni e i compartecipanti, coltivatori diretti del fondo offerto in vendita; nonché, ai sensi del successivo comma 3, anche i componenti la famiglia coltivatrice, per il caso di vendita di quota del fondo da parte di uno fra loro.

A questi originari soggetti l'art. 7, della legge n. 817/1971 ha aggiunto i coltivatori diretti proprietari di fondi a confine con quello offerto in vendita, purché su quest'ultimo non siano insediati affittuari, mezzadri, coloni, compartecipanti o enfiteuti coltivatori diretti.

L'art. 16, sempre della legge n. 817/1971, ha poi esteso la prelazione, per entrambe le ipotesi di base, anche alle cooperative agricole di coltivatori diretti.

Infine, l'art. 2 del decreto legislativo n. 99/2004, attribuisce la prelazione anche alla società agricola di persone, qualora almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di coltivatore diretto, come risultante dall'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese.

In considerazione poi della particolareggiata elencazione dei contratti che si rinviene al comma 1 dell'art. 8 della legge n. 590/1965, si deduce che il legislatore ha voluto attribuire il diritto non a chi di fatto³⁵⁹ abbia la

358 JANNARELLI, *Equivoci nuovi e pregiudizi antichi in materia di prelazione a favore di cooperative agricole: considerazioni critiche a margine di un singolare intervento "legislativo" della Cassazione*, in *Dir. e giur. agr., alim. e dell'amb.*, 2010, II, pag. 536 ss..

359 Cass., 19.11.1979, n. 6048.

disponibilità del fondo su cui è costituita l'impresa coltivatrice diretta, ma solamente a chi è titolare di un contratto agrario di affitto, di mezzadria, colonia, e compartecipazione, per cui la prelazione non compete al comodatario³⁶⁰ e tantomeno al mero detentore che non abbia stipulato negozio alcuno; neppure al conduttore il cui contratto sia nullo³⁶¹; parallelamente, non spetta al conduttore il cui contratto sia già scaduto e ciò anche se questi sia materialmente ancora presente sul fondo³⁶².

Il richiamo al contratto implica poi una relativizzazione della fattispecie costitutiva del diritto, così che il vincolo della prelazione potrà sussistere unicamente fra le parti del contratto medesimo; non può, pertanto, reclamare la preferenza, nei confronti del proprietario, il subconcessionario, quantomeno prima del momento in cui si sia verificata la sua sostituzione nel contratto stipulato dal proprietario con il primo concedente, e ciò anche nell'ipotesi in cui il locatore si sia opposto alla subconcessione. Sempre per la predetta relativizzazione del presupposto del diritto di prelazione, questo non compete al concessionario del fondo nei confronti del nudo proprietario, ma ne avrà diritto dopo la consolidazione³⁶³.

Deve, altresì, trattarsi di affitto che abbia per oggetto fondi su cui si svolga attività di coltivazione, conformemente al requisito della coltivazione biennale posto dallo stesso comma 1, dell'art. 8 della legge n. 590/1965, restando così esclusi, fra le altre ipotesi, l'affitto di terreno pascolativo e quello di terreni boschivi, nonché i contratti di vendita di erbe³⁶⁴.

360 Cass., 31.10.2008, n. 26286; Cass., 5.3.2007, n. 5072.

361 Cass., 2.4.1984, n. 2157.

362 Cass., 17.10.1997, n. 10174.

363 CASAROTTO, *Il mezzadro dell'affittuario e la prelazione*, in *Uno studio e due note in tema di prelazione agraria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, pag. 400 ss..

364 Cass., 2.3.2007, n. 4958.

Non danno titolo per la prelazione neppure la locazione di strutture senza terreno coltivabile³⁶⁵, la locazione di vasche per ittiocoltura³⁶⁶, la soccida, anche nell'ipotesi di soccida con conferimento di pascolo, in quanto il contratto non ha per oggetto la coltivazione del fondo, ma solo l'allevamento e lo sfruttamento di bestiame e l'esercizio di attività connesse³⁶⁷.

La prelazione è stata ancora negata per i contratti di compartecipazione limitata a singole coltivazioni stagionali e per le concessioni per coltivazioni intercalari, in quanto si tratta di rapporti agrari non stabili, ma che si riferiscono a brevi cicli produttivi rispetto a quelli che caratterizzano la principale destinazione del terreno e che già l'art. 56 della legge n. 203/1982 sottrae alla disciplina della legge medesima³⁶⁸.

L'eventuale inadempimento dell'affittuario agli obblighi contrattuali non consente di paralizzare la pretesa prelazionale attraverso l'*exceptio inadimplenti*, non essendo la prelazione diritto discendente dal contratto, ma solo un elemento della fattispecie da cui il diritto consegue *ex lege*³⁶⁹; ma la sentenza che pronuncia la risoluzione del contratto, poiché il suo effetto retroagisce, a norma dell'art. 1458 c.c., al momento dell'inadempimento, esclude la pretesa dell'affittuario, quando tragga origine da inadempienze di costui anteriori all'esercizio della prelazione/riscatto³⁷⁰.

Riveste poi particolare interesse, in considerazione degli artt. 230 *bis* c.c. e 48 della legge n. 203/1982, la questione se il diritto di prelazione debba attualmente ritenersi competere alla famiglia coltivatrice, che è titolare del rapporto di affitto per effetto del predetto art. 48, o se invece il diritto spetti

365 Cass., 28.7.2005, n. 15804.

366 Cass., 7.11.2005, n. 21492.

367 Cass., 19.3.1979, n. 1608.

368 Cass., 10.2.2005, n. 2716.

369 Cass., 19.9.1979, n. 4809.

370 Cass., 10.3.2010, n. 5771; Cass., 10.12.1996, n. 10985; Cass., 12.3.1991, n. 2566.

unicamente a chi assume una posizione maggiormente qualificata, per la sua posizione nell'ambito dell'impresa e della famiglia. A tale riguardo è utile ricordare che, anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 203/1982, ma già nella vigenza dell'art. 230 *bis* c.c., la giurisprudenza della Cassazione era consolidata nel senso che il diritto in esame compete unicamente a chi coltivi direttamente il fondo quale titolare di uno dei contratti in parola e non già anche ad altri soggetti che non siano parte del contratto agrario, ancorché essi prestino la loro attività sul fondo in quanto legati al titolare del predetto contratto da altri rapporti, specificatamente dal vincolo della comunione tacita familiare o da quello di appartenenza allo stesso nucleo familiare³⁷¹. Successivamente alla legge n. 203/1982 si rinvengono ripetute pronunce che ugualmente riaffermano la titolarità esclusiva del diritto di prelazione in capo a chi sia personalmente parte nel contratto agrario, ma ciò sulla base che l'art. 48 della legge n. 203/82 non potrebbe trovare applicazione per i rapporti di affitto costituiti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, escludendosi che detta norma abbia comportato la novazione soggettiva *ex lege* di tutti i rapporti di affitto in corso, con la sostituzione, in qualità di conduttori, delle imprese familiari coltivatrici ai singoli contraenti del contratto preesistente³⁷²; se ne dovrebbe allora trarre l'implicito riconoscimento che, quantomeno per i rapporti sorti successivamente alla legge n. 203/1982, la titolarità della prelazione risulti modificata a favore anche dei partecipi. Ma a tutt'oggi non si rintracciano decisioni della Cassazione che concretamente riconoscano la prelazione all'impresa familiare.

Ma quella dell'estensione della prelazione all'impresa familiare è molto probabilmente una tesi da rigettare, poichè, la regola dell'art. 230 *bis* non vale

371 Cass., 16.5.2003, n. 7641; Cass., 12.3.1983, n. 1875, in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, pag. 206.

372 Cass., 16.5.2003, n. 7641; Cass., 22.6.2001, n. 8598.

a modificare la titolarità dell'impresa e dell'azienda, così che la stessa qualifica di imprenditore compete ancora esclusivamente al capofamiglia³⁷³, mentre la disciplina dei poteri rappresentativi e della corresponsabilità previsti dall'art. 48 della legge n. 203/1982 operano limitatamente al rapporto agrario: se ne deve allora trarre la conseguenza, che anche quando ricorra la fattispecie dell'impresa familiare titolare del diritto di prelazione sia ancora il solo titolare dell'impresa e non anche i familiari collaboratori, poiché, a questi ultimi manca la stessa qualità di coltivatore diretto, richiesta dall'art. 8, comma 1, della legge n. 590/1965 e che l'art. 31 della legge n. 590/1965 attribuisce al solo titolare dell'impresa e non anche ai componenti del nucleo familiare.

b) La prelazione del componente della famiglia coltivatrice

La prelazione che l'art. 8, comma 3, della legge n. 590/1965, accorda ai partecipanti all'impresa familiare riguarda l'ipotesi di una famiglia coltivatrice, i cui membri siano contitolari del fondo in regime di comunione ereditaria o in altro tipo di comunione familiare e prevede, per il caso di trasferimento a titolo oneroso da parte di uno dei partecipi della quota di sua spettanza, un diritto di prelazione a favore degli altri componenti la famiglia, sempre che questi siano coltivatori manuali o continuino l'esercizio dell'impresa familiare in comune.

Tale norma, che non risulta avere avuto frequente applicazione, pone un problema di coordinamento con la disposizione dell'art. 230 *bis* c.c., il cui penultimo comma pure prevede un diritto di prelazione a favore dei partecipi all'impresa nell'ipotesi di trasferimento dell'azienda. Problema che la dottrina risolve applicando il criterio di specialità, di modo che nelle ipotesi previste

373 Cass., 15.4.2004, n. 7223; Cass., 20.6.2003, n. 9897. In dottrina: OPPO, *Commento all'art. 230 bis*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di Trabucchi, Oppo e Cian, Padova, 1992, pag. 485 ss.; BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Tr. dir. fam.*, diretto da Zatti, III, Milano, 2002, pag. 669 ss. e 707 ss.; PROSPERI, *Impresa familiare*, in *Codice civile comm.*, dir. da Schlesinger, Milano, 2006, pag. 25 ss. e 211 ss..

dall'art. 8, comma 3, della legge n. 590/1965, in cui cioè sussista una comunione familiare, prevale la disciplina della prelazione agraria, mentre nei casi rientranti nella fattispecie dell'art. 230 *bis* si applica la disciplina prevista da tale norma³⁷⁴.

La disposizione dell'ultimo comma dell'art. 8, per la quale ai soggetti di cui al primo comma sono preferiti, se coltivatori diretti, i coeredi del venditore, è non tanto di difficile interpretazione, quanto fondamentalmente di impossibile applicazione, perché presuppone un concorso tra la prelazione del coerede, *ex art. 732 c.c.*, con quella del coltivatore diretto, quando si tratta, invece, di due fattispecie assolutamente alternative. Se, come nell'ipotesi dell'art. 732 c.c., un coerede cede la sua quota ereditaria, è incontestabile che non sussiste alcun diritto di prelazione agraria³⁷⁵; se si ipotizzasse, invece, la cessione da parte di un coerede di una quota di proprietà di un fondo ricadente nell'asse, tale contratto sarebbe privo di efficacia traslativa. Pertanto, le sentenze che affermano che nel caso di cessione di quota ereditaria prevale il diritto del coerede in parte dicono cosa ovvia, mentre nella parte in cui affermano che qualora si trattasse, invece, di cessione di quota di proprietà del fondo prevarrebbe la prelazione agraria, dicono cosa inesatta, poiché il contratto è privo di idoneità a operare quel trasferimento, che è assunto nella fattispecie astratta dell'art. 8, comma 1, della legge n. 590/1965.

Al di là delle varie ipotesi, forse la disposizione in oggetto può ritenersi applicabile al solo caso in cui il fondo esaurisca la consistenza dell'asse

374 CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, pag. 250 ss.; CORTI, *Il sistema delle prelazioni in materia di impresa familiare, famiglia coltivatrice e comunione ereditaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, pag. 350; FERRARA, *L'ordine di preferenza delle prelazioni legali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pag. 644.

375 Cass., 5.7.1990, n. 7067.

ereditario, presupponendosi che in questa ipotesi la cessione della quota del fondo possa conseguire effetti traslativi³⁷⁶.

c) La prelazione del confinante

La terza fattispecie di prelazione, disciplinata dall'art. 7, comma 2, della legge n. 817/1971, riguarda il coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti con i fondi offerti in vendita, a cui il diritto è conferito purché sui fondi medesimi non siano insediati affittuari, mezzadri, coloni, compartecipanti o enfiteuti coltivatori diretti.

Il diritto di prelazione del proprietario confinante, malgrado il legislatore lo abbia inteso come una estensione soggettiva di quello già attribuito al conduttore del fondo, nel suo specifico si differenzia da questo per fondamento e finalità.

Infatti, mentre il diritto del conduttore trova la sua logica nel contratto agrario e tende alla riunione in capo al coltivatore titolare dell'impresa anche della proprietà del fondo su cui già svolge la sua attività, il diritto del confinante, invece, favorisce l'espansione di aziende già istituite su fondo in proprietà, perseguendo, attraverso l'accorpamento, l'ulteriore finalità di una ricomposizione fondiaria, che si realizza nel momento della volontaria cessione di fondi³⁷⁷.

L'art. 7, comma 2, n. 2, della legge n. 817/1971, nell'attribuire il diritto di prelazione usa il termine terreni che, malgrado la sua genericità, deve intendersi riferito ad una superficie destinata a coltivazione e posta immediatamente a confine con il terreno offerto in vendita, con la

376 CORTI, *Il sistema delle prelazioni in materia di impresa familiare, famiglia coltivatrice e comunione ereditaria*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, pag. 350; FERRARA, *L'ordine di preferenza delle prelazioni legali*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pag. 644.

377 Cass., 20.1.2006, n. 1106; Cass., 26.7.2004, n. 14000.

conseguenza che la prelazione è esclusa quando la superficie del confinante, per la sua particolare configurazione, non sia oggetto di attività di coltivazione³⁷⁸, e anche quando la parte immediatamente contigua al fondo posto in vendita faccia parte di un più vasto appezzamento per la rimanente parte agricolo³⁷⁹.

Parimenti la prelazione non compete quando l'area a confine con il fondo posto in vendita sia esclusivamente boschiva³⁸⁰ o quando sulla medesima insista una stalla per l'allevamento intensivo, non connesso ad un'attività di coltivazione³⁸¹ o siano presenti vasche per l'itticoltura o insista un edificio di abitazione che non abbia le caratteristiche funzionali della casa colonica, così che le parti poste a confine non possano ritenersi pertinenza del terreno agricolo³⁸². Anche quando l'edificio insistente sull'area a confine con il terreno oggetto della pretesa prelazione abbia destinazione agricola e sia in rapporto pertinenziale con il fondo a coltivazione, il diritto sussiste solo se la medesima sia posta in diretta continuazione con i terreni coltivati, dovendo, cioè esistere una prosecuzione materiale tra la superficie edificata e questi ultimi, e quindi, risultare un complesso immobiliare unitario³⁸³, in linea con quella giurisprudenza, che afferma la necessità di una contiguità materiale, e non meramente funzionale, tra il fondo del confinante che vanta la prelazione

378 Ad esempio quando ha una destinazione extragricola.

379 Cass., 16.5.2008, n. 12440.

380 Compete, invece, se il bosco sia congiunto senza discontinuità a terreni a coltura e sussista un rapporto di complementarietà con un'attività di coltivazione della terra. Questo come conseguenza del fatto che la selvicoltura non soddisferebbe il requisito della coltivazione del fondo, nel senso inteso dall'art. 8 della legge n. 590/1965, sì, invece, se è attività connessa a quella di coltivazione. La prelazione è, altresì, esclusa quando si tratti di terreno su cui venga svolta unicamente attività di sfalcio.

381 L'attività di allevamento non è, infatti, titolo per la prelazione. Qualora l'attività di allevamento sia, invece, connessa a quella di coltivazione, la prelazione deve ritenersi competere anche se la stalla insista sulla parte di terreno immediatamente a confine, purché, entrambe le porzioni facciano parte di un complesso fondiario unitario.

382 Cass., 12.8.1991, n. 8787; Cass., 22.1.1987, n. 579; Cass., 25.5.1981, n. 3438, in *Riv. dir. agr.*, 1982, II, pag. 21 ss..

383 Cass., 10.9.1986, n. 5538.

e quello oggetto di tale diritto, richiedendosi, perciò, una continuità tra il fondo del confinante e quello oggetto di prelazione.

Purchè, si tratti di terreno agricolo non è poi necessario alcun ulteriore requisito, giacché, tutti i fondi confinanti con quello compravenduto attribuiscono al proprietario il diritto, anche quelli di minima estensione.

Ci si è, però, chiesto se, pur in mancanza di espressa previsione legislativa, si debba estendere anche al fondo del confinante il requisito della destinazione urbanistica agricola, richiesto dalla legge n. 590/1965 per il fondo oggetto di prelazione. Secondo l'orientamento prevalente sembra di sì, poiché, la logica dell'accorpamento conduce a riconoscere l'omogeneità delle condizioni obiettive dei due fondi interessati alla vicenda, pertanto, il confinante deve dare la dimostrazione anche di tale qualità del proprio fondo.

Come già detto, l'identificazione del fondo confinante si è ormai consolidata sul requisito della contiguità fisica e materiale³⁸⁴, per contatto reciproco lungo una comune linea di demarcazione, a nulla rilevando la contiguità funzionale, ossia l'ipotesi di fondi materialmente separati, ma tuttavia idonei ad essere accorpati in un'unica azienda agraria.

Dunque, in applicazione proprio di tale criterio, la Suprema Corte nega la prelazione anche nel caso dell'interposizione di una semplice strada privata agraria, che non insista sui due fondi limitrofi, ma sia in proprietà di terzi³⁸⁵, così come anche nel caso in cui gli appezzamenti siano separati da un canale che non possa ritenersi di proprietà comune ai due confinanti, perché consortile o demaniale o comunque di proprietà di terzi³⁸⁶.

384 Cass., 14.3.2008, n. 7052; Cass., 20.1.2006, n. 1106; Cass., Sez. Un., 25.3.1988, n. 2582.

385 Cass., 26.11.2007, n. 24622; Cass., 27.7.2006, n. 17111; Cass., 17.7.2002, n. 10377.

386 Cass., 11.5.2010, n. 11377; Cass., 20.2.2001, n. 2471; Cass., 14.2.1986, n. 895; Cass., 20.5.1987, n. 4621.

La prelazione è riconosciuta anche a chi sia comproprietario del fondo a confine³⁸⁷ e va estesa al confinante enfiteuta e al nudo proprietario, qualora sia anche coltivatore del fondo.

Un recente intervento legislativo, art. 7, decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, disciplina, altresì, la fattispecie del concorso del diritto di prelazione dei più proprietari di altrettanti fondi confinanti, stabilendo che il medesimo vada risolto a favore di chi possa vantare, quali criteri preferenziali, nell'ordine, la presenza come partecipi nelle rispettive imprese di coltivatori diretti e imprenditori agricoli a titolo principale di età compresa tra i 18 e i 40 anni o in cooperative di conduzione associata dei terreni, il numero di essi, nonché il possesso da parte degli stessi di conoscenze e competenze adeguate.

La problematica della prelazione concessa al coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti con il fondo offerto in vendita va completata, infine, con l'analisi della causa di esclusione del diritto, costituita dal fatto che su detto fondo siano insediati mezzadri, coloni, affittuari, compartecipanti, od enfiteuti coltivatori diretti³⁸⁸.

A tale riguardo si precisa che deve trattarsi, innanzitutto, dell'insediamento effettivo e stabile di un coltivatore diretto che tragga origine da un contratto agrario³⁸⁹, così che non sarebbero idonei ad escludere il diritto del confinante non solo un insediamento di mero fatto, ma neppure uno a titolo di mero comodato³⁹⁰.

387 Cass., 29.1.2010, n. 2049; Cass., 27.11.1998, n. 12025; Cass., 13 .7.1983, n. 4787.

388 Art. 7, comma 2, n. 2, legge n. 817/1971.

389 Cass., 4.6.2007, n. 12934.

390 Cass., 5.3.2007, n. 5072.

d) La prelazione delle società cooperative e di persone

L'art. 16 della legge n. 817/1971 estende il diritto di prelazione anche alle cooperative agricole, generando non pochi problemi ed incertezze, anche se in realtà i casi giudiziari noti di prelazione-riscatto esercitati da cooperative sono pochissimi, così che la relativa problematica non può dirsi effettivamente emersa e anche l'attenzione della dottrina è rimasta piuttosto limitata.

Ai fini dell'individuazione del soggetto cooperativa agricola, si deve fare riferimento al comma 1 dell'art. 16, che menziona le cooperative agricole di braccianti, compartecipanti, coloni, mezzadri, fittavoli ed altri coltivatori della terra, così valorizzando la composizione soggettiva della società³⁹¹, del tutto estranea alla cooperativa è, invece, la fondamentale qualificazione di coltivatore diretto, con cui l'art. 8 della legge n. 590/1965 identifica l'originario titolare della prelazione per la considerazione che detta qualifica è riferibile alla sola persona fisica individuale, con l'ulteriore conseguenza che inapplicabile alle cooperative è, altresì, il requisito della capacità lavorativa, perché a sua volta specifico dell'imprenditore persona fisica.

Per la disposizione dell'art. 2, del decreto legislativo n. 99/2004, l'esercizio del diritto di prelazione o di riscatto, di cui all'articolo 8 della legge n. 590/1965 e successive modificazioni, e all'articolo 7 della legge n. 817/1971, spetta ora anche alla società agricola di persone, qualora almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di coltivatore diretto.

In realtà, una prima disciplina della prelazione delle società, esisteva fin dall'origine, al comma 9 dell'art. 8, legge n. 590/1965, con la regola dell'esercizio congiunto. Infatti, per consolidata interpretazione, detta norma concerne l'ipotesi di più affittuari, contitolari del medesimo contratto agrario, prescrivendo l'esercizio congiunto della prelazione da parte di tutti,

³⁹¹ Cass., 18.6.1996, n. 5577.

presupponendo, così, che ciascuno di tali soggetti sia contitolare del diritto e che, quindi, sia coltivatore diretto.

Di conseguenza, l'esercizio del diritto di prelazione non è considerato come atto del gruppo, bensì come atto individuale e la proprietà acquistata con l'esercizio della prelazione non è di un bene societario, bensì comproprietà dei singoli soci che hanno esercitato il diritto.

La soluzione ha trovato poi conferma nell'art. 9 del decreto legislativo n. 228/2001, per il quale ai soci delle società di persone esercenti attività agricola, in possesso della qualifica di coltivatore diretto, continuano ad essere riconosciuti i diritti stabiliti dalla normativa vigente a favore delle persone fisiche in possesso delle predette qualifiche, fra i quali il diritto di prelazione. La logica di tale disposizione è così quella di fare usufruire al coltivatore dei diritti che gli competerebbero quale imprenditore individuale, malgrado sia solo partecipante all'impresa societaria.

Ma quest'innesto della prelazione delle società nel ceppo antico fa sorgere non pochi problemi, che non trovano risposte nella inadeguatezza del dato normativo, e anzi per alcuni versi solleva dubbi di compatibilità costituzionale, qualora il diritto di prelazione venisse a confliggere con quello già accordato dalla precedente normativa al coltivatore diretto.

Infatti, la prelazione delle società fuoriesce non solo dalla prospettiva della coltivazione diretta, ma anche da quella dell'equiparazione delle forme associate a quest'ultima, nelle quali la presenza di soggetti coltivatori diretti si dimezza, essendo sufficiente che la metà dei soci sia in possesso della qualifica di coltivatore diretto, senza nulla specificare in ordine alle quote, così che ben potrebbe configurarsi una società di due soci, in cui quello non qualificato detenga una partecipazione pari al 90% mentre il coltivatore diretto abbia solo il restante 10%, e allora malgrado la prelazione competa alla società

proprio grazie alla presenza di quest'ultimo, l'esercizio della medesima può condurre all'acquisto della proprietà del fondo per una quota anche ampiamente maggioritaria a favore del socio non qualificato.

E' evidente che la *ratio* della recente disposizione a favore del nuovo titolare non può che tendere a un ampliamento della prelazione e non a restringerne l'ambito di applicazione, come nella disciplina previgente.

Prendendo le mosse dalla preferenza accordata dall'art. 7, comma 2, n. 2 al proprietario confinante, qualora la società sia proprietaria, nonché conduttrice del fondo limitrofo a quello posto in vendita, essa può senz'altro avvalersi del diritto attribuitole.

Ma se proprietario del fondo a confine sia un soggetto, che però conduce il fondo in società, la prelazione non può riconoscersi alla società, poiché il fine della prelazione del confinante è la riunione dei fondi nella titolarità del medesimo soggetto.

Nella prelazione del conduttore (art. 8, comma 1, legge n. 590/1965), se affittuario è un soggetto che conduce il fondo in società, la prelazione non può che spettare all'affittuario, sulla base della necessaria correlazione tra titolarità del contratto e diritto preferenziale, così come già avveniva anteriormente.

Infine, se parte del contratto agrario e conduttrice del fondo sia la società, a questa compete ora la prelazione. Se la società è interamente composta da coltivatori diretti del fondo, l'esistenza della prelazione doveva riconoscersi anche anteriormente alla norma in esame, trattandosi di soggetto collettivo che, per quanto concerne la qualificazione del contratto agrario, è equiparato ai coltivatori diretti dall'art. 7, legge n. 203/1982, e operando la regola della trasparenza, così derivandone una titolarità del diritto in capo ai soci personalmente. L'esercizio della prelazione ricadeva, quindi, nella disciplina del comma 9 dell'art. 8, legge n. 590/1965 ed era, pertanto,

esercizio individuale. La disposizione più recente ne determina l'attribuzione invece alla società.

Nel caso, invece, di società in cui solo parte dei soci sia coltivatore diretto, il diritto è senz'altro nuovo e anzi presenta notevoli profili di originalità, dovendosi anzitutto evidenziare che la società non può neppure dirsi titolare di un contratto di affitto a coltivatore diretto. Poiché, l'art. 7, comma 2, legge n. 817/1971 esclude la prelazione del confinante quando sul fondo siano insediati affittuari coltivatori diretti, se conduttrice è una società priva di tale qualifica, ma titolare della prelazione ai sensi dell'art. 2, comma 3, si determina un concorso tra le due prelazioni, per dirimere il quale non è posta una regola specifica, sebbene si ritiene che prevalga il coltivatore diretto³⁹². Trattandosi di prevalenza, la soluzione prospettata presuppone un concorso effettivo, così che qualora, invece, il confinante non eserciti il suo diritto, l'acquisto in prelazione opera a favore della società affittuaria.

Alla luce delle soluzioni così delineate, si può concludere che la prelazione accordata alle società dall'art. 2, comma 3, decreto legislativo n. 99/2004 è autonoma rispetto al diritto spettante al coltivatore diretto individuale, applicandosi unicamente nei casi in cui la società stessa sia titolare del contratto di affittanza o proprietaria del fondo confinante con quello posto in vendita, oltre che conduttrice dei medesimi, nei quali precedentemente la prelazione non sussisteva (a parte, nella prelazione del conduttore, l'evidenziata ipotesi della società interamente composta da coltivatori diretti), rimanendo, quindi fondamentalmente, esclusa una concorrenza.

392 CASAROTTO, *La difficile prelazione delle società (cooperative e di persone)*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, pag. 243 ss..

e) I requisiti soggettivi

Le diverse fattispecie attributive della prelazione prevedono poi alcuni requisiti soggettivi.

L'art. 8, comma 1, della legge n. 590/1965, richiede la qualifica di coltivatore diretto, la cui definizione si rinviene all'art. 31, in virtù del quale è coltivatore diretto chi direttamente ed abitualmente, con carattere non di occasionalità, bensì di stabilità e continuità, ancorché in modo non prevalente rispetto ad altre attività esercitate, si dedica all'attività di coltivazione del fondo³⁹³.

Con una limitazione desunta dal requisito della coltivazione biennale del fondo, posto dal comma 1 dell'art. 8, legge n. 590/1965, si riconosce che fra le attività specificate all'art. 31 solo quella di coltivazione dà titolo alla prelazione e non anche quella di allevamento e governo del bestiame³⁹⁴ e neppure la selvicoltura, anche se a loro volta costituiscono attività agricola principale per l'art. 2135 c.c.³⁹⁵.

Nessun rilievo si accorda all'iscrizione nel registro delle imprese³⁹⁶, ma tale giudizio richiede senz'altro un ripensamento a seguito della disposizione dell'art. 2 del decreto legislativo n. 221/2001, che riconnette all'iscrizione delle imprese agricole nella sezione speciale del registro delle imprese gli

393 CARPINO, *Prelazione agraria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1984, pag. 1150. In giurisprudenza: Cass., 29.1.1996, n. 684; Cass., 22.2.1988, n. 1840; Cass., 25.7.1981, n. 4812, in *Nuovo dir. agr.*, 1982, pag. 458.

394 Si precisa che l'esistenza del bestiame da allevare o da governare costituisce mera evenienza, ovvero attività complementare alla coltivazione della terra o, comunque, aggiuntiva rispetto alla concreta coltivazione del fondo, rivelandosi però di per sé insufficiente, ai fini della prelazione, l'esclusivo esercizio dell'attività di allevamento del bestiame. Cass., 20.12.2005, n. 28237; Cass., 24.5.2002, n. 7635.

395 Cass., 17.7.1997, n. 6581; Cass., 21.12.1995, n. 13022.

396 Cass., 21.2.2002, n. 2505.

effetti dell'art. 2193 c.c., per cui si potrebbe dedurre che la mancata iscrizione renda inopponibile ai terzi la stessa qualifica di coltivatore diretto³⁹⁷.

Ciò che si richiede è senza dubbio l'espletamento di fatto dell'attività di coltivazione sul fondo condotto in affitto o sul fondo a confine con quello compravenduto.

La qualifica di coltivatore diretto, strettamente attinente alla persona fisica, non è perciò, riferibile alla prelazione delle società cooperative, né a quella delle società di persone, per le quali vengono, invece, in rilievo le rispettive caratterizzazioni soggettive dei soci, così come poste dall'art. 16, comma 1, legge n. 817/1971 e dall'art. 2, comma 3, decreto legislativo n. 99/2004.

L'art. 8, comma 1, legge n. 590/1965 prevede poi una serie di ulteriori requisiti soggettivi: una durata biennale dell'attività di coltivazione, l'assenza di vendite nel biennio precedente di altri fondi rustici e, infine, la necessità che il fondo per il quale si intende esercitare la prelazione, in aggiunta ad altri eventualmente posseduti in proprietà o enfiteusi, non superi il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della famiglia.

Bisogna precisare che tali requisiti, posti dal legislatore con riferimento alla prelazione del conduttore, per incontrastato riconoscimento giurisprudenziale si applicano anche alla fattispecie del confinante³⁹⁸.

La *ratio* dei primi due requisiti s'inquadra nella funzione riconosciuta alla prelazione, di strumento diretto a favorire la riunificazione della titolarità del diritto di proprietà con l'utilizzazione del bene, ove la pregressa coltivazione biennale costituisce il criterio per la verifica di un'effettiva

397 Anche l'art. 2, comma 3, D. lgs. n. 99/2004, per la prelazione concessa alle società di persone, pone come specifico requisito che la qualifica di coltivatori diretti, che deve essere posseduta da almeno la metà dei soci, risulti dall'iscrizione nel registro delle imprese.

398 Cass., 29.11.2005, n. 26046; Cass., 16.6.2005, n. 12963; Cass., 10.1.1984, n.177.

dedizione all'attività agricola ed è, quindi, fondamento dell'aspettativa di una continuazione della medesima nel fondo acquistato con la prelazione³⁹⁹; all'opposto, la vendita di altri fondi di consistenza non trascurabile è assunta quale sintomo contrario a tale aspettativa⁴⁰⁰.

Quanto alla prescrizione della coltivazione biennale, la norma fa riferimento alla sola attività di coltivazione e che per tale s'intende, ai sensi dell'art. 2135 c.c., un'attività diretta alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del medesimo, di carattere vegetale, così che non sarebbe sufficiente la mera attività di taglio dell'erba che cresce spontaneamente sul terreno⁴⁰¹.

Ai fini poi della maturazione del biennio di coltivazione bisogna considerare, per quanto concerne la prelazione del conduttore, solo l'attività svolta nell'esplicazione di uno dei contratti agrari previsti dal comma 1 dell'art. 8, legge n. 590/1965⁴⁰². E', tuttavia, possibile la sommatoria di periodi basati su titoli diversi, purché tutti legittimanti la prelazione⁴⁰³.

Relativamente alla prelazione del confinante, per il computo del biennio, rileva unicamente l'attività di coltivazione svolta sul fondo a confine con quello oggetto di prelazione e non anche altrove⁴⁰⁴, non essendo necessaria anche una corrispondente durata della titolarità del diritto di proprietà del fondo, che è, invece, sufficiente sussista al momento in cui sorge la prelazione⁴⁰⁵, purché la pregressa coltivazione sia fondata su uno dei contratti di cui al comma 1 dell'art. 8⁴⁰⁶.

399 CASAROTTO, *Il requisito della coltivazione biennale del fondo nella prelazione del conduttore e in quella del proprietario confinante*, in *Riv. dir. agr.*, 1982, II, pag. 404.

400 Cass., 25.8.2006, n. 18488; Cass., 8.5.2003, n. 6980.

401 Cass., 16.3.2005, n. 5682; Cass., 15.1.07, n. 653.

402 Cass., 2.4.1980, n. 2135.

403 Cass., 31.10.2008, n. 26286.

404 Cass., 27.1.2010, n. 1712.

405 Cass., 24.2.1986, n. 1133; Cass., 27.2.1985, n. 1725.

406 Cass., 12.2.2002, n. 1971; Cass., 12.5.1990, n. 4105.

Ci si chiede, altresì, se sia idonea a realizzare il requisito della coltivazione biennale anche un'attività svolta non come titolare dell'impresa, ma solo come partecipe all'impresa familiare. In considerazione della necessità di una coltivazione qualificata da un contratto agrario, si dovrebbe concludere negativamente, ma è soluzione contraria sia al rilievo assunto dal partecipante familiare, sia alla *ratio* del requisito, di verifica della vocazione all'attività agricola del prelazionario, che ben può confermarsi anche con l'attività svolta come partecipe familiare.

Passando al requisito della capacità lavorativa, rapportata alla forza lavoro personale e familiare di cui il coltivatore dispone, e alla quantità di lavoro richiesto dal fondo, questo opera, nella fase di partenza, come uno degli elementi identificatori del coltivatore diretto, poi, nella fase di arrivo, quale limite all'operatività dell'istituto quanto alla dimensione della proprietà fondiaria che l'esercitante la prelazione può aspirare a realizzare attraverso il diritto accordatogli, nella prospettiva di garantire che l'estensione complessiva della proprietà di cui alla fine il coltivatore venga a disporre non travalichi il limite tipologico dell'impresa diretto coltivatrice⁴⁰⁷.

Ma tale requisito, alla luce dei recenti interventi legislativi, soffre della stessa crisi che ha investito la figura del coltivatore diretto, con la conseguenza che i criteri di valutazione appaiono del tutto indefiniti, talché alla fine il riconoscimento o la negazione del requisito dipendono dalla scelta discrezionale dei parametri attuata dal consulente d'ufficio, a cui la valutazione è ordinariamente rimessa.

Va evidenziato, altresì, che, fondandosi su elementi tipologici propri del coltivatore diretto persona fisica, il requisito risulta inapplicabile alla

407 JANNARELLI, *Equivoci vecchi e nuovi in materia di prelazione agraria: la prelazione della cooperativa agricola*, in *Foro it.*, 1986, I, pag. 2557.

prelazione delle società cooperative, e alle società di persone. Qualora se ne riconosca l'applicabilità, ai fini del computo si dovrà tenere conto unicamente dei soci coltivatori diretti.

Per concludere, si precisa che tutti i requisiti soggettivi ricordati devono sussistere al momento in cui sorge il diritto o in quello in cui il proprietario abbia effettuata la *denuntiatio*, oppure, in carenza di tale adempimento e con riferimento all'esercizio del diritto di riscatto, nel momento in cui sia stata conclusa la compravendita con il terzo⁴⁰⁸, e devono ininterrottamente persistere fino a quando viene esercitato il diritto di prelazione o di riscatto⁴⁰⁹.

Sono, invece, irrilevanti le modifiche successive, pur se intervenute durante il giudizio instaurato per l'accertamento dell'avvenuto acquisto della proprietà del fondo da parte del coltivatore⁴¹⁰, nonché quelle intervenute prima che si sia realizzato lo stesso acquisto della proprietà del fondo a seguito e per effetto del pagamento del prezzo, che costituisce *condicio iuris* dell'acquisto preferenziale, ma non elemento perfezionativo della fattispecie acquisitiva preferenziale.

f) Ambito di applicabilità della prelazione agraria

L'art. 8, comma 1, della legge n. 590/1965 individua le fattispecie soggette alla prelazione agraria nel trasferimento a titolo oneroso e nella concessione in enfiteusi del fondo. Il comma 2 esclude la prelazione in presenza di una permuta, di vendita forzata⁴¹¹, liquidazione coatta, fallimento, espropriazione per pubblica utilità.

408 Cass., 22.1.2004, n. 110; Cass., 16.10.2001, n. 12608; Cass., 13.7.1983, n. 4791.

409 Cass., 22.1.2004, n. 1103; Cass., Sez. Un., 21.6.1984, n. 3654.

410 Cass., 18.11.2005, n. 24453, Cass., 8.7.2005, n. 14448; Cass., Sez. Un., 21.6.1984, n. 3654.

411 La prelazione sussiste, però, nell'ipotesi di vendita di un fondo attraverso pubblici incanti nell'ambito di un procedimento di liquidazione di un'eredità beneficiata: Cass., 12.10.1982, n. 5264, così come nel caso di vendita effettuata in esecuzione di un concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori: Cass., 2.3.2010, n. 4935; Cass., Sez. Un., 27.7.2004, n. 14083.

Per il limite espresso dall'onerosità del titolo, risultano pure estranee alla prelazione le cessioni a titolo gratuito.

Nel caso di *negotium mixtum cum donatione*, cioè di una compravendita a prezzo ridotto con l'intento di arricchire il compratore della differenza tra il valore del bene e l'importo stabilito, si ritiene che la disciplina della prelazione sia inapplicabile⁴¹², ma la soluzione non è da tutti condivisa e più equa potrebbe apparire la prospettiva di riconoscere o negare la prelazione a seconda che possa ritenersi prevalente la finalità liberale o quella commutativa⁴¹³.

La norma fa riferimento alla sola categoria dei negozi di scambio, restando così sottratti i contratti associativi e i negozi divisorii. Relativamente ai primi, la prelazione va disattesa sia in relazione al conferimento⁴¹⁴, sia con riguardo a vicende modificative della compagine sociale⁴¹⁵, sia, infine, con riferimento allo scioglimento della società⁴¹⁶.

Nell'ipotesi di trasferimento ricade, oltre che la cessione del diritto di proprietà, anche la vendita di solo una quota di comproprietà del fondo⁴¹⁷, ma non l'ipotesi in cui oggetto di alienazione sia una quota ereditaria.

Il diritto può, altresì, riconoscersi nel caso di alienazione del diritto di nuda proprietà, con riserva di usufrutto da parte dell'alienante⁴¹⁸.

g) **La denuntiatio**

Il comma 4 dell'art. 8, legge n. 590/1965, a seguito della modifica apportata dall'art. 8, della legge n. 817/1971, prescrive che il proprietario deve

412 Cass., 15.5.2001, n. 6711; Cass., 18.7.1991, n. 7969.

413 CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, pag. 286.

414 Cass., 29.11.2005, n. 26044.

415 Cass., 26.1.2010, n. 1523.

416 Cass., 1.12.1987, n. 8936.

417 Cass., 22.1.1991, n. 591; Cass., 28.7.1984, n. 4493.

418 Cass., 22.8.1990, n. 8561.

notificare con lettera raccomandata al coltivatore la proposta di alienazione trasmettendo il preliminare di compravendita, in cui devono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo di vendita e le altre norme pattuite compresa la clausola per l'eventualità della prelazione. Ne discende che il proprietario è tenuto a rivolgere al preferendo una propria proposta di acquisto, allegando alla medesima il preliminare concluso con il terzo, contenente le indicazioni richieste, al quale ultimo si deve fare, quindi, riferimento per l'individuazione delle condizioni della stessa offerta in prelazione.

La nuova formulazione normativa consente, quindi, di identificare il momento in cui la *denuntiatio* va effettuata, ricollegabile, perciò, alla conclusione del contratto preliminare tra il proprietario e il terzo interessato all'acquisto.

E sempre a tale momento occorre fare riferimento per verificare la sussistenza dei requisiti necessari per il riconoscimento del diritto di prelazione e, quindi, della doverosità dell'offerta in prelazione⁴¹⁹. Tuttavia, se i requisiti per la prelazione sono carenti all'epoca del preliminare, ma sopravvengano anteriormente alla vendita definitiva al terzo, la *denuntiatio* va ugualmente effettuata, giacché, in mancanza della *denuntiatio* è unicamente la stipula del negozio traslativo a identificare il momento in cui virtualmente sorge il diritto e, pertanto, è in relazione al medesimo che vanno accertate le condizioni soggettive ed oggettive, la cui sopravvenienza legittima il coltivatore a riscattare il fondo⁴²⁰.

I requisiti devono persistere fino al momento dello stesso esercizio della prelazione.

419 Cass., 29.4.2006, n. 10039; Cass., 6.4.2006, n. 8090.

420 Cass., 6.4.2006, n. 8090; Cass., 18.3.1994, n. 2590.

Modifiche successive sono, invece, irrilevanti, anche se verificatesi anteriormente al pagamento del prezzo, operando questo adempimento come condizione e non come elemento perfezionativo della stessa fattispecie acquisitiva. Diversamente, invece, deve concludersi qualora, successivamente all'esercizio del diritto, venga meno, con effetto *ex tunc*, lo stesso titolo a cui la prelazione è ricollegata, e così se il contratto agrario venga annullato o risolto per un inadempimento verificatosi anteriormente all'esercizio della prelazione o, nella prelazione del confinante, se venga meno, sempre con effetto *ex tunc*, la proprietà del fondo a confine con quello compravenduto, che costituisce titolo per la prelazione.

Relativamente alla natura giuridica della *denuntiatio*, dopo varie oscillazioni dottrina⁴²¹ e giurisprudenza⁴²² sono ormai concordi nel ritenere che l'acquisto del preferito si realizza attraverso l'utilizzazione del normale schema contrattuale, di conseguenza la *denuntiatio* costituisce una proposta contrattuale ai sensi degli artt. 1326 ss. c.c., suscettibile, come tale, di realizzare, con la successiva sua accettazione, attraverso l'esercizio della prelazione da parte dell'avente diritto, l'incontro dei consensi e il perfezionamento di un contratto di compravendita⁴²³.

La *denuntiatio*, dunque, nella sua configurazione di proposta contrattuale, soggiace quanto a forma alla regola dell'art. 1350 c.c., che trova, altresì, fondamento nella specifica disciplina dell'art. 8, legge n. 817/1971, che stabilisce che la notifica debba avvenire con lettera raccomandata, imponendo, così, assieme alla prescrizione delle modalità di trasmissione, anche la

421 SPALLANZANI, *La prelazione nella vendita di fondi rustici*, in *Riv. notar.*, 1966, pag. 374; BASSANELLI, *La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, pag. 75.

422 Cass., 14.5.1983, n. 3325, in *Giur. agr.*, 1984, pag. 99; Cass., 27.10.1981, n. 5617; Cass., 26.6.1980, n. 4017; Cass., 21.12.1972, n. 3722, in *Giur. agr.*, 1972, pag. 86; Cass., 15.10.1970, n. 2039, in *Giur. agr.*, 1973, pag. 417.

423 Cass., Sez. Un., 21.6.1984, n. 3654; Cass., 15.9.1983, n. 5568; Cass., 28.10.1976, n. 3957.

necessità della forma per la stessa formazione dell'atto⁴²⁴. Tutto ciò non ha impedito il ripetersi, fino ad epoca recente, delle tradizionali diatribe sulla forma della *denuntiatio*, ricollegate alla sua alternativa qualificazione di mera dichiarazione non negoziale di volontà e come tale sottratta alla disciplina delle norma sulla forma dei contratti⁴²⁵.

Pertanto, una *denuntiatio* effettuata oralmente è assolutamente priva di effetto; in particolare, non vale a far decorrere il termine per l'esercizio del diritto, né risulta capace a perfezionare la fattispecie acquisitiva, né vale a rendere valida una rinuncia al diritto preferenziale⁴²⁶.

La *denuntiatio*, salvo il requisito formale, non è legata a particolari esigenze di formulazione e, come regola generale, può ritenersi sufficiente una proposta di acquisto comunque espressa, purché l'atto risulti inequivocabilmente diretto a provocare l'esercizio della prelazione. Ma, appunto per il requisito formale, l'offerta di acquisto deve essere esplicitata e sottoscritta.

Particolari problemi sorgono allorquando viene spedita soltanto una copia del preliminare, non accompagnata da un'espressa formulazione di una proposta di acquisto, e pure priva di una sottoscrizione autografa dell'alienante, finalizzata alla *denuntiatio*, derivandone allora senz'altro l'insanabile invalidità dell'atto. Qualora, invece, una sottoscrizione, autografa e in originale, fosse in qualche modo stata apposta al preliminare ai fini specifici della *denuntiatio*, l'atto, in assenza di un'offerta espressa, non vale come proposta, ma come dichiarazione partecipativa della vicenda negoziale.

424 La prescrizione della lettera raccomandata postula una dichiarazione scritta, IRTI, *La rinascita del formalismo ed altri temi*, in *Idola libertatis*, Milano, 1985, pag. 32 ss..

425 Cass., 19.5.2003, n. 7768.

426 TRIOLA, *Osservazioni in tema di prelazione agraria e forma della denuntiatio*, in *Vita not.*, 1999, pag. 89.

Del preliminare di compravendita tra il proprietario e il terzo è sufficiente allegare una copia semplice⁴²⁷, non essendo prescritta né la trasmissione di un originale, né di una copia autentica. Tenendosi presente tale informalità del documento, ci si chiede se possa ritenersi valida una *denuntiatio* che si limiti a specificare tutte le condizioni della progettata compravendita, pure in carenza dell'allegazione di una copia del preliminare. Se siffatta proposta è funzionalmente idonea a consentire il perfezionamento della fattispecie acquisitiva, essa non è, tuttavia, conforme al modello normativo di *denuntiatio*, in cui la specificazione dell'allegazione del preliminare non può essere degradata a insignificante orpello, rispondendo piuttosto a un'esigenza di maggior tutela del prelazionante, così che si ritiene che una *denuntiatio* priva del preliminare non costituisca corretto adempimento dell'onere notificatorio, con la conseguenza che in nessuna decadenza incorrerebbe il titolare della preferenza qualora non esercitasse il suo diritto⁴²⁸.

Nel caso di comproprietà del fondo offerto in vendita, la *denuntiatio* va sottoscritta da tutti gli alienanti, altrimenti l'atto risulta totalmente inefficace⁴²⁹.

Una *denuntiatio* compiuta da un *falsus procurator* o da un soggetto non legittimato, non costituisce adempimento dell'obbligo di preferenza e, quindi, non è idonea a fare decorrere i termini posti a carico del coltivatore per l'esercizio del suo diritto⁴³⁰.

427 Cass., 19.11.1984, n. 5896.

428 Cass., 22.5.1989, n. 2448; Cass., 2.8.1984, n. 4608; Cass., 3.11.1982, n. 5778. Contro Cass., 19.5.2003, n. 7768; Cass., 5.5.1993, n. 5189.

429 Cass., 27.11.2006, n. 25141; Cass., 20.8.1980, n. 4951.

430 Cass., 8.4.1988, n. 2773; Cass., 13.10.1984, n. 5132.

Qualora i titolari della prelazione siano più di uno, la *denuntiatio* deve essere rivolta individualmente a ciascuno⁴³¹, sia nel caso di più titolari di distinti diritti di prelazione⁴³², sia in quella di più coaffittuari del fondo compravenduto o di comproprietari del fondo confinante⁴³³.

Infine, per quanto concerne la modalità di trasmissione dell'offerta in prelazione tramite raccomandata con ricevuta di ritorno, prescritta dall'art. 8 della legge n. 817/1971, le posizioni divergono. Alcuni ritengono che essa non costituisce un requisito formale, dalla cui inosservanza discenda l'invalidità dell'atto⁴³⁴, per cui deve ammettersi la validità di forme equipollenti di comunicazione, la cui adozione ha l'unica conseguenza di addossare all'alienante l'onere di provare l'acquisita conoscenza della comunicazione da parte del suo destinatario. Altri⁴³⁵, invece, non ne ammettono l'inderogabilità, osservando che la *denuntiatio* non va considerata solo come atto negoziale, ma anche come atto preparatorio di una fattispecie traslativa di un bene immobile, per cui non ci devono essere incertezze sulla sua avvenuta conoscenza.

h) L'esercizio del diritto di prelazione

Abbiamo già precisato che, secondo l'opinione prevalente, l'acquisto in prelazione si realizza attraverso la conclusione di un contratto tra il proprietario alienante e il titolare del diritto, in cui la *denuntiatio* rappresenta la proposta e l'atto di esercizio del diritto l'accettazione.

Conformemente a tale qualificazione, tra *denuntiatio* e atto di esercizio del diritto di prelazione deve, perciò, sussistere identità di contenuto, non

431 Cass., 6.5.1986, n. 3032; Cass., 13.7.1983, n. 4787.

432 Ad esempio, nell'ipotesi di vendita di un complesso di fondi condotti ciascuno da un soggetto diverso sulla base di un autonomo contratto.

433 Cass., 13.7.1983, n. 4787.

434 Cass., 20.1.2009, n. 1348.

435 Cass., 8.10.1990, n. 9868.

potendosi altrimenti perfezionare la fattispecie acquisitiva. Il prelazionante, pertanto, deve limitarsi ad accettare la proposta contrattuale formulatagli e ogni elemento di difformità che dovesse introdurre equivarrebbe a un rifiuto della proposta comunicatagli, da cui discenderebbe la perdita del diritto di prelazione⁴³⁶.

La decadenza dal diritto di prelazione si avrebbe, così, nel caso in cui il prelazionante dichiarasse di esercitare il suo diritto per un importo risultante dalla deduzione dal prezzo della compravendita di un importo che pretenda competergli nei confronti del venditore⁴³⁷, così come in quella in cui egli pretendesse di acquistare anche parte del fondo compravenduto, per la quale il suo diritto, invece, non sussista⁴³⁸.

Non costituisce, però, esercizio difforme della prelazione la dichiarazione con la quale il coltivatore precisi che il versamento del prezzo, diversamente da quanto previsto nel preliminare trasmessogli, avverrà nei termini di legge, dal momento che per l'acquirente in prelazione già di per sé la disciplina del comma 6 dell'art. 8, legge n. 590/1965 prevale su quella pattiziamente convenuta tra alienante e terzo. Soluzione analoga si è accolta per il caso in cui il prelazionante condizioni la sua accettazione alla concessione del mutuo agevolato, ritenendosi che in tale modo egli si limiti ad esplicitare una *condicio iuris* già derivante dalla disciplina dei commi 7 e 8 dell'art. 8, legge n. 590/1965⁴³⁹.

Ovviamente la decadenza si verifica solo quando la *denuntiatio* sia stata correttamente eseguita, in ottemperanza alle varie prescrizioni normative e non sia inficiata da cause di invalidità, altrimenti nessun onere di esercizio del

436 Cass., 26.5.1980, n. 3450.

437 Cass., 20.5.1993, n. 5731; Cass., 15.9.1979, n. 4783.

438 Cass., 28.12.1981, n. 6367.

439 Cass., 17.12.2000, n. 15539; Cass., Sez.Un., 12.2.1988, n. 1508.

diritto incomberebbe al coltivatore, che potrebbe, in alternativa all'esercizio della prelazione, avvalersi del diritto di riscattare il fondo dall'acquirente⁴⁴⁰.

Ovviamente l'atto di esercizio del diritto, quale accettazione di proposta contrattuale di compravendita immobiliare, a sua volta richiede la forma scritta *ad substantiam*.

Il coltivatore deve esercitare il suo diritto entro il termine decadenziale di trenta giorni come stabilito dal comma 4 dell'art. 8, legge n. 590/1965 e, poiché sia la *denuntiatio*, sia la dichiarazione di esercizio del diritto di prelazione sono atti recettizi, il *dies a quo* e il *dies ad quem* vanno identificati, rispettivamente, con la data di ricezione della *denuntiatio* e quella di arrivo a destinazione della dichiarazione di esercizio del diritto.

Detto termine può, però, subire modificazioni per accordo tra le parti del rapporto di prelazione⁴⁴¹, ma una volta che si sia verificata la decadenza non può essere rifatta una seconda *denuntiatio* per riconsentire al coltivatore di acquistare⁴⁴².

L'esercizio della prelazione è in ogni caso atto individuale del singolo titolare del diritto, sia nell'ipotesi di esercizio congiunto necessario, disciplinata dal comma 9 dell'art. 8, legge n. 590/1965, sia in quella di comproprietari del fondo a confine con quello offerto in vendita, senza alcuna necessità di connessione con l'eventuale esercizio da parte degli altri titolari, creandosi unicamente, per l'eventuale concorso di più aventi diritto, un acquisto per quote indivise.

Infine, nell'ipotesi, ora disciplinata dall'art. 7 del decreto legislativo n. 228/2001, di proprietari di più fondi confinanti con quello offerto in vendita, ai quali il venditore abbia necessariamente effettuato la *denuntiatio*, l'esercizio

440 Cass., 22-1-2004, n. 1103.

441 Cass., 10.1.1984, n. 180.

442 Cass., 27.1.1999, n. 723.

della prelazione avviene individualmente, determinandosi allora un concorso tra i vari esercizi del diritto, che va risolto con l'applicazione dei criteri preferenziali posti dalla norma.

Il contratto risultante dall'esercizio della prelazione è una compravendita, la cui efficacia però, sia per quanto concerne gli effetti reali, che l'obbligo dell'alienante di trasferire il possesso, è subordinata al pagamento del prezzo nei termini stabiliti.

Una volta perfezionatosi il contratto di compravendita a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione l'acquirente ha evidentemente la necessità di procedere alla trascrizione del suo acquisto.

Nell'ipotesi in cui la prelazione venga esercitata in assoluta carenza del diritto, malgrado il riconoscimento del perfezionamento di un contratto di compravendita quale conseguenza dell'accordo derivante dall'accettazione della *denuntiatio*-proposta contrattuale, la giurisprudenza ritiene l'acquisto nullo⁴⁴³.

i) La rinuncia al diritto di prelazione

Per consolidata giurisprudenza, una rinuncia al diritto di prelazione è configurabile solo successivamente al momento in cui è stata comunicata al coltivatore l'offerta in prelazione, ossia la *denuntiatio*, infatti, solo in tale momento viene ad esistenza un diritto all'acquisto, mentre una rinuncia effettuata anteriormente sarebbe invalida, sia se frutto di un accordo preventivo, sia se con atto unilaterale, perché, anteriormente alla *denuntiatio* non è possibile valutare tutti gli aspetti positivi e negativi e, quindi, effettuare una rinuncia consapevole⁴⁴⁴.

443 Cass., 2.3.2010, n. 4934; Cass., 2.10.2008, n. 24530; Cass., 15.3.2007, n. 5991; Cass., 12.8.2000, n. 10789.

444 Cass., 30.11.2005, n. 26079.

Per la validità della rinunzia, la *denuntiatio* deve essere stata regolarmente effettuata, necessariamente in forma scritta⁴⁴⁵ e completa nei suoi elementi⁴⁴⁶, senza che in difetto di tale comunicazione acquisti rilevanza la conoscenza del contratto preliminare che l'avente diritto possa eventualmente acquisire da altra fonte.

j) Il riscatto

Dottrina e giurisprudenza, come già ricordato, ormai concordano nell'inquadrare il diritto di riscatto, in tema di prelazione legale, tra i diritti potestativi.

I contrasti, invece, riguardano la natura sanzionatoria o meno di tale diritto, il suo contenuto, gli effetti del suo esercizio.

Generalmente, per giustificare l'esercizio del riscatto nei confronti del terzo acquirente, esso viene concepito in una prospettiva sanzionatoria della violazione dell'obbligo preferenziale, quale diritto accessorio e secondario che trova fonte nell'inadempimento dell'obbligazione primaria⁴⁴⁷.

Altri, invece, configurano il riscatto come mezzo alternativo di realizzazione del diritto preferenziale, derivante dalla carenza o dall'irregolarità della *denuntiatio* e reso attuale e praticabile dalla determinazione delle condizioni dell'acquisto derivante dal contratto dall'alienante concluso con il terzo.

A ciò si collega la tesi che, se il diritto di prelazione sorge solo con la *denuntiatio*, quando questa non abbia avuto luogo, è la stessa vendita a

445 Cass., 30.11.2005, n. 26079

446 Cass., 27.11.2006, n. 25141; Cass., 30.11.2005, n. 26079.

447 GIONFRIDA, Prelazione e retratto del concedente ed affrancazione del fondo enfiteutico, in Circolo giuridico, 1947, pag. 73. In giurisprudenza: Cass., 6.4.1993, n. 4112.

determinare il sorgere del diritto prelazionale, che allora sorge come riscatto⁴⁴⁸.

Ciò conferma che non si tratta di un diritto distinto, bensì del medesimo diritto che, a seguito della vendita diviene esercitabile nei riguardi di chi sia divenuto proprietario del fondo.

Il riscatto è riconosciuto quale unico rimedio per la violazione dell'obbligo prelazionale, restando escluso qualsiasi altro mezzo e, in particolare, la possibilità di una pretesa risarcitoria, né in via alternativa, né in aggiunta al riscatto.

Passando all'esame dei presupposti del riscatto, sebbene il comma 5 dell'art. 8, legge n. 590/1965, ne ricollegi l'eseribilità soltanto a due fattispecie specifiche, cessione del fondo al terzo con omissione della *denuntiatio* e a quello in cui il prezzo indicato nella medesima sia superiore a quello indicato nel contratto di compravendita con il terzo, il diritto è, invece, esperibile in ogni ipotesi di violazione della prelazione.

Considerando le ipotesi di riscatto espressamente menzionate al comma 5 dell'art. 8, legge n. 590/1965, alla mancanza della *denuntiatio* deve equipararsi l'inesattezza della medesima e ciò non solo nei casi in cui l'atto non sia idoneo a perfezionare l'acquisto in prelazione attraverso l'esercizio del diritto⁴⁴⁹, ma anche nelle ipotesi in cui siano carenti, inesatte o inveritiere, le indicazioni prescritte ai fini di una più completa garanzia del prelazionante, quali l'allegazione del preliminare con il terzo o la specificazione del nome dell'acquirente.

Relativamente alla seconda ipotesi contemplata dal comma 5 dell'art. 8, legge n. 590/1965, che il prezzo indicato nella *denuntiatio* sia superiore a

448 Cass., 6.4.2006, n. 8090.

449 Ad esempio, *denuntiatio* in forma orale o priva dell'indicazione degli elementi essenziali, quali l'individuazione del fondo oggetto dell'offerta in prelazione o del prezzo.

quello risultante dal contratto di compravendita, va precisato che il riferimento al prezzo che viene assunto quale secondo termine di paragone per la verifica della veridicità dell'importo indicato nella *denuntiatio*, va inteso non rigidamente, ma in una prospettiva teleologica, che riconosca che la violazione del diritto di prelazione si realizza ogni qual volta le condizioni prospettate al preferito risultino più gravose di quelle concretamente convenute con il terzo.

È stato così negato il riscatto in un caso in cui il prezzo figurante nell'atto di compravendita risultava inferiore a quello della *denuntiatio* in quanto era stato nominalmente diminuito dell'importo promesso dall'alienante al coltivatore per la rinuncia alla prelazione, al cui pagamento concretamente provvede l'acquirente in adempimento di un obbligo assunto nei riguardi dell'alienante⁴⁵⁰, mentre il riscatto è stato riconosciuto in un'ipotesi in cui i due prezzi in parola coincidevano, ma in sede di stipulazione dell'atto notarile fu concessa all'acquirente una lunga dilazione senza interessi nel pagamento⁴⁵¹.

Il riscatto deve ancora ammettersi nell'ipotesi in cui i due prezzi coincidano, ma siano in realtà entrambi simulati, per essere il corrispettivo effettivamente convenuto con il terzo inferiore all'importo di quelli⁴⁵².

La divergenza che apre la via al riscatto può riguardare anche altri contenuti contrattuali, quando si determini sostanziale inosservanza da parte del proprietario dell'obbligo di preferenza dell'affittuario con alterazione della parità delle reali condizioni di acquisto⁴⁵³.

Fra le ipotesi che aprono la via al riscatto deve annoverarsi anche quella della vendita effettuata al terzo successivamente alla *denuntiatio* e prima del decorso del termine per l'esercizio del diritto di prelazione⁴⁵⁴ o addirittura dopo

450 Cass., 8.7.1971, n. 2180.

451 Cass., 11.9.1972, n. 2724.

452 Cass., 16.6.2005, n. 12961.

453 Cass., 13.4.1988, n. 2931.

454 Cass., 27.11.2006, n. 25141.

la stessa dichiarazione di esercizio del diritto e in pendenza del termine per il pagamento del prezzo⁴⁵⁵ e, infine, anche successivamente a questo adempimento, qualora il terzo abbia trascritto il suo titolo anteriormente al prelazionante.

k) Esercizio ed effetti del riscatto

Il riscatto può essere esercitato in seguito alla conclusione della compravendita non preceduta dalla *denuntiatio*, o che faccia seguito ad una *denuntiatio* irregolarmente effettuata⁴⁵⁶.

Non ne costituisce presupposto anche la trascrizione della compravendita, alla quale il comma 5 dell'art. 8, legge n. 590/1965, ricollega solo il *dies a quo* del termine per l'esercizio del diritto⁴⁵⁷.

Titolare del diritto di riscattare il fondo è, evidentemente, il coltivatore cui competeva il diritto di prelazione, violato dal proprietario con la vendita al terzo.

Soggetto passivo del riscatto, come si desume dalla lettera della legge è l'acquirente o il subacquirente, proprietario del fondo nel momento dell'esercizio del diritto.

Nel caso di co-acquirenti il riscatto va necessariamente esercitato nei riguardi di tutti⁴⁵⁸ e la mancanza o irregolarità dell'esercizio del diritto nei riguardi di uno comporterà il mancato perfezionamento della fattispecie acquisitiva e, con lo scadere del termine annuale, la conseguente decadenza totale dal diritto.

455 Cass., 28.3.2001, n. 4499.

456 Cass., Sez. Un., 21.6.1984, n. 3654.

457 Cass., 19.1.2006, n. 1019; Cass., 11.3.1994, n. 2367.

458 Cass., 4.10.1991, n. 10388.

La dichiarazione di riscatto deve avvenire in forma scritta, trattandosi di atto diretto ad operare il trasferimento di un diritto immobiliare. Sebbene non sia necessario l'impiego di formule particolari, secondo la Cassazione⁴⁵⁹ la dichiarazione di riscatto di fondo rustico, per poter produrre i suoi effetti di sostituzione *ex tunc* dell'avente diritto alla prelazione nella stessa posizione del terzo acquirente del fondo, deve essere tempestivamente formulata e deve avere i requisiti di determinatezza, completezza e serietà; in particolare, essa deve contenere un espresso riferimento alla volontà del retraente di pagare lo stesso prezzo convenuto nella compravendita, non essendo sufficiente a tale scopo un semplice richiamo al rogito notarile.

Nel caso di pluralità di titolari del riscatto, questo, conformemente alla soluzione accolta per l'esercizio della prelazione, può venire esercitato con dichiarazione individuale⁴⁶⁰.

Se la dichiarazione viene effettuata tramite un rappresentante, questi deve a sua volta essere fornito di una procura conferita in forma scritta. Nel caso in cui la dichiarazione negoziale di riscatto sia inclusa nella stessa citazione diretta ad ottenere il riconoscimento giudiziale dell'acquisto⁴⁶¹, l'atto agli effetti negoziali deve correttamente venire sottoscritto dal riscattante personalmente.

L'esercizio del riscatto, ai sensi dell'art. 8, comma 5, legge n. 590/1965, è soggetto al termine di un anno, decorrente dalla data di trascrizione della compravendita al terzo; trattasi di termine di decadenza⁴⁶², sul cui decorso è ininfluente ogni circostanza relativa ai motivi per i quali il coltivatore non si è avvalso del suo diritto. Priva di rilievo risulta così anche l'eventuale carenza di

459 Cass., 13.5.2003, n. 7287, in *Vita not.*, 2003, pag. 1421.

460 Cass., 5.7.1984, n. 3925.

461 Cass., 18.7.1991, n. 7969.

462 Cass., 16.4.2003, n. 6095.

colpa del coltivatore nell'aver ignorato la stessa esistenza della compravendita e ciò finanche nell'ipotesi in cui tale mancata conoscenza sia conseguenza di un fraudolento comportamento dell'alienante e dell'acquirente, che potrà fondare unicamente una domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c.⁴⁶³.

L'acquisto operato tramite l'esercizio del diritto di riscatto va trascritto e ciò può avvenire o mediante la trascrizione dello stesso atto di esercizio del diritto, ai sensi dell'art. 2645 c.c.⁴⁶⁴, o mediante la trascrizione della sentenza che accerta l'acquisto⁴⁶⁵.

E' affermazione ricorrente che la dichiarazione di riscatto deve contenere un espresso riferimento alla volontà del riscattante di pagare lo stesso prezzo convenuto nella compravendita, al fine di soddisfare i necessari requisiti di determinatezza, completezza e serietà⁴⁶⁶. Si specifica anzi che quando il riscattante ritenga il prezzo indicato nell'atto di compravendita simulato e, quindi, non dovuto, deve allora quantomeno offrire il prezzo che ritiene di dover pagare⁴⁶⁷. Da analogo onere però il riscattante è, invece, ritenuto esente qualora la compravendita abbia ad oggetto più fondi, con l'indicazione di un prezzo globale riferito al complesso degli stessi, di cui solo una parte sia oggetto di prelazione, per l'impossibilità di distinguere con esattezza l'importo relativo a ciascuno di essi e atteso che la specificazione del prezzo si configura come obbligo gravante sul venditore⁴⁶⁸.

Al riscatto si riconosce concordemente natura di diritto potestativo, dal cui esercizio discende l'acquisizione della proprietà del fondo⁴⁶⁹.

463 Cass., 29.9.1997, n. 9546.

464 TRIOLA, *La Trascrizione*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2004, pag. 107.

465 Cass., 17.8.1988, n. 4957.

466 Cass., 13.5.2003, n. 7287.

467 Cass., 19.11.1990, n. 11162; Cass., 2.3.1990, n. 1655.

468 Cass., 26.06.2007, n. 14754.

469 Cass., 22.1.2008, n. 1305; Cass., 27.11.2006, n. 25130.

Per quanto concerne gli effetti, secondo la giurisprudenza dominante, il riscatto comporta la sostituzione del riscattante all'acquirente nel contratto da quest'ultimo concluso con l'alienante, così che il riscattante verrebbe ad acquistare il fondo direttamente dall'originario proprietario alienante in luogo del terzo, per effetto direttamente del contratto di alienazione e ciò retroattivamente fin dal momento stesso della conclusione del predetto contratto⁴⁷⁰.

La dottrina⁴⁷¹, invece, ancorata al dato normativo ritiene che, a seguito dell'esercizio del riscatto, si realizza un trasferimento, con effetti *ex nunc*, dal retrattato al retraente.

Si è già detto che il riscatto rappresenta un modo per realizzare il diritto preferenziale, alternativo all'esercizio della prelazione che non ha potuto avere luogo per carenza di una *denuntiatio*, con un acquisto che sempre e necessariamente avviene alle condizioni a cui il diritto originariamente spettava, così come sarebbero emerse dalla *denuntiatio* se questa fosse stata eseguita e come emergono, invece, dalla vendita. In questa situazione di equivalenza, prelazione e riscatto si confermano così come due modi alternativi di realizzazione di un medesimo diritto preferenziale, che sorge nel momento in cui si identificano le condizioni dell'acquisto del preferendo, attraverso la *denuntiatio* o la vendita.

Si precisa ulteriormente che l'esercizio del riscatto ha effetti solo reali e non anche obbligatori, poiché, il pagamento del prezzo costituisce non l'oggetto di un obbligo, ma una condizione di efficacia negoziale del riscatto.

470 Cass., 20.10.2009, n. 22177. In dottrina: GABRIELLI, *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pag.699; CIANCIO, *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Padova, 1978, pag. 117.

471 CARPINO, *op. cit.*, pag. 10 ss..

Il prezzo che il coltivatore deve corrispondere a seguito dell'esercizio della prelazione o del riscatto di regola coincide, per il principio della parità di condizioni, con l'importo convenuto tra alienante e terzo e figurante nella *denuntiatio* o, nel caso di riscatto, nel contratto di compravendita.

In particolare, il riscattante non è tenuto a rimborsare al riscattato pure le spese notarili e di registrazione⁴⁷², né a corrispondergli interessi compensativi o corrispettivi⁴⁷³; il pagamento del prezzo costituisce altresì debito di valuta, restando insensibile alla svalutazione monetaria, che si ripercuote, quindi, a danno del riscattato⁴⁷⁴.

Anche nel caso di riscatto esercitato nei confronti di un successivo avente causa dal primo acquirente, il prezzo che il coltivatore deve corrispondere è sempre quello previsto nel primo contratto di compravendita.

La disciplina del pagamento del prezzo a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione è posta dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 8, legge n. 590/1965.

Con riferimento all'acquisto operato tramite l'esercizio del diritto di prelazione, il comma 6 dell'art. 8 prescrive che il versamento del prezzo vada effettuato entro il termine di tre mesi, decorrente dal trentesimo giorno da quello del ricevimento della *denuntiatio*, salvo che sia diversamente pattuito dalle parti.

Nel caso, invece, di esercizio del riscatto, i termini decorrono, alternativamente, dal momento in cui il terzo acquirente comunichi per iscritto al riscattante la sua adesione al riscatto oppure, in mancanza di tale dichiarazione, dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto⁴⁷⁵.

472 Cass., 29.4.2005, n. 8997.

473 Cass., 15.1.2001, n. 49.

474 Cass., 12.7.1991, n. 7777; Cass., 2.3.1990, n. 1655.

475 Cass., 19.4.2006, n. 9088.

4. La prelazione urbana

Con l'espressione prelazione urbana si fa riferimento a tre diverse figure di prelazione legale, ciascuna delle quali collegata ad un rapporto di locazione avente ad oggetto una costruzione urbana.

La prima figura, solitamente qualificata come prelazione commerciale, è prevista dall'art. 38 della legge n. 392/1978; la seconda, nota come prelazione abitativa, è disciplinata dall'art. 3 della legge n. 431/1998; la terza, finora priva di qualificazione usualmente utilizzata e, pertanto, qualificabile come prelazione del patrimonio pubblico, è regolata dall'art. 3 del decreto legge n. 351/2001, convertito con legge n. 410/2001 sulle dismissioni del patrimonio pubblico.

In tutti e tre i casi prospettati caratteristiche essenziale sono, *in primis* l'esistenza di un contratto di locazione in atto, in cui muta soltanto la tipologia del bene locato da alienare e, di conseguenza, la disciplina da applicare, *in secundis* l'attribuzione ad un determinato soggetto della preferenza, a parità di condizioni, nella cessione del bene, connotato tipico di ogni prelazione.

Per quanto concerne, invece, le differenze, un elemento che diversifica le tre ipotesi è quello della ragione giustificativa di ognuna di esse, ma quello della *ratio* della prelazione è anche un argomento assai controverso che da sempre appassiona e divide dottrina e giurisprudenza, e che brevemente, può così sintetizzarsi.

Nella prelazione commerciale si vuole favorire la tutela dell'avviamento commerciale, come clientela ed agevolare, nel contempo, il modo d'essere di una determinata zona attraverso il mantenimento degli esistenti punti di vendita.

Nella prelazione abitativa il fine della norma è certamente quello di garantire al conduttore, con lo strumento dell'acquisto dell'appartamento, di

continuare ad abitarlo, quindi, lo scopo di questa prelazione è la continuità dell'utilizzazione dell'appartamento, lo scopo, cioè di realizzare una sorta di compensazione, data al conduttore, per evitargli di sloggiare dall'appartamento.

Nella prelazione per la dismissione del patrimonio pubblico la ragione giustificativa appare incerta, soprattutto, per la disciplina che caratterizza questa materia; in essa giocano effettivamente due interessi contrapposti: da una parte l'esigenza di una cessione rapida di questi beni, allo scopo di rimpinguare il bilancio pubblico; dall'altra il freno a questa celerità derivante dall'esistenza in prima battuta dell'opzione e in seconda battuta della prelazione, che opera peraltro soltanto a determinate condizioni.

Non sembra che vi siano dubbi sul fatto che i conduttori di questi beni, sia per l'esistenza della prelazione, sia per l'abbattimento del prezzo di acquisto del quale usufruiscono, appaiono fortemente avvantaggiati.

Infine, un altro elemento che di sicuro può servire a distinguere la prelazione commerciale urbana da quella abitativa è che mentre la seconda mira a far cessare il contratto di locazione esistente sul bene ceduto, allo scopo di liberalizzarne l'occupazione e consentirne una più produttiva cessione, la prima, impostata com'è sull'esigenza di salvaguardare l'avviamento aziendale, resta ininfluyente nei confronti della continuazione della locazione alla prosecuzione.

La prelazione in questo caso non è, quindi, strumento di compensazione per il conduttore che debba lasciare l'unità commerciale, ma soltanto uno strumento per rinforzare l'azienda, sul presupposto che chi ha posto radici in una località, ha tutto l'interesse, per mantenere alto il profilo dell'azienda, di conservarla nello stesso posto, ricorrendo allo strumento della proprietà del

locale, tenuto conto delle consuetudini sostanzialmente abitudinarie della clientela.

Ma ognuna delle tre fattispecie di prelazione va ora trattata autonomamente, allo scopo di individuarne le caratteristiche essenziali.

a) La prelazione urbana commerciale

La prelazione urbana commerciale, è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 38 della legge n. 392/1978⁴⁷⁶, il quale attribuisce al conduttore di immobili urbani non adibiti ad abitazione un diritto di prelazione nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato.

Tale diritto di prelazione risulta poi assistito da retratto⁴⁷⁷, che può essere esercitato, a cura del locatario, nei confronti dell'acquirente e di ogni altro successivo avente causa, entro sei mesi dalla trascrizione del contratto di alienazione, in caso di violazione dell'obbligo di preferire.

Si tratta, dunque, di una particolare ipotesi di prelazione legale, caratterizzata da specifiche peculiarità, che poco si coordina con i numerosi altri tipi di prelazione legale esistenti nel nostro ordinamento.

Relativamente alla *ratio* della prelazione urbana, parte della dottrina⁴⁷⁸ e della giurisprudenza⁴⁷⁹ sostengono che essa miri a riunire la titolarità della proprietà e dell'impresa nelle mani dell'imprenditore, nello spirito dell'art. 42 della Costituzione, giustificando così il fatto che il diritto in questione non spetta ai professionisti.

476 Disciplina delle locazioni di immobili urbani.

477 Art. 39, L. n. 392/1978.

478 CASAROTTO, *I nuovi problemi della prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 633; CERVELLI, *La prelazione nell'ipotesi di vendita dell'intero edificio*, in *Giust. civ.*, 1982, I, pag. 2835.

479 Cass., 10.7.1997, n. 6271, in *Foro it.*, 1997, I, pag. 3192.

Ma, in senso contrario, si è rilevato che se così fosse, il diritto di prelazione dovrebbe riconoscersi anche a quegli immobili utilizzati per lo svolgimento di attività che non comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori⁴⁸⁰, dal momento che, anche in tali immobili il conduttore svolge attività imprenditoriale, quindi, una disparità di trattamento non avrebbe nessuna logica giustificazione.

Né tale obiezione si può superare invocando una esigenza pubblicistica di conservazione delle attività produttive e commerciali svolte a diretto contatto con il pubblico⁴⁸¹.

Per gli stessi motivi non sembra condivisibile la tesi secondo la quale la prelazione urbana, alla pari di quella agraria, ha come *ratio* la tutela, entro determinati limiti, del lavoro in genere⁴⁸². Se tale tesi fosse esatta, la prelazione dovrebbe spettare con riferimento agli immobili destinati allo svolgimento di attività professionali ed a quelli complementari o interni ad alberghi e villaggi turistici⁴⁸³ che, invece, sono espressamente esclusi.

In dottrina⁴⁸⁴ si è anche affermato che la prelazione si giustifica in considerazione dell'interesse collettivo alla conservazione ed al potenziamento delle attività produttive⁴⁸⁵; l'acquisto dell'immobile da parte del soggetto che di esso si serve per lo svolgimento della sua attività sarebbe favorito in vista dei positivi riflessi che da esso derivano per l'intera collettività. Indirettamente sarebbe anche tutelato l'interesse del conduttore a consolidare la propria

480 Art. 35, L. n. 392/1978.

481 Cass., 10.7.1997, n. 6271, in *Foro it.*, 1997, I, pag. 3192.

482 ALOISIO, in AA.VV., *Equo canone, Commentario alla L. 27 luglio 1978 n. 392 - Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, Padova, 1978, pag. 233.

483 Art. 35, L. n. 392/1978.

484 CAPUTO, *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Padova, 1988, pag. 5.

485 Di esigenza sociale di conservazione dell'azienda sita nell'immobile locato ha parlato anche Cass., 30.5.1996, n. 5009, in *Arch. locazioni*, 1996, pag. 715.

attività nell'immobile concessogli in locazione, ma questo sarebbe soltanto un aspetto riflesso della normativa in tema di prelazione.

In verità, se davvero si fosse voluto tutelare l'interesse collettivo alla conservazione ed al potenziamento delle attività produttive in genere, allora la prelazione sarebbe stata estesa anche a tutti quei locali in cui si svolgono attività industriali, commerciali o artigianali, di cui all'art. 27, comma 1, n. 1, legge n. 392/1978, e non sarebbe stata, invece, limitata ai locali in cui vengono svolte attività aventi i requisiti previsti dall'art. 35, per effetto del rinvio di cui all'art. 42.

Altra parte della dottrina⁴⁸⁶, infine, ha ritenuto che l'intenzione del legislatore fosse quella di agevolare il particolare modo di essere di una determinata zona attraverso il mantenimento dei punti vendita esistenti.

Ma, in tal caso, l'impaccio creato dal vincolo della prelazione alla commerciabilità dell'immobile locato non sarebbe compensato da una utilità oggettiva intrinsecamente ragionevole e tale da giustificare il grave sacrificio richiesto al proprietario; in tale prospettiva potrebbe addirittura dubitarsi della costituzionalità dello stesso art. 38, legge n. 392/1978.

Se, invece, si tiene presente che tutti gli immobili esclusi dalla prelazione sono caratterizzati dal fatto che in essi vengono esercitate attività con riferimento alle quali non può parlarsi di avviamento in senso tecnico e che, viceversa, gli immobili oggetto della prelazione sono gli stessi per i quali, nel caso di cessazione del rapporto di locazione, al conduttore spetta la indennità per la perdita dell'avviamento, allora si può concludere dicendo che la prelazione ha lo scopo di tutelare l'avviamento commerciale⁴⁸⁷.

486 IZZO, *La prelazione legale per gli studi professionali*, in *Giust. civ.*, 1982, I, pag. 2532; LAZZARO, *Unicità di ratio nelle prelazioni urbane*, in *Rass. equo canone*, 1983, pag. 12. In giurisprudenza, Cass., 10.7.1986, n. 4486, in *Foro it.*, 1987, I, pag. 1523.

487 Cass., 7.8.2002, n. 11908, in *Rass. loc. e cond.*, 2003, pag. 89, con nota di DE TILLA; Cass., 26.10.2001, n. 13291, in *Giur. it.*, 2002, pag. 700, con nota di ANGIONI; Cass., 12.11.1996, n.

A tale orientamento ha anche aderito la Suprema Corte⁴⁸⁸ nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 della legge n. 392/1978, il quale prevede il diritto di prelazione in favore del conduttore di immobile destinato ad uso non abitativo, in riferimento agli artt. 3 e 42 della Costituzione, poiché, trattasi di scelta legislativa che privilegia, rispetto al diritto del proprietario, la posizione di chi esercita una attività lavorativa nell'immobile locato, riconoscendo in tale situazione, rilevante e meritevole di tutela, l'inerenza diretta all'ubicazione dell'immobile dell'avviamento creato dal conduttore.

Va, però, rilevato che talvolta la Corte di Cassazione sembra aver fatto riferimento anche all'avviamento ricollegabile alla ubicazione dell'immobile locato⁴⁸⁹.

aa) Il bene locato

I beni che rientrano nella prelazione urbana commerciale sono, in virtù del combinato disposto degli artt. 27, 35 e 38 della legge n. 392/1978, solo quelli adibiti all'esercizio di un'attività industriale, commerciale, artigianale o turistica, a patto che detti immobili siano utilizzati per lo svolgimento di attività che comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori.

9881, in *Arch. loc. e cond.*, 1997, pag. 233; Cass., 4.10.1996, n. 8713, in *Arch. loc. e cond.*, 1998, pag. 233; Cass., 14.11.1994, n. 9558, in *Arch. loc. e cond.*, 1995, pag. 367; Cass., 21.10.1994, n. 8659, in *Vita not.*, 1995, I, pag. 787; Cass., 24.1.1994, n. 692, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, pag. 732, con nota di DE TILLA; Cass., 23.2.1991, n. 1956; Cass., 8.9.1987, n. 7229, in *Foro it.*, 1988, I, pag. 2636, con nota di CAPPABIANCA; Cass., 10.7.1986, n. 4486, in *Vita not.*, 1986, I, pag. 1230.

488 Cass., 22.5.1991, n. 5753; in senso sostanzialmente conforme Corte cost., 5.5.1983, n. 128, in *Foro it.*, 1983, I, pag. 1497.

489 Cass., 12.6.1997, n. 5268, in *Arch. locazioni*, 1997, pag. 817; Cass., 4.10.1996, n. 8713; Cass., 23.11.1991, n. 12592, in *Vita not.*, 1992, pag. 626.

Secondo la Cassazione la disciplina prevista nel Capo II del Titolo I della legge n. 392/1978 si estende anche alle superfici inedificate o aree nude, in considerazione sia della lettera della legge⁴⁹⁰, la quale parla di immobili in genere e non specificamente di edifici, sia del fatto che non sussiste alcuna ragione tecnico-giuridica per riservare una disciplina del rapporto diversa a seconda che il contratto abbia per oggetto un edificio o una superficie, quando la locazione viene comunque stipulata per lo svolgimento di una delle attività ritenute meritevoli di tutela⁴⁹¹.

Va, altresì, precisato che il riconoscimento del diritto di prelazione prescinde dalla ubicazione dell'immobile locato, nel senso che quest'ultimo è da considerare urbano anche se si trova al di fuori del centro abitato, dovendosi ritenere decisiva la natura non agricola della destinazione.

Per quanto riguarda l'esercizio delle attività menzionate nell'art. 27 della legge n. 392/1978, la Corte di Cassazione ha affermato la necessità che l'attività svolta nell'immobile abbia il carattere dell'abitudine, della stabilità e della continuità e non, quindi, della mera occasionalità⁴⁹² o che il bene sia utilizzato, effettivamente e *de iure*, cioè in rapporto di funzionalità giuridica ed economica, in modo caratterizzante, se non proprio prevalente, e non sporadico, per lo svolgimento di attività comportanti contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori⁴⁹³.

Sempre la Suprema Corte ha poi precisato che, ai fini del riconoscimento del diritto di prelazione, rileva la destinazione effettiva dell'immobile locato, ove lo stesso venga successivamente utilizzato per lo

490 Art. 27, L. n. 392/1978.

491 Cass., 4.2.2004, n. 2069; Cass., 16.1.1990, n. 161, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 1819; Cass., 20.10.1988, n. 5701, in *Arch. locazioni*, 1989, pag. 39; Cass., 12.6.1987, n. 5158, *ivi*, 1987, pag. 466; Cass., 5.3.1986, n. 1418, in *Giust. civ.*, 1987, I, pag. 936.

492 Cass., 23.6.1989, n. 2982, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 1061.

493 Cass., 23.6.1989, n. 2993, in *Giust. civ.*, 1989, I, pag. 2301.

svolgimento di attività comportanti contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, e non quella diversa originariamente pattuita se il proprietario non abbia tempestivamente esperito, a norma dell'art. 80 della legge n. 392/1978, l'azione di risoluzione del contratto a seguito del mutamento di uso da parte del conduttore⁴⁹⁴.

Il fatto che il conduttore non sia tenuto a svolgere nell'immobile locato l'attività in riferimento alla quale è stato concluso il contratto, non significa che gli deve essere accordato un beneficio che tale svolgimento presuppone. Non vi sarebbe motivo, e forse sarebbe anche costituzionalmente illegittimo, sacrificare l'interesse del proprietario alla libera disponibilità dei propri beni in difetto di un avviamento.

Infine, è necessario che il conduttore sia in possesso delle prescritte autorizzazioni amministrative, non essendo concepibile il riconoscimento di un diritto il quale ha per presupposto lo svolgimento di una determinata attività, quando l'attività stessa sia illegale⁴⁹⁵.

Tanto premesso ne deriva che, in virtù del richiamo dell'art. 35 della legge n. 392/1978 ad opera del successivo art. 41, la prelazione non spetta quando l'immobile è adibito per l'esercizio di attività che non comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori⁴⁹⁶.

Perciò, è senz'altro da escludere la prelazione in ordine agli immobili locati per lo svolgimento di attività imprenditoriali caratterizzate dal fatto che l'approccio con i potenziali clienti e la contrattazione avvengono senza la

494 Cass., 12.11.1996, n. 9881; Cass., 8.4.1991, n. 3645, in *Rass. equo canone*, 1992, pag. 101.

495 CIANI, *Le prelazioni a favore del conduttore nella locazione ad uso non abitativo*, in AA.VV., *Le locazioni ad uso non abitativo*, Padova, 1979, pag. 103. In giurisprudenza, Cass., 7.8.2002, n. 11908, in *Rass. loc. e cond.*, 2003, pag. 89, con nota di DE TILLA.

496 Dal che si ricava la conferma che il legislatore ha inteso tutelare quel particolare aspetto dell'avviamento costituito dalla attrazione della clientela per inerenza al locale.

presenza degli interessati, cioè telefonicamente o per corrispondenza⁴⁹⁷ o che il servizio venga prestato al domicilio del cliente o altrove.

È, poi, pacifico che la prelazione non spetta ai commercianti all'ingrosso. Se il legislatore non avesse inteso distinguere fra l'utente o consumatore mediato e quello finale, avrebbe omissis l'espressione pubblico, perché superflua, mentre è chiaro che la stessa identifica la massa dei fruitori minuti del prodotto^{498 499}.

497 CARNEVALI, *Indennità per la perdita di avviamento e aggiornamento del canone*, in AA.VV., *Le locazioni ad uso non abitativo*, Padova, pag. 81.

498 BUONCRISTIANO, in *Equo canone, Commentario alla l. 27 luglio 1978 n. 392 - Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, Padova, 1978, pag. 205.

499 Vi è contrasto, invece, in ordine alla individuazione del campo di applicazione della disposizione in questione. Secondo un primo orientamento l'immobile dovrebbe essere adibito a rapporti comportanti contatti con la collettività indeterminata dei fruitori finali di un servizio (Cass., 12.6.1997, n. 5268, in *Arch. locazioni*, 1997, pag. 817. Tale indirizzo, però, limita la tutela ai soli esercizi commerciali di beni di largo consumo (esp. generi alimentari), escludendo i vari esercizi i quali, nonostante la specialità della merce venduta, sono frequentati da una massa cospicua della popolazione, in quanto inseriti in un determinato contesto urbano, senza che abbiano influenza decisiva le capacità del titolare.

Secondo un altro orientamento (Cass., 11.1.1988, n. 22, in *Foro it.*, 1988, I, pag. 2635) sarebbe sufficiente ad integrare i requisiti prescritti dall'art. 35, cit., anche l'attività che sia diretta ad una ristretta cerchia di clienti, i quali possono essere a loro volta imprenditori, per cui la legge tutelerebbe non soltanto il consumatore finale o l'utente finale del prodotto, ma anche chi acquista beni per trasformarli. Tale indirizzo, però, svalorza la portata del sostantivo pubblico ed esclude l'esigenza che l'avviamento protetto inerisca direttamente all'immobile.

Ma tenendo conto della *ratio* della prelazione, sembra preferibile la tesi intermedia, secondo la quale la formulazione dell'art. 35 esprime l'esigenza normativa che l'immobile sia adoperato dal conduttore, nell'esercizio dell'impresa, come luogo aperto alla frequentazione diretta (senza intermediari) e strumentalmente negoziale dei destinatari dell'offerta dei beni o dei servizi commerciati, cosicché l'immobile assume anche il valore di un fattore di avviamento, che viene tutelato dalla legge; nel relativo accertamento, potrebbe, però, verificarsi che la specializzazione dell'impresa, la particolarità della clientela e le modalità dei rapporti commerciali fra l'impresa ed i clienti concorrano ad escludere che l'immobile locato assolva al necessario ruolo ambientale di contatti diretti con il pubblico dei fruitori (Cass., 8.9.1987, n.7229, in *Foro it.*, 1988, I, pag. 2636; Cass., 15.3.1989, n. 1304).

In applicazione di tali principi si è ritenuto che al conduttore che si serva dell'immobile in locazione per l'esercizio di un'attività artistica-artigianale non spetta il diritto di prelazione nel caso in cui la sua clientela non sia costituita dal pubblico indifferenziato dei consumatori, ma da una ristretta e particolare categoria, la cui scelta resti orientata dalle qualità personali del conduttore e non dalla ubicazione dell'immobile nel quale questo esercita la vendita del suo prodotto (Cass., 23.11.1991, n. 12592, in *Vita not.*, 1992, pag. 626).

In tema di locazione di immobili urbani destinati ad uso diverso da quello abitativo, il diritto di prelazione e quello di riscatto previsti dagli artt. 37 e 38 della legge n. 392 del 1978 in favore del conduttore, spettano anche all'istituto di credito che eserciti la sua attività in un immobile locato, indipendentemente dal riscontro della prevalenza del servizio di sportello, in quanto l'attività di

In virtù degli artt. 27, 35, 38 e 41 della legge n. 392/1978, il diritto di prelazione è, altresì, escluso con riferimento agli immobili destinati all'esercizio di un'attività professionale.

Pertanto, la locazione a favore di un libero professionista che esercita nel locale uno studio professionale, non attribuisce al conduttore il diritto di prelazione. La ragione giustificativa di questa esclusione è stata individuata nel fatto che nell'attività professionale in quanto tale non è rilevabile l'inerenza diretta all'ubicazione dell'immobile dell'avviamento creato dal conduttore, trattandosi di attività in cui prevale l'*intuitus personae*⁵⁰⁰.

La prelazione in discorso mira a favorire il mantenimento dell'avviamento, ma ciò presuppone che avviamento vi sia e che, pertanto, si tratti di attività economica suscettibile di dar luogo all'avviamento, situazione che stride in modo strutturale con l'attività di libero professionista, ove, invece, prevale il rapporto fiduciario.

Spesso, peraltro, ci si trova di fronte a situazioni nelle quali la differenza tra attività meramente professionale e attività commerciale sfuma sul piano concreto. Si è, così, stabilito che ove l'immobile locato sia destinato ad attività organizzata in forma societaria, la qualificazione dell'attività stessa come non meramente professionale, ma commerciale, con la conseguenziale

intermediazione nel credito, pur non essendo espressamente menzionata dall'art. 27 della citata legge n. 392, rientra, al pari delle altre attività indicate nell'art. 2195 c.c., fra quelle commerciali ed è, di per sé, finalizzata a fornire servizi al pubblico che all'uopo deve comunque necessariamente recarsi nell'immobile (Cass., 26.2.2003, n. 2893).

500 Cass., 5.3.1986, n. 1405, in *Arch. loc. e cond.*, 1986, pag. 228, con nota di BARBIERI. La Suprema Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 38, 39, 41 e 35 L. 27 luglio 1978 n. 392, con riferimento agli artt. 3 e 35 della Costituzione, nella parte in cui escludono il diritto di prelazione a favore del conduttore che esercita un'attività professionale nell'immobile locato, in base alla considerazione che, in tale situazione, non è rilevante l'inerenza all'ubicazione dell'immobile dell'avviamento creato dal conduttore, trattandosi di attività in cui prevale l'*intuitus personae*, con la conseguenza che, non essendovi omogeneità di situazioni tra operatori economici ed esercenti attività professionali, deve escludersi la violazione dell'art. 3 della Costituzione, mentre, per altro verso, l'art. 35 della Costituzione non esclude che il legislatore abbia il potere di attuare una distinta protezione delle svariate forme di esplicazione del lavoro.

spettanza del diritto di prelazione, esige il riscontro di un'organizzazione d'impresa che non si esaurisca in sostrato strumentale delle prestazioni personali, e, correlativamente, il riscontro di un'esorbitanza di tali prestazioni dall'opera intellettuale in senso stretto, per trasmodare in coordinamento dei fattori produttivi indirizzato all'offerta di un servizio autonomamente rilevante⁵⁰¹.

Qualora l'immobile urbano locato sia adibito solo in parte ad attività avente le caratteristiche richieste per l'applicabilità degli artt. 38 e 39 della legge n. 392/1978, la prelazione spetta soltanto se detto uso sia effettivamente prevalente in relazione all'intero immobile locato⁵⁰². Il criterio della prevalenza dell'uso per stabilire il regime giuridico della locazione di un immobile, ai fini della prelazione e del riscatto, è applicabile solo se con un unico contratto è pattuita la locazione di un unico immobile, adibito ad uso promiscuo, ma se, invece, parti di un unico immobile sono locate con separati contratti, l'uso determinante la disciplina giuridica di ciascuna di esse è quello stabilito dalla volontà contrattuale⁵⁰³.

Sulla base della predetta normativa la prelazione spetta:

- per gli immobili urbani destinati ad essere utilizzati per l'attività di scuola guida e di disbrigo di pratiche automobilistiche, trattandosi di attività commerciale rivolta a una clientela, originariamente indifferenziata e potenzialmente assai vasta, che comporta contatto diretto con la generalità degli utenti del servizio⁵⁰⁴;

501 Cass., 15.11.1999, n. 12623, in *Vita not.*, 1999, I, pag. 1444; Cass., 7.7.1992, n. 8291, in *Giust. civ.*, 1993, I, pag. 667.

502 Cass., 18.7.2000, n. 9454, in *Vita not.*, 2000, I, pag. 1451.

503 Cass., 24.3.1999, n. 2792, in *Riv. giur. ed.*, 1999, I, pag. 972, con nota di DE TILLA.

504 Cass., 4.10.1996, n. 8713, in *Arch. loc. e cond.*, 1998, pag. 233.

- se l'attività prevalente esercitata sull'immobile è quella di attività scolastica in scuola materna privata esercitata a fini di lucro⁵⁰⁵;
- per quelle unità immobiliari che, pur diverse dall'immobile locato, siano con questo in rapporto di pertinenzialità, con la conseguenza che non è necessaria l'indicazione nella *denuntiatio* fatta dal locatore⁵⁰⁶;
- alle aree nude, allorché su di esse si svolga un'attività ricompresa tra quelle di cui all'art. 27 della legge⁵⁰⁷;
- per l'attività bancaria e per quella di intermediazione nel credito, che rientrano fra quelle commerciali e che sono di per sé finalizzate a fornire servizi al pubblico⁵⁰⁸.

Per analoghi motivi la prelazione non spetta:

- ✓ se l'attività prevalente esercitata sull'immobile è quella di progettazione di edifici e non quella di vendita di appartamenti⁵⁰⁹;
- ✓ se l'attività prevalente esercitata sull'immobile è quella di dipendente di scuola pubblica che eserciti l'attività in modo sporadico allo scopo di integrare lo stipendio⁵¹⁰;
- ✓ con riguardo al locale in favore di editore di un testata giornalistica, in cui da un lato si verifichi la raccolta di notizie, comunicazioni, interviste e collaborazioni saltuarie con il giornale, dall'altro si sottoscrivano gli abbonamenti e gli annunci pubblicitari⁵¹¹.

In conclusione, come già ribadito, l'opinione della Cassazione è nel senso che il rapporto di locazione deve concernere attività diretta con il

505 Cass., 21.9.1988, n. 5186.

506 Cass., 29.9.2005, n. 19157; Cass., 28.6.1994, n. 6198, in *Vita not.* 1995, I, pag. 301; Cass., 30.10.1990, n. 10484, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, pag. 49, con nota di DE TILLA.

507 Cass., 4.2.2004, n. 2069, in *Riv. not.*, 2004, pag. 1025, con nota di GISOLFI; Cass., 16.1.1990, n. 161, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 1819, con nota di DE TILLA.

508 Cass., 26.2.2003, n. 2893, in *Arch. loc. e cond.*, 2003, pag. 311.

509 Cass., 14.11.1994, n. 9558, in *Arch. loc. e cond.*, 1995, pag. 367.

510 Cass., 23.6.1989, n. 2982, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 1061, con nota di DE TILLA.

511 Cass., 12.6.1997, n. 5268, in *Rass. loc. e cond.*, 1997, pag. 339, con nota di GUIDA.

pubblico, come tale legittimamente autorizzata, e deve, in caso di mutamento di destinazione nel tempo, tenersi conto dell'attività effettivamente esercitata nel momento in cui sorge il problema della prelazione e, in caso di attività promiscua, di quella prevalente.

ab) I soggetti della prelazione

La legge attribuisce la prelazione nell'acquisto dell'immobile sulla base di un rapporto di locazione in corso *de iure*⁵¹², il quale costituisce al tempo stesso presupposto per la venuta ad esistenza del diritto e strumento per l'individuazione dei soggetti, attivi e passivi, della prelazione.

Nell'indicare il soggetto sul quale grava l'obbligo di rispettare la prelazione in favore del conduttore, il legislatore si riferisce indifferentemente al locatore⁵¹³ o al proprietario⁵¹⁴, con evidente improprietà terminologica, considerato che le qualità di proprietario e di locatore non sempre coincidono, potendo, infatti, anche il non proprietario stipulare un contratto di locazione⁵¹⁵.

In tali ipotesi è evidente che, a carico del proprietario non locatore, non sia configurabile, in caso di alienazione, l'obbligo di rispettare un diritto di prelazione che presuppone un contratto al quale egli è estraneo⁵¹⁶.

Secondo la Cassazione la prelazione, pur essendo espressamente riferita alla sola ipotesi della locazione stipulata dal proprietario, è estensibile ad ipotesi simili, quale quella della locazione stipulata dall'usufruttuario nel caso di accordo intervenuto fra l'usufruttuario medesimo ed il nudo

512 Cass., 5.7.2004, n. 12291, in *Foro it.*, 2004, I, pag. 3063; Cass., 17.10.1997, n. 10174, in *Foro it.*, 1998, I, pag. 1205.

513 Art. 38, comma 1 e 4, legge n. 392/1978.

514 Art. 38, comma 3, e art. 39, comma 1, legge n. 392/1978.

515 In favore di alcuni soggetti, come ad esempio, il genitore esercente la patria potestà e l'usufruttuario, il relativo potere è riconosciuto loro espressamente dalla legge.

516 Cass., 23.2.1991, n. 1956. In senso contrario CAPUTO, *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Padova, 1988, pag. 14 ss., per il quale il proprietario sarebbe tenuto a rispettare il diritto di prelazione quando la locazione gli è opponibile.

proprietario per la vendita contemporanea dei relativi diritti, restando in tal caso a carico del nudo proprietario l'onere della *denuntiatio* al conduttore⁵¹⁷.

L'individuazione del soggetto titolare della prelazione avviene, invece, per espressa previsione legislativa, mediante il coordinamento tra l'art. 41 e l'art. 35 della legge n. 392/1978. La tecnica legislativa non è impeccabile, ma la conclusione è agevole, per cui aventi titolo a prelazione sono i soggetti che, nell'immobile locato, svolgono un'attività che comporti contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, escluse le attività professionali e quelle di carattere transitorio. In altre parole, la legge attribuisce il diritto a prelazione al soggetto in testa al quale vengano a coincidere le due qualità di locatario e di titolare dell'attività produttiva.

Ha costituito oggetto di discussione il problema della sorte della prelazione allorquando il contratto di locazione sia stato ceduto ad altri. In proposito si è deciso che in caso di cessione del contratto di locazione, purché venga insieme ceduta o locata l'azienda, la prelazione può essere esercitata soltanto dal conduttore cessionario del contratto, il quale subentra a tutti gli effetti all'originario conduttore⁵¹⁸, pertanto, la *denuntiatio* dovrà a questi essere notificata.

Sulla base di questa affermazione si è affermato, altresì, che la prelazione:

- * in caso di sublocazione spetta al subconduttore e non al vecchio conduttore⁵¹⁹. Secondo la Cassazione, poiché, la *ratio* della prelazione si fonda su di un'esigenza pubblicistica di conservazione delle attività produttive e commerciali svolte a diretto contatto con il pubblico, deve

517 Cass., 20.2.1992, n. 2080, in *Giust. civ.*, 1992, I, pag. 1762.

518 Cass., 18.5.2003, n. 3996, in *Vita not.*, 2003, I, pag. 889.

519 Cass., 18.5.2003, n. 3996, in *Vita not.*, 2003, I, pag. 889; Cass., 10.7.1997, n. 6271, in *Vita not.*, 1998, I, pag. 226; Cass., 23.2.1991, n. 1956; Cass., 20.2.1990, n. 1261, in *Vita not.*, 1990, I, pag. 121.

ritenersi legittima una interpretazione estensiva del termine conduttore, onde ricomprendersi anche il subconduttore che abbia lecitamente assunto tale qualità⁵²⁰ e che si sia reso, nel contempo, cessionario dell'azienda, con conseguente facoltà di esercitare in proprio il diritto di prelazione, avendo il precedente conduttore assunto un mero ruolo di intermediario nel rapporto di locazione⁵²¹ e perduto, con la cessione, ogni interesse nella gestione dell'attività produttiva⁵²²;

- * in caso di esercizio in forma associata dell'impresa spetta anche al contitolare o consocio di una impresa, cui partecipino anche soggetti estranei alla titolarità del rapporto locativo⁵²³. Secondo la Suprema Corte, per quanto l'art. 38 della legge n. 392/1978 faccia espresso riferimento soltanto, al singolare, alla figura del conduttore quale avente diritto alla prelazione, non può ritenersi che si renda necessaria l'unicità o l'esclusività dell'esercizio da parte del conduttore dell'attività imprenditoriale nell'immobile locato, non trovando la debita riferibilità al conduttore dell'attività privilegiata dalla legge alcun apprezzabile ostacolo alla sua positiva considerazione, ove la relativa esplicazione avvenga in forme di contitolarità della relativa impresa (assuma o no questa le forme tipiche della società di persone) con soggetti estranei al rapporto di locazione⁵²⁴ ;

520 Mediante regolare comunicazione al locatore *ex art.* 36, legge n. 392/1978.

521 Cass., 23.2.1991, n. 1956.

522 Cass., 10.7.1997, n. 6271, in *Foro it.*, 1997, I, pag. 3192; Cass., 20.2.1990, n. 1261, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 1224; Cass., 24.1.1994, n. 692, in *Arch. locazioni*, 1993, pag. 716. In dottrina prevale l'opinione contraria: la prelazione, in quanto vincolo che incide sul potere del proprietario di disporre della titolarità del suo bene, non può prescindere da un rapporto diretto tra questi ed il preferito: CASAROTTO, *I nuovi problemi della prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 635.

523 Cass., 26.10.2001, n. 13291, in *Giur. it.*, 2002, pag. 700, con nota di ANGIONI; Cass., 19.12.1996, n. 11363, in *Arch. loc. e cond.*, 1997, pag. 221.

524 Cass., 22.7.1987, n. 6410, in *Giust. civ.*, 1988, I, pag. 2359, con nota di Izzo, *La prelazione urbana e la titolarità dell'attività privilegiata*, per il quale la sussistenza della società di fatto dovrebbe venire manifestata nella stipulazione della locazione perché possa rilevare giuridicamente nei confronti del locatore.

- * in caso di impresa familiare, se il contratto di locazione è stato stipulato dal titolare dell'impresa in proprio, i compartecipi non hanno alcun potere di decisione in ordine all'esercizio o meno del diritto di prelazione. Secondo la Cassazione, partendo dal presupposto che la *ratio* della prelazione e del riscatto mira alla conservazione, nel pubblico interesse, delle imprese, attraverso lo strumento preferenziale, l'esercizio dei diritti in questione spetta al conduttore ancorché solo partecipante all'impresa familiare esercente l'attività commerciale, di cui sia titolare il coniuge, in quanto tale intestatario delle licenze amministrative⁵²⁵.

Non spetta, infine, il diritto di prelazione e riscatto con riferimento ai rapporti nei quali sia conduttore la pubblica amministrazione, a prescindere dal fatto che l'attività svolta nell'immobile locato comporti o meno contatti diretti con il pubblico degli utenti⁵²⁶.

ac) *La denuntiatio*

In tema di prelazione urbana commerciale, uno degli aspetti teorici che più ha fatto discutere dottrina e giurisprudenza, è stato quello della natura giuridica della *denuntiatio*, dal momento che la legge n. 392/1978 prevede una disciplina che si differenzia dalle altre ipotesi di prelazione legale⁵²⁷.

Infatti, l'art. 38, comma 1, stabilisce che, nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato, deve darne comunicazione al conduttore mediante atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario. La comunicazione, oltre alle condizioni alle quali l'alienazione dovrebbe avere luogo, deve contenere l'invito ad esercitare o meno il diritto di prelazione. Il conduttore deve esercitare la prelazione offrendo condizioni

525 Cass., 11.2.1993, n. 1699, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, pag. 1050.

526 Cass., 2.3.1990, n. 1661, in *Vita not.*, 1990, I, pag. 165.

527 Art. 732 c.c.; art. 8, legge n. 590/1965.

uguali a quelle comunicategli e versare il prezzo contestualmente alla stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare.

Gli schieramenti sono molto diversi.

Secondo un primo orientamento, prevalente soprattutto in dottrina⁵²⁸, l'acquisto del preferito si realizza attraverso l'utilizzazione del normale schema contrattuale, in tale prospettiva la *denuntiatio* del locatore ha il valore di proposta contrattuale e la risposta del conduttore il valore di accettazione, con la conseguenza che la conclusione successiva del contratto è solo frutto della prassi degli affari, ossia semplice riproduzione in forma pubblica di un contratto già concluso per scrittura privata.

In senso contrario si è rilevato, però, che se il legislatore avesse voluto avvalersi dello schema proposta-accettazione vi avrebbe fatto espresso riferimento. Inoltre, l'aver previsto che il pagamento del prezzo debba avvenire in un momento successivo all'esercizio della prelazione, e cioè contestualmente alla conclusione del contratto, definitivo o preliminare, di compravendita esclude che siffatto contratto sia già stato concluso.

Secondo un altro orientamento⁵²⁹, seguito anche dalle prime decisioni della Suprema Corte⁵³⁰ intervenute sul problema, la comunicazione non ha natura di proposta, ma costituisce una sorta di dovuto interpello, che si colloca nell'ambito della fase delle trattative, da formulare quando il locatore abbia l'intenzione di trasferire il bene. La vera proposta contrattuale sarebbe del conduttore, il quale, ricevuta la comunicazione del locatore, potrebbe esercitare il diritto di prelazione offrendo condizioni uguali a quelle

528 ALOISIO, in *Equo canone. Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, Commentario a cura di BIANCA, IRTI, LIPARI, PROTO PISANI e TARZIA, Padova, 1980, pag. 449 ss.; TERZAGO, *Diritto di prelazione e riscatto*, Milano, 1980, pag. 51; CASAROTTO, *I nuovi problemi della prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, pag. 638.

529 CARPINO, voce *Prelazione e riscatto. II. Immobili urbani*, in *Enc. giuridica*, vol. XXIII, 1990, pag. 4.

530 Cass., 9.5.1985, n. 2897; Cass., 26.10.1985, n. 5283, in *Foro it.*, 1986, I, pag. 3105.

comunicategli, aprendo in tal modo l'*iter* per la conclusione dell'accordo, il quale giungerebbe a compimento solo con l'accettazione del locatore in sede di stipulazione del contratto definitivo.

In senso contrario è stato osservato che l'art. 38, comma 4, legge n. 395/1978 ricollega all'offerta, da parte del conduttore, di condizioni uguali a quelle comunicategli, il sorgere dell'obbligo del versamento del prezzo da versare contestualmente alla stipula del contratto preliminare o definitivo di vendita, per cui tale previsione sarebbe priva di significato se la *denuntiatio* non costituisse il primo atto di un procedimento che può portare almeno alla nascita di un obbligo di trasferire il bene locato, e se l'atto di esercizio della prelazione avesse la natura di una semplice proposta e non dovesse essere considerato come l'atto che, insieme alla *denuntiatio*, comporta il sorgere dell'obbligo in questione.

Se, poi, la *denuntiatio* non avesse il valore di una proposta, non sarebbe giustificabile il rigore formale previsto per tale atto, vale a dire la notifica a mezzo ufficiale giudiziario.

Ancora, non si comprende come si potrebbe parlare di esercizio della prelazione con riferimento ad un atto che non sarebbe idoneo a produrre alcun mutamento nella situazione preesistente.

Secondo un'altra tesi⁵³¹ il legislatore avrebbe fatto un uso improprio dei termini intenzione ed offerta, i quali andrebbero intesi come sinonimi rispettivamente di proposta ed accettazione, dal cui scambio deriverebbe il trasferimento dell'immobile locato. Ciò sarebbe dimostrato dal fatto che quando il locatore comunica al conduttore la propria intenzione di cedergli l'immobile, indicando il corrispettivo e le altre condizioni della vendita, sono

531 TERZAGO, *Diritto di prelazione e riscatto*, Milano, 1980, pag. 51; QUAGLIONE, *Prelazione nelle locazioni non abitative: meccanismi e vendita in blocco*, in *Atti del convegno nazionale sul tema: la cessazione del rapporto locativo: dubbi e certezze*, Salerno, 1984, pag. 29.

integrati tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi di una definita proposta contrattuale, anche se nell'art. 38, comma 1, non è stato usato questo termine⁵³².

Ma l'adesione a tale tesi rende, però, necessario spiegare perché l'art. 38, comma 4, prevede la stipulazione di un contratto preliminare o definitivo di vendita successivamente all'esercizio del diritto di prelazione, che avrebbe già operato il trasferimento dell'immobile locato.

A tal proposito, si è affermato che tali atti avrebbero valore semplicemente riproduttivo di un trasferimento già avvenuto⁵³³.

La spiegazione potrebbe condividersi ove il legislatore avesse previsto solo la stipulazione del contratto definitivo che, rivestito della forma dell'atto pubblico, consentirebbe di trascrivere l'acquisto. Ma il legislatore ha, invece, previsto la stipulazione, in alternativa con il contratto definitivo, di un contratto preliminare, il quale è istituzionalmente destinato a far sorgere l'obbligo di trasferire e, quindi, non può avere valore riproduttivo di un trasferimento già avvenuto.

Ed è proprio dalla previsione della stipulazione di un contratto preliminare o definitivo, successivamente all'esercizio della prelazione, che bisogna partire per giungere alla conclusione che, in tema di prelazione urbana, lo scambio della *denuntiatio* e dell'offerta di condizioni uguali non è sufficiente a produrre il trasferimento del bene locato⁵³⁴.

532 QUAGLIONE, *op. cit.*, pag. 29.

533 ALOISIO, in AA.VV., *Equo canone, Commentario alla L. 27 luglio 1978 n. 392 - Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, Padova, 1978, pag. 238; Cass., 17.4.986, n. 2726, in *Giust. civ.*, 1986, pag. 2838.

534 TRIOLA, *op. cit.*, pag. 256.

Si è anche sostenuto che l'esercizio della prelazione comporterebbe la conclusione di un contratto preliminare, dal quale sorgerebbe l'obbligo di stipulare il contratto definitivo, secondo il disposto dell'art. 38, comma 4⁵³⁵.

La previsione di un contratto preliminare, in alternativa al contratto definitivo, andrebbe spiegata come riferimento ad un preliminare improprio (c.d. compromesso), ma pur sempre anch'esso negozio definitivo traslativo del bene, qualora le parti dovessero optare per la sua stipulazione, decidendo di non procedere, per il momento al rogito notarile. Ma da quali elementi risulti che il legislatore, pur menzionando il contratto preliminare, avrebbe, in realtà, inteso fare riferimento ad un contratto definitivo concluso per scrittura privata e non per atto pubblico, non viene, però, chiarito.

Anche secondo una decisione della Cassazione⁵³⁶ l'effetto dello scambio dei consensi (*denuntiatio* ed atto di esercizio della prelazione) sarebbe la conclusione di un contratto preliminare, e senza che ciò possa contrastare con la previsione della stipulazione di un contratto preliminare contestualmente al versamento del prezzo, in quanto si tratterebbe di un obbligo delle parti di semplice documentazione in un unico atto dell'accordo già raggiunto, in modo da facilitarne la registrazione e la ulteriore traduzione nell'atto, pubblico definitivo.

In senso contrario è stato rilevato che i termini dell'accordo tra le parti sono individuati con sufficiente certezza dalle comunicazioni che essi si sono scambiati, per cui non si vede la necessità di un contratto preliminare, che avrebbe natura e funzione non corrispondente al *nomen iuris*.

535 CIANI, *Le prelazioni a favore del conduttore nella locazione ad uso non abitativo*, in AA.VV., *Le locazioni per uso non abitativo*, Padova, 1979, pag. 103.

536 Cass., 16.6.1988, n. 4103, in *Giust. civ.*, 1988, I, pag. 448.

Infine, secondo altro indirizzo⁵³⁷, la *denuntiatio* non è assimilabile ad una proposta per la semplice ragione che, in essa, della proposta manca la libertà e la spontaneità. La *denuntiatio* è, invece, soltanto un atto dovuto di interpello, volto a provocare la proposta contrattuale da parte del preferito, e come tale priva di natura negoziale, al pari dell'atto di esercizio della prelazione.

In senso contrario è stato osservato che tale ricostruzione, però, muove da una premessa inaccettabile quale è da ritenersi la tesi della natura non negoziale della proposta quando essa rivesta il carattere di atto dovuto, e trascura di considerare che se il soggetto passivo, nel trasmettere al preferito una proposta trasmessa al terzo o da questi ricevuta, dovesse assumere un atteggiamento neutro, senza così manifestare una volontà negoziale, non si comprende come l'esercizio della prelazione da parte del preferito potrebbe determinare la conclusione di un contratto, non essendo mai stata manifestata nei confronti di tale soggetto una volontà negoziale.

Dallo scambio delle comunicazioni previste dal primo e dal terzo comma dell'art. 38, nasce, pertanto, solo un obbligo a contrarre, che troverà attuazione, a scelta delle parti, nella successiva stipula di un contratto preliminare o definitivo⁵³⁸.

Infatti, la previsione della stipulazione di un contratto preliminare o definitivo di vendita successivamente allo scambio delle comunicazioni, che in uno schema normale dovrebbero costituire proposta ed accettazione, autorizza a concludere per l'esistenza di una deroga implicita al principio in virtù del

537 Cass., Sez. Unite, 4.12.1989, n. 5359, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 336; Cass., Sez. Unite, 4.12.1989, n. 5357, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pag. 918. In dottrina: BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988, pag. 259 ss..

538 Cass., 19.1.1988, n. 356, in *Giust. civ.*, 1988, I, pag. 1210. In dottrina: FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 123; ZIMATORE, in BOZZI, CONFORTINI, DEL GROSSO, ZIMATORE, voce *Locazioni di immobili urbani*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, 1983, pag. 1005.

quale il contratto si conclude nel momento in cui l'accettazione viene a conoscenza del proponente, per effetto della quale il trasferimento della proprietà è il risultato di un *iter* negoziale più complesso di quello normale, in quanto è preceduto dal sorgere di un rapporto obbligatorio.

Probabilmente il legislatore, con riferimento alla comunicazione del conduttore, non ha parlato di accettazione, ma di offerta di condizioni uguali a quelle comunicategli, proprio per evitare che si potesse pensare che l'esercizio della prelazione comporti la conclusione di un contratto con effetti traslativi immediati, secondo lo schema risultante dagli artt. 1326 e 1376 c.c..

A conclusioni non difformi, in ordine agli effetti dello scambio delle comunicazioni è pervenuta la Cassazione, affermando, contraddittoriamente, che la *denuntiatio* è qualificabile come proposta contrattuale, ma si inserisce, in un particolare meccanismo predisposto dall'art. 38, per assicurare al conduttore l'esercizio del diritto di prelazione, quale atto d'interpello, dovuto dal proprietario, nonché vincolato nella forma e nel contenuto e, correlativamente, la dichiarazione del conduttore di esercizio della prelazione medesima non costituisce accettazione di proposta e non comporta immediato acquisto dello immobile, ma determina l'insorgenza per entrambe le parti dello obbligo di addivenire, entro un preciso termine, alla stipula del previsto contratto, con contestuale pagamento del prezzo⁵³⁹.

Ovviamente la disputa appena descritta tra gli opposti orientamenti dottrinale e giurisprudenziali non è un puro e semplice esercizio ermeneutico, uno degli scopi è proprio quello di accertare se, una volta instaurato con la *denuntiatio* il procedimento previsto dalla legge, i soggetti interessati possano

539 Cass., 17.11.1998, n. 11551, in *Arch. loc. e cond.*, 1999, pag. 68; Cass., 16.12.1992, n. 13274, in *Vita not.*, 1993, I, pag. 242; Cass., 22.2.1991, n. 1909, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, pag. 20, con nota di LEPRI; Cass., Sez. Unite, 4.12.1989, n. 5357, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pag. 918, con nota di GENTILI; Cass., 12.8.1988, n. 4941, in *Arch. loc. e cond.*, 1989, pag. 61; Cass., 14.3.1988, n. 2427, in *Giust. civ.*, 1988, I, pag. 1707, con nota di TRIOLA.

o meno mutare opinione e decidere di non addivenire più alla cessione del bene.

Se si accettasse l'opinione maggioritaria in dottrina, occorrerebbe concludere che, consistendo la *denuntiatio* in una proposta contrattuale, il proponente potrebbe avere ripensamenti fino al momento in cui il beneficiario della prelazione abbia portato a sua conoscenza che egli intende esercitare la prelazione.

Se, invece, si accetta l'opinione della giurisprudenza, che disancora il meccanismo dalla volontà contrattuale e la fa derivare da un obbligo di legge imposto per assecondare un interesse superiore, occorre concludere che, instaurato il procedimento, questo non può essere più fermato da ripensamenti delle parti.

ad) Forma della *denuntiatio*

L'art. 38 della legge n. 392/1978 dispone, al comma 1, che la comunicazione deve essere portata a conoscenza del conduttore con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario e, al comma 2, che nella comunicazione devono essere indicati il corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro, le altre condizioni concernenti la compravendita e l'invito ad esercitare il diritto di prelazione.

In questo modo, dunque, la legge prescrive le formalità e il contenuto della *denuntiatio*, che data la loro essenzialità pongono non pochi problemi.

In primo luogo, rispetto alla notifica tramite ufficiale giudiziario, ci si chiede se siano consentiti sistemi diversi. La giurisprudenza della Suprema Corte appare sostanzialmente possibilista, poiché esclude che le indicazioni

previste dalla legge debbano sussistere a pena di nullità⁵⁴⁰, ed ammette che possano essere utilizzate modalità equipollenti, quale l'invio per lettera raccomandata⁵⁴¹, oppure la consegna al conduttore di un atto scritto contenente tutte le indicazioni necessarie⁵⁴², purché dotati della stessa ufficialità di cui è dotata la notifica tramite ufficiale giudiziario⁵⁴³. Non è stata, invece, reputata valida *denuntiatio* il bando d'asta, poiché esso non si indirizza specificamente al titolare della prelazione; in tal caso occorre che, esaurita la gara d'asta, il proprietario locatore del bene dia corpo successivamente ad una *denuntiatio* indirizzata specificamente al titolare del diritto di prelazione⁵⁴⁴.

In ordine, poi, al contenuto che deve caratterizzare la *denuntiatio* si è affermato che rispetta la legge la comunicazione contenente la volontà di vendere, con l'identificazione del bene e del prezzo⁵⁴⁵. Dunque, la *denuntiatio* non si esaurisce nella comunicazione di un generico intento, volta a sondare il pensiero del conduttore in ordine alla mera eventualità di un trasferimento a titolo oneroso dell'immobile, ma deve contenere la specifica indicazione di tutte le condizioni della vendita progettata⁵⁴⁶, ed in particolare l'indicazione del corrispettivo da quantificare in ogni caso in denaro e delle clausole essenziali

540 Cass., 18.4.1995, n. 4334, in *Giust. civ.*, 1995, I, pag. 2716, per la quale le indicazioni previste dalla legge non debbono sussistere a pena di nullità, con la conseguenza che resta riservato alla valutazione del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata, accertare se l'atto costituisca valida comunicazione al conduttore dell'intenzione di trasferire l'immobile.

541 Cass., 27.11.1991, n. 12689, in *Foro it.*, 1992, pag. 2451, la quale afferma espressamente che può essere ritenuto mezzo equipollente la lettera raccomandata recapitata al destinatario da parte di messo postale, secondo la normativa postale.

542 Cass., 17.11.1998, n. 11552, in *Arch. loc. e cond.*, 1999, pag. 65; Cass., 27.10.1992, n. 11696, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, pag. 520.

543 Cass., 18.3.1987, n. 2721, in *Arch. loc.*, 1987, pag. 266; Cass., 16.5.1984, n. 3605, in *Giust. civ.*, 1984, pag. 3029, con nota di BRUNI; Cass., 6.11.1989, n. 4608, in *Rass. equo canone*, 1990, pag. 88.

544 Cass., 12.1.2006, n. 411.

545 Cass., 21.4.2005, n. 8368.

546 Cass., 21.5.1991, n. 5713, in *Giust. civ.*, 1992, I, pag. 503.

della stipulanda alienazione, oltre l'invito, anche implicito, ad esercitare la prelazione stessa.

Con riguardo alle clausole essenziali si è chiarito che non sono indispensabili:

- la precisazione che il bene sarebbe stato frazionato per la vendita a due diversi acquirenti o che il contratto definitivo sarebbe stato stipulato in breve termine, con conseguente dilazione del termine di pagamento dovuto dall'acquirente⁵⁴⁷;
- la facoltà del venditore di scegliere il notaio, perché si tratta di elemento non determinante e comunque estraneo al contenuto contrattuale della compravendita⁵⁴⁸;
- la comunicazione del preliminare stipulato con il terzo⁵⁴⁹;
- l'espressa indicazione del recapito del locatore, ove far pervenire l'atto di esercizio della prelazione, con la conseguenza che l'omissione di tale facoltativa indicazione non determina l'irritualità della comunicazione, né può considerarsi un impedimento all'esercizio della prelazione, giacché essendo richiesta per quest'ultima dall'art. 38 della legge n. 392/1978 la notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario, assume rilievo quale luogo di adempimento dell'obbligazione del conduttore quello di esecuzione della notificazione desunto dagli artt. 137 e ss. c.p.c.⁵⁵⁰, così come non è necessaria la comunicazione del preliminare stipulato con il terzo⁵⁵¹.

Si è, inoltre chiarito che la *denuntiatio* al conduttore esplica i suoi effetti anche se è sottoscritta da un rappresentante del locatore che tale si

547 Cass., 16.4.1993, n. 4532, in *Vita not.*, 1993, I, pag. 1431.

548 Cass., 14.10.1992, n. 11208, in *Arch. loc. e cond.*, 1993, pag. 67.

549 Cass., 15.5.1991, n. 5464, in *Vita not.*, 1991, pag. 1017.

550 Cass., 14.11.1994, n. 9559, in *Arch. locazioni*, 1995, pag. 365.

551 Cass., 15.5.1991, n. 5464, in *Arch. locazioni*, 1991, pag. 748.

dichiari nell'atto o come tale sia conosciuto dal conduttore⁵⁵², e che essa, nel caso in cui l'immobile appartenga a più persone, deve provenire da tutti i proprietari, richiedendosi, nel caso in cui provenga da uno solo d'essi, la spendita del nome degli altri, nonché, a norma degli artt. 1324, 1350 e 1392 c.c., la loro procura per iscritto. In mancanza, la comunicazione è inefficace e non determina decadenza a carico del conduttore, che non eserciti il diritto di prelazione, salva la ratifica proveniente degli altri proprietari che, però, non ha un effetto retroattivo, bensì, comporta il successivo insorgere dell'onere del conduttore di esercitare il proprio diritto e, quindi, il decorrere del termine per la dichiarazione del conduttore solo dalla relativa comunicazione⁵⁵³.

Non basterebbe, del resto, la conoscenza di fatto, da parte del conduttore, dell'intenzione di alienare, non essendo tale conoscenza equiparabile, per gli effetti, alla *denuntiatio*⁵⁵⁴.

In dottrina⁵⁵⁵ si è ritenuto che l'inesatta o incompleta *denuntiatio* normalmente non ha efficacia liberatoria, a meno che tale lacuna riguardi una clausola idonea ad incidere negativamente sull'interesse del soggetto preferito, e non, viceversa, del soggetto vincolato.

Nello stesso ordine di idee in giurisprudenza si è affermato che la *denuntiatio* priva delle indicazioni necessarie per la individuazione dell'immobile locato o con incerte indicazioni al riguardo, è inefficace e, perciò, non idonea a far decorrere il termine per l'esercizio della prelazione urbana, anche quando risulti che di fatto il conduttore era a conoscenza

552 Cass., 27.11.1991, n. 12689, in *Vita not.* 1992, I, pag. 631.

553 Cass., 27.4.1990, n. 3549, in *Vita not.*, 1990, I, pag. 152.

554 Cass., 27.10.1992, n. 11696, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, pag. 520; Cass., 17.11.1998, n. 11552, in *Arch. loc. e cond.*, 1999, pag. 65.

555 FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 76.

dell'intenzione di alienazione del locatore, non essendo tale conoscenza equiparabile, per gli effetti, alla *denuntiatio*⁵⁵⁶.

Il diritto di prelazione spettante al conduttore di immobile urbano adibito ad uso non abitativo e quello succedaneo di riscatto, previsti dagli artt. 38 e 39 della legge n. 392/1978 hanno ad oggetto anche quelle unità immobiliari che, pur diverse dall'immobile locato, siano con questo in rapporto di pertinenzialità. Pertanto, non ne è necessaria l'indicazione nella *denuntiatio* fatta dal locatore⁵⁵⁷.

Poiché, non tutte le indicazioni previste dall'art. 38 debbano sussistere a pena di nullità, è valida anche la comunicazione non contenente l'esplicito invito all'esercizio della prelazione, ma in cui si chieda al conduttore di procedere alla immediata stipula della compravendita⁵⁵⁸.

Quanto, infine, al tempo in cui va effettuato l'interpello, è stato precisato che nel caso in cui tra la *denuntiatio* (non seguita da esercizio della prelazione) e la vendita al terzo intercorra un intervallo di tempo tale da far escludere, anche in conseguenza della variazione dei valori monetari, una obiettiva parità fra le condizioni di tale vendita e quelle a suo tempo comunicate al conduttore, ricorre a carico del locatore alienante l'onere di provvedere ad una diversa ed ulteriore *denuntiatio*, ancorché le condizioni di vendita siano rimaste formalmente immutate rispetto a quelle della pregressa comunicazione, conseguendone in mancanza la sanzione del riscatto a favore del conduttore⁵⁵⁹.

L'art. 38 della legge n. 392/1978 dispone che il conduttore deve esercitare il diritto di prelazione entro il termine di sessanta giorni dalla

556 Cass., 27.10.1992, n. 11696.

557 Cass., 29.9.2005, n. 19157.

558 Cass., 18.4.1995, n. 4334, in *Giust. civ.*, 1995, I, pag. 2716.

559 Cass., 21.5.1991, n. 5713, in *Arch. loc. e cond.*, 1991, pag. 739; Cass., 10.11.1995, n. 11716, in *Arch. loc. e cond.*, 1996, pag. 370.

ricezione della comunicazione, con atto notificato al proprietario a mezzo di ufficiale giudiziario, offrendo condizioni uguali a quelle comunicategli. Ma è stato chiarito che ove sia scaduto il termine legale di sessanta giorni stabilito a favore del conduttore, l'eventuale proroga del termine concessa dal proprietario costituisce una sua discrezionale concessione, che lo vincola solo per il periodo per il quale ha ritenuto di concederla, ne consegue che, se nel termine stabilito nella proposta contrattuale il destinatario della medesima non accetti le condizioni, o non dichiari, nel termine stabilito dal proponente, di accettarle incondizionatamente, il contratto non si conclude e le eventuali diverse condizioni dal destinatario prospettate configurano una nuova proposta⁵⁶⁰.

ae) Esercizio della prelazione e rinuncia

Il locatario, ricevuta la *denuntiatio*, può scegliere tra esercizio positivo della prelazione, esercizio negativo oppure rinuncia. Nel primo caso dovrà procedersi al versamento del prezzo, contestualmente alla stipulazione del contratto di compravendita o del preliminare; nel secondo il locatore è libero di alienare il bene a terzi alle medesime condizioni offerte al soggetto attivo della prelazione; in caso di rinuncia, il proprietario sarà libero di alienare il bene a qualsiasi condizione, poiché il soggetto attivo della prelazione non ha interesse a far valere la sua posizione di preferenza, quali che siano le condizioni d'acquisto.

Secondo la giurisprudenza dominante la rinuncia al diritto di prelazione non può avvenire in astratto, ma soltanto dopo che il fatto costitutivo della

560 Cass., 26.9.2005, n. 18783.

prelazione si sia realizzato, cioè dopo che la *denuntiatio* sia avvenuta nel rispetto delle forme previste⁵⁶¹.

Evidentemente la giurisprudenza distingue il diritto dal suo esercizio: al diritto non si può rinunciare aprioristicamente prima che esso venga ad esistenza; una volta sorto, si può rinunciare a farlo valere. Dunque, il legislatore si è preoccupato che il diritto, previsto nell'interesse generale, non venga eluso, ma una volta che il diritto sia venuto ad esistenza, trattandosi di diritto del soggetto privato, costui può rinunciare a farlo valere e il legislatore, assicuratosi che il diritto sia sorto, si disinteressa del suo mancato esercizio.

E' anche accaduto che il conduttore, regolarmente notiziato dal locatore, in un primo momento ha dichiarato di voler esercitare la prelazione, ma successivamente vi ha rinunciato. In tal caso, la rinuncia del conduttore ad esercitare la prelazione opera come proposta di scioglimento del vincolo giuridico nel quale si sostanzia l'accordo sull'esercizio della prelazione e può, come tale, essere revocata prima della dichiarazione di accettazione della controparte⁵⁶².

E' stato anche precisato che la previsione pattizia di esclusione o di rinuncia del conduttore al suo diritto di prelazione è nulla per effetto dell'art. 79 della legge n. 392/1978, il quale stabilisce la nullità di patti diretti ad attribuire al locatore vantaggi in contrasto con le altre disposizioni di legge, non essendovi dubbi sul fatto che rientra nella previsione di tale norma il patto il quale consenta al proprietario di vendere liberamente l'immobile locato, senza l'intralcio costituito dall'obbligo di concedere la preferenza al conduttore⁵⁶³.

561 Cass., 24.9.1996, n. 8444, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 3342.

562 Cass., 16.12.1992, n. 13274, in *Vita not.*, 1993, pag. 242.

563 TERZAGO, *op. cit.*, pag. 5; CAPUTO, *op. cit.*, pag. 6; BERNARDINI, *op. cit.*, pag. 285; nel senso della validità della rinuncia pattuita all'atto della stipula del contratto, quando sia compensata con una misura del canone inferiore a quella effettivamente concordata Cass.,

La nullità di detta clausola comporta, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., la nullità dell'intero contratto di locazione, se risulta che le parti, senza di essa, non lo avrebbero stipulato, non ricorrendo, contrariamente a quanto ritenuto in dottrina⁵⁶⁴, l'ipotesi prevista dall'art. 1419, comma 2, c.c. della sostituzione di diritto di una clausola nulla.

af) Il retratto

In tutte le ipotesi di violazione del diritto di prelazione, il rimedio tipico riconosciuto al soggetto pretermesso è il retratto o riscatto.

Dottrina⁵⁶⁵ e giurisprudenza⁵⁶⁶ concordano nell'inquadrare il diritto di riscatto, in tema di prelazione legale, come un diritto potestativo. Se, infatti, per diritti potestativi si intendono quei poteri in virtù dei quali il loro titolare può ottenere la modificazione di situazioni giuridiche preesistenti o la creazione di nuove nei confronti di terzi, non v'è dubbio allora che il riscatto è un diritto potestativo, complementare al diritto di prelazione; è lo strumento per la tutela della prelazione, il mezzo che serve ad assicurare ed a realizzare gli stessi obiettivi perseguiti dalla legge con la prelazione⁵⁶⁷.

Il diritto del conduttore di subentrare al terzo acquirente del bene immobile, in caso di mancata osservanza delle norme sulla prelazione, è un diritto potestativo del retraente che si estrinseca in una dichiarazione unilaterale recettizia.

Il diritto di retratto, a norma dell'art. 39 della legge n. 392/1978 compete in caso di omessa comunicazione dell'intento di alienare, di vendita a

29.10.1995, n. 10907, in *Giust. civ.*, 1996, I, pag. 2675.

564 TERZAGO, *op. cit.*, pag. 6.

565 Per tutti CARPINO, *op. cit.*, pag. 136.

566 Per tutte Cass., 18.3.1987, n. 2721, in *Giur. it.*, 1998, I, pag. 1020.

567 Cass., 13.2.1986, n. 7463, in *Nuova rass. giur. civ. comm.*, 1987, I, pag. 607.

condizioni diverse⁵⁶⁸, in caso di vendita a terzi dell'immobile locato nonostante l'esercizio del diritto di prelazione da parte del conduttore⁵⁶⁹, nel caso in cui la stipulazione dell'atto di vendita con il terzo sia stata effettuata in data successiva e diversa da quella indicata nella *denuntiatio*⁵⁷⁰.

Relativamente agli effetti che il riscatto produce la legge tace, pertanto, secondo la tesi prevalente della giurisprudenza⁵⁷¹ il riscatto comporta la sostituzione del retraente, con efficacia *ex tunc*, all'acquirente nel contratto stipulato senza il rispetto del diritto di prelazione.

Sul presupposto che l'esercizio del diritto di riscatto ha come effetto non la risoluzione del contratto traslativo a vantaggio del terzo e la contestuale formazione di un titolo di acquisto *ex nunc* a favore del retraente, né un nuovo trasferimento del diritto sul bene dal terzo acquirente al titolare del diritto di riscatto, ma la sostituzione con effetto *ex tunc* di detto titolare al terzo nella stessa posizione che questi aveva nel negozio concluso, sulla base della propria dichiarazione unilaterale recettizia, sicché la pronuncia, che decida positivamente sul valido esercizio di detto diritto potestativo del conduttore, è di mero accertamento del già avvenuto trasferimento, la Cassazione⁵⁷² ha affermato che le vicende modificative *ex latere conductoris*, che intervengono dopo l'avvenuto esercizio del riscatto ad opera dell'avente diritto (attuale conduttore dell'immobile), non valgono a trasferire al cessionario della locazione anche la titolarità del diritto di riscatto.

568 Cass., 9.12.1997, n. 12459, in *Arch. civ. loc. e cond.*, 1998, pag. 196; Cass., 1.7.1991, n. 7241, in *Vita not.*, 1991, I, pag. 1002; Cass., 21.5.1991, n. 5713, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, pag. 114.

569 Cass., 2.4.1997, n. 2872, in *Vita not.*, 1997, I, pag. 863; Cass., 26.6.1992, n. 7998, in *Rass. equo can.*, 1993, pag. 80.

570 Cass., 6.6.1992, n. 6999, in *Rass. equo can.*, 1993, pag. 78.

571 Cass., 18.3.19987, n. 2721, in *Foro it.*, 1988, pag. 1151; Cass., 9.5.1985, n. 2898, *ivi*, 1986, pag. 1408.

572 Cass., 12.1.2006, n. 410. Se viene esercitato il retratto, il trasferimento della proprietà avviene soltanto all'esito favorevole della causa; nel corso di questa il conduttore che ha esercitato l'azione di retratto deve continuare a versare il canone locatizio, Cass., 15.1.1991, n. 300.

Il retratto va, altresì, proposto nei confronti di entrambi i coniugi che abbiano acquistato il bene in regime di comunione legale, pena la decadenza se decorrono i termini e l'azione di retratto sia stata proposta soltanto nei confronti di un solo coniuge⁵⁷³.

Anche in ordine alle modalità di esercizio del riscatto la legge non dice nulla.

La dichiarazione va presentata nel termine legale di decadenza di sei mesi, che decorre dalla data della trascrizione dell'atto di vendita. Si è chiarito che il termine di decadenza è assoluto e prescinde da ogni considerazione sui motivi per i quali il conduttore non sia venuto a conoscenza della trascrizione⁵⁷⁴, tanto è vero che il termine decadenziale non può essere escluso neppure quando il ritardo sia addebitabile al comportamento fraudolento del proprietario o del compratore⁵⁷⁵.

Infine, la dichiarazione va espressa con atto stragiudiziale oppure mediante atto di citazione a giudizio⁵⁷⁶.

ag) I limiti

La legge non qualifica la tipologia negoziale che fa scattare il meccanismo della prelazione, ma si intuisce comunque che il negozio-tipo preso in considerazione sia stata la compravendita, come si desume dalle espressioni utilizzate sia dall'art. 38⁵⁷⁷ della legge n. 392/1978, che dall'art. 39⁵⁷⁸ della stessa legge.

573 Cass., 29.5.1998, n. 5340, in *Giur. it.*, 1999, pag. 931; Cass., 5.6.1995, n. 6299, in *Giust. civ.*, 1995, I, pag. 2623.

574 Cass., 16.7.1996, n. 6417, in *Arch. loc. e cond.*, 1996, pag. 900.

575 Cass., 22.4.1999, n. 3985.

576 Cass., 17.11.1988, n. 6222, in *Foro it.*, 1990, I, pag. 101; Cass., 3.4.1993, n. 4039, in *Foro it.*, 1993, I, pag. 3053.

577 "Trasferire a titolo oneroso", "corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro", "versamento del prezzo di acquisto".

578 "... versamento del prezzo deve essere effettuato".

A differenza di quanto accade per la prelazione agraria, il legislatore non menziona come ipotesi esclusa la permuta, pertanto, uno dei problemi che si pongono è quello di accertare se la permuta rientri o meno nella prelazione commerciale urbana.

La giurisprudenza della Cassazione afferma chiaramente che la permuta resta esclusa alla prelazione e dal riscatto commerciale urbana, per la sostanziale considerazione che all'interno della permuta manca la possibilità, per il conduttore, di offrire condizioni esattamente uguali a quelle comunicategli⁵⁷⁹.

È fuori di ogni dubbio che la soluzione adottata sia in linea con la struttura stessa della prelazione, la quale presuppone che il prelazionario va preferito soltanto a parità di condizioni e tra le condizioni che caratterizzano la permuta vi è quella di cedere al locatore altro bene da lui gradito, che presumibilmente il conduttore non sarebbe in grado di assolvere.

Per analoghi motivi la giurisprudenza ha escluso che sia applicabile la prelazione:

- ✓ per l'atto di conferimento in società, il quale non può essere configurato come trasferimento a titolo oneroso, né è possibile che il titolare del diritto di prelazione possa offrire al locatore-venditore la medesima controprestazione e le medesime condizioni, in quanto il conferimento in società è correlato alla qualità di socio⁵⁸⁰;
- ✓ per la cessione di quote della società locatrice, che non è in alcun modo assimilabile al trasferimento a titolo oneroso dell'immobile predetto, né alla

579 Cass., 6.5.2003, n. 6867, in *Arch. civ.*, 2004, pag. 399; Cass., 16.5.1991, n. 5519, in *Giust. civ.*, 1991, I, pag. 1657.

580 Cass., 29.9.2005, n. 19160; Cass., 21.7.2000, n. 9592, in *Foro it.*, 2000, I, pag. 2774.

diversa ipotesi della alienazione della quota in comproprietà dell'immobile che i comproprietari hanno concesso in locazione ad un terzo⁵⁸¹;

- ✓ nel caso di vendita forzata dell'immobile locato⁵⁸²;
- ✓ nel caso di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori⁵⁸³;
- ✓ nel caso di vendita della quota di proprietà del bene locato, mancando anche in questo caso il presupposto dell'identità dell'immobile locato con quello venduto⁵⁸⁴.

Infine, si è anche chiarito che in materia di divisione giudiziale di immobile non comodamente divisibile, l'attribuzione del bene al comproprietario avente diritto alla quota maggiore non può essere opposta con la prelazione, giacché questa presuppone la libera determinazione del proprietario-locatore di trasferire a titolo oneroso l'immobile⁵⁸⁵.

ah) Rapporti con altre prelazioni

La costituzionalità della disciplina concernente la prelazione urbana è stata posta in dubbio confrontandola con la disciplina della prelazione agraria, si è, cioè dubitato che sarebbe violato il principio costituzionale di uguaglianza, senza alcuna ragionevolezza nella differenziazione delle due discipline.

Secondo la giurisprudenza la questione di legittimità costituzionale degli artt. 38 e 39 della legge n. 392/1978 è manifestamente infondata, perché la diversità e non comparabilità delle situazioni considerate dal legislatore, nel

581 Cass., 21.3.2001, n. 4020, in *Foro it.*, 2001, I, pag. 1520; Cass., 23.7.1998, n. 7209, in *Foro it.*, 1999, I, pag. 3018.

582 Cass., 16.12.1996, n. 11225, in *Foro it.*, 1997, I, pag. 805.

583 Cass., 14.1.1994, n. 339, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, pag. 183; Cass., 15.5.1991, n. 5464, in *Vita not.*, 1991, pag. 1017; Cass., 6.4.1990, n. 2900, in *Giust. civ.*, 1990, I, pag. 2596.

584 Cass., 5.12.2003, n. 18648, in *Foro it.*, 2004, I, pag. 681; Cass., 21.10.1998, n. 10431, in *Riv. not.*, 1999, pag. 422; Cass., 20.12.1990, n. 12088, in *Giust. civ.*, 1991, I, pag. 2713.

585 Cass., 18.9.1991, n. 9748, in *Arch. loc.*, 1992, pag. 302.

settore della imprenditorialità agraria ed in quello delle locazioni urbane, giustifica ampiamente la razionale diversità della disciplina specifica dettata per l'uno e per l'altro ordinamento, senza possibilità di traslazione di norme⁵⁸⁶.

Poiché, la prelazione urbana e la prelazione agraria rispondono a finalità diverse, essendo la prima posta a tutela dell'avviamento commerciale mentre la seconda persegue la finalità di unificare nella stessa persona la titolarità dell'impresa agraria e la proprietà del fondo destinato all'attività imprenditoriale e, poiché, la prelazione urbana trova una propria disciplina nell'art. 38 della legge n. 392/1978, la quale individua nella stretta coincidenza tra bene locato e bene venduto un presupposto essenziale per l'esercizio del relativo diritto da parte del conduttore, deve escludersi la possibilità di applicare, in via analogica, alla prelazione urbana la disciplina propria della prelazione agraria, posto che il ricorso all'analogia *legis* presuppone che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice non sia prevista e disciplinata da alcuna norma⁵⁸⁷.

E non può essere invocato dal conduttore l'art. 8 della legge n. 590/1965 che prevede la sospensione del termine per il versamento del prezzo per l'ipotesi di richiesta del mutuo da parte del coltivatore del fondo rustico che abbia esercitato il diritto di prelazione agraria, perché l'art. 38 della legge n. 392/1978 contiene una particolare e completa disciplina dell'istituto della prelazione urbana commerciale, senza lacune e possibilità di rinvio ad altra normativa⁵⁸⁸.

Ciò a dimostrazione del fatto che a diversità di disciplina corrisponde diversità di istituto, con l'ovvia conseguenza che ognuna delle discipline previste dalla legge, consistendo in una sorta di eccezione rispetto

586 Cass., 17.3.1993, n. 3174, in *Vita not.*, 1993, I, pag. 1410.

587 Cass., 12.5.2003, n. 7185, in *Giust. civ.*, 2003, I, pag. 2067.

588 Cass., 21.10.1994, n. 8659, in *Vita not.*, 1995, I, pag. 787.

all'autonomia negoziale che inerisce alla proprietà privata, va interpretata restrittivamente senza possibilità di interpretazione analogica, neppure attingendo a dettati normativi valevoli per altri tipi di prelazione.

Nei confronti della prelazione volontaria si è chiarito che il patto di prelazione non prevale sulla prelazione legale di cui all'art. 38 della legge n. 392/1978, ma è destinato ad avere effetti obbligatori tra gli stipulanti a condizione che non sussista o che non venga esercitata la prelazione legale stessa, in una situazione di compatibilità necessariamente subordinata e residuale⁵⁸⁹.

La normativa della prelazione legale ed, in particolare, il termine di 60 giorni previsto dall'art. 38 della legge n. 392/1978 in tema di prelazione urbana non può trovare applicazione neppure in via analogica per la prelazione convenzionale nel caso in cui non sia pattuito un termine per l'esercizio della prelazione, restando questa disciplinata dagli artt. 1326 e 1328 c.c., a norma dei quali in mancanza della prefissione di un termine per rispondere alla proposta di contratto, l'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito⁵⁹⁰.

Per effetto della disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 38 della legge n. 392/1978, il diritto di prelazione spettante al conduttore non trova applicazione nelle ipotesi previste dall'art. 732 c.c. e, quindi, anche nel caso in cui il coerede alieni a persona estranea alla comunione ereditaria la sua quota o parte di essa, prevalendo il diritto di prelazione attribuito, dalla citata disposizione del codice civile, ai coeredi⁵⁹¹. Precisando, altresì, che detta disposizione ha carattere assoluto senza trovare deroga per il caso di mancato esercizio o di estinzione del diritto del coerede, atteso che l'alienazione di una

589 Cass., 15.10.2002, n. 14645, in *Vita not.*, 2002, I, pag. 1487.

590 Cass., 4.2.1988, n. 1094, in *Arch. loc. e cond.*, 1988, pag. 577.

591 Cass., 3.5.1990, n. 3629, in *Vita not.*, 1990, I, pag. 149.

quota, o frazione di quota ereditaria, comunque ne sia indicato l'oggetto, importa il trasferimento della situazione giuridica dell'alienante nella comunione, ma non comporta il trasferimento all'acquirente dell'immobile locato ricadente nella successione e nella comunione⁵⁹².

b) La prelazione urbana abitativa

L'art. 3 della legge n. 431/1998 stabilisce che alla prima scadenza dei contratti di locazione il locatore può avvalersi della facoltà di diniego del rinnovo del contratto, dandone comunicazione al conduttore con preavviso di almeno sei mesi, quando ricorrono le condizioni tassativamente elencate alle lettere a), b), c), d), e), f) e g).

Alla lettera g), in particolare, è riconosciuto il diritto di impedire il rinnovo quando il locatore intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione. In tal caso, aggiunge la norma, è riconosciuto al conduttore il diritto di prelazione, da esercitare con le modalità di cui agli articoli 38 e 39 della legge n. 392/1978.

Dunque, per la prima volta viene introdotto nell'ambito delle locazioni urbane avente per oggetto alloggi abitativi⁵⁹³ il diritto di prelazione, in precedenza previsto e limitato, dalla legge n. 392/1978, alle sole locazioni commerciali.

La *ratio* di questo nuovo diritto di prelazione è quella di assicurare una maggiore autonomia negoziale alle parti, infatti, nella relazione che ha accompagnato la discussione parlamentare è scritto che specifico obiettivo

⁵⁹² Cass., 19.5.1988, n. 3466, in *Giust. civ.*, 1989, I, pag. 154.

⁵⁹³ NASINI, *Locazione di immobili urbani*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento, Tomo II Torino, 2003, pag. 842; PADOVINI, *La prelazione del conduttore nell'alienazione dell'immobile*, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di PATTI, Milano, 2001, pag. 197.

della riforma era quello di “attuare una scelta di liberalizzazione controllata del settore delle locazioni a fini abitativi, definendo a tale scopo un complesso di regole nell’ambito delle quali possano trovare spazio una maggiore autonomia negoziale delle parti, la possibilità di scelta fra diverse soluzioni contrattuali ed un quadro di maggiori certezze giuridiche in ordine al rientro in possesso dell’immobile locato al termine del contratto”⁵⁹⁴.

Autorevole dottrina⁵⁹⁵ ha evidenziato che esiste un doppio mercato degli immobili urbani: un immobile locato ha un valore considerevolmente inferiore rispetto ad un immobile libero, per cui il proprietario che decide di vendere si troverebbe di fronte all'alternativa di sopportare una falcidia del valore del proprio bene o attendere la fine del rapporto locatizio. In tal caso, il meccanismo previsto dall'art. 3 della legge n. 431/1998 consente al locatore di porre sul mercato il suo immobile occupato chiedendo il prezzo corrispondente a quello dell'immobile libero. A questo punto, però, la legge tutela il conduttore, concedendogli detto diritto di prelazione in modo da assicurargli la possibilità di continuare ad abitare nella stessa casa.

Quindi, la prelazione in oggetto ha una duplice finalità, consentire al proprietario-locatore di cedere il bene come bene libero, allo scopo di lucrare un più favorevole prezzo di vendita, nonché, consentire al conduttore di continuare ad abitare l’appartamento goduto in locazione. Pertanto, la norma si preoccupa di soddisfare sia l’interesse del locatore che l’interesse del conduttore.

A differenza della locazione commerciale, nella quale la prelazione si preoccupa di soddisfare esclusivamente il conduttore, nell’interesse dell’azienda da questi esercitata, nella locazione abitativa, invece, viene

594 Relazione dell’VIII Commissione permanente della Camera dei Deputati, presentata alla Presidenza il 25 novembre 1998.

595 PADOVINI, *op. cit.*, pag. 198.

tutelato anche l'interesse del locatore, da ciò uno stretto collegamento tra disdetta e prelazione, nel senso che la seconda opera soltanto ove primieramente sia stata esercitata la prima.

ba) Collegamento tra disdetta e prelazione

La norma, infatti, è congegnata in modo tale che il diritto di prelazione non sorge autonomamente nel momento in cui il locatore intende alienare l'immobile a titolo oneroso, ma opera solo nel momento in cui, e a condizione che, sia data disdetta del contratto di locazione da parte del locatore, ma non una qualsiasi disdetta, bensì, disdetta perché l'appartamento deve essere venduto.

Ciò significa che il diritto di prelazione è previsto come appendice e come contrappeso ad un altro diritto, il diritto da parte del locatore di recedere dal contratto di locazione; in altre parole, il diritto di prelazione è correlato alla disdetta.

Perciò, se il locatore non vuol dare disdetta e, quindi, desidera che il rapporto di locazione prosegua, non sorge il diritto di prelazione; in tal caso il proprietario può alienare l'immobile a chiunque, senza alcun obbligo di *denuntiatio*.

Può anche accadere che il proprietario locatore abbia dato disdetta allo scopo di alienare l'alloggio come libero, ma che, successivamente, egli cambi idea e decida di mantenere in essere il contratto di locazione, in tal caso la prelazione non opera, perché è venuto meno il presupposto sul quale poggia la prelazione, vale a dire la disdetta.

D'altro canto non avrebbe alcun senso l'operatività della prelazione, se l'interesse del conduttore (continuare ad abitare l'alloggio) sia per altra strada pienamente soddisfatto. Il presupposto della prelazione è che si sciogla il

contratto di locazione e questo si scioglie non per effetto della disdetta, ma per effetto della disdetta seguita dalla vendita dell'appartamento. Se l'appartamento non viene venduto entro un anno dalla data in cui il locatore ha riacquisito la disponibilità dell'alloggio, il conduttore ha diritto, ai sensi dell'art. 3, comma 5, della legge n. 431/1998, al ripristino del rapporto di locazione. Il ripristino comporta la continuazione del precedente rapporto locatizio che si è apparentemente sciolto, continuazione naturalmente a far data dalla rioccupazione dell'alloggio da parte del conduttore.

Disdetta e prelazione sono, dunque, istituti diversi, che operano autonomamente, ognuno con proprie regole e con propri dati formali, ma esse si intersecano a vicenda. Perché sorga la prelazione occorre che la disdetta abbia dato i suoi frutti, ma per dare i suoi frutti occorre che l'appartamento sia venduto. Se il locatore non riesce a trovare un acquirente dell'appartamento, egli non sarà in grado di fare la *denuntiatio* per l'esercizio della prelazione da parte del conduttore, perché la *denuntiatio* presuppone, ai sensi dell'art. 38 della legge n. 392/1978, la notifica tramite ufficiale giudiziario, con l'indicazione del prezzo di vendita e delle altre modalità contrattuali.

bb) Impossidenza di altra unità abitativa

Una delle condizioni previste dalla nuova norma perché possa operare la prelazione in discorso è che il proprietario-locatore non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione.

Per la verità la norma è congegnata in modo tale che l'impossidenza, appare più indirizzata alla possibilità di chiedere la disdetta che alla possibilità di rendere applicabile la prelazione, infatti, l'art. 3 della legge n. 431/1988 stabilisce che la disdetta può essere chiesta allorché il soggetto intenda

alienare l'unità abitativa e contemporaneamente non abbia la titolarità di altra unità abitativa, ad eccezione di quella eventualmente adibita a propria abitazione.

Pertanto, l'impossidenza di altro immobile e il possesso del solo immobile adibito a propria abitazione costituiscono requisiti destinati a supportare la fattispecie della disdetta, cioè della conclusione del contratto di locazione alla prima scadenza quadriennale o biennale. Ragion per cui se essi non sussistono, non si realizza la valida disdetta e non viene, quindi, ad esistenza il diritto di prelazione.

La disposizione è stata oggetto di critica da parte della dottrina per vari motivi, perché da una parte il vantaggio è stato offerto soltanto al piccolo proprietario e non anche al proprietario abbiente; da un'altra parte perché il conduttore non è stato avvantaggiato in ogni caso di vendita, ma soltanto nella vendita che escluda l'immobile abitativo occupato; infine, perché sembrerebbe che il proprietario di numerosi immobili non abitativi possa effettuare la disdetta senza incorrere in alcuna preclusione⁵⁹⁶.

Ma la condizione, che non si possieda altro immobile abitativo oltre quello utilizzato in proprio, appare ad una certa dottrina un argomento forte per affermare che tutta la normativa è impostata sul fatto che il locatore sia anche proprietario del bene che intende porre in vendita, con la conseguenza che la norma non può trovare applicazione nell'ipotesi che il locatore sia usufruttuario e non proprietario del bene⁵⁹⁷.

Infine, la legge parla di alloggio adibito a propria abitazione, il che impone di ritenere che non contano tanto le indicazioni catastali o

596 MAGNI, *Nuove leggi civili commentate*, Milano, 2002, pag. 558.

597 PADOVINI, *op. cit.*, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di PATTI, Milano, 2001, pag. 199; NASINI, *op. cit.*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento, Tomo II, Torino, 2003, pag. 843.

amministrative del bene, quanto l'effettiva utilizzazione come bene abitativo proprio da parte del proprietario locatore⁵⁹⁸.

bc) Altri casi di esclusione

A norma dell'art. 1, comma 2 e 3 della legge n. 431/1988, le nuove disposizioni non trovano applicazione per determinate categorie di alloggi, in particolare per gli immobili vincolati ai sensi della normativa sui beni culturali; per gli immobili inclusi nelle categorie catastali A/1 (abitazioni di tipo signorile), A/8 (ville), A/9 (castelli e palazzi di preminenti pregi artistici e storici); per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica; per gli alloggi locati esclusivamente per finalità turistica; infine, per gli alloggi caratterizzati da contratti di locazione stipulati dagli enti locali in qualità di conduttori per soddisfare esigenze abitative di carattere transitorio.

Nel caso dei beni culturali è evidente che opera la prelazione dello Stato, considerata più una sorta di espropriazione indiretta che una vera e propria prelazione ed è, altresì, evidente che il commercio dei beni culturali, data la loro caratteristica, segue una sua propria rigida disciplina, intesa a controllare il commercio giuridico di questi beni così rilevanti sul piano dell'interesse generale.

Gli immobili inclusi nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9 erano state già escluse dalla disciplina della legge n. 392/1978, presumibilmente perché si tratta di abitazioni così particolari da farle ritenere insuscettibili di essere incluse in una normativa generale sulle locazioni, che evidentemente presuppone immobili di taglia e di strutturazione tipizzata.

⁵⁹⁸ PADOVINI, *op. cit.*, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di PATTI, Milano, 2001, pag. 201.

La categoria degli alloggi di edilizia residenziale pubblica è stata esclusa perché la locazione di questi beni è soggetta a particolare disciplina, a canone congruo e, soprattutto, non al mercato libero delle locazioni.

Infine, la locazione turistica presuppone un certo reddito in capo al conduttore e, pertanto, il legislatore non ha ritenuto di includere nella prelazione anche questi alloggi, oltretutto, trattasi di locazioni che solitamente hanno una durata limitata nel tempo.

In un primo momento, è stato ipotizzata l'esclusione anche di un'altra categoria di alloggi; infatti, atteso che la norma recita “quando il locatore intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione”, proprio facendo leva su quest'ultima frase, “oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione”, si è detto che la disposizione trova applicazione solo nell'ipotesi che il locatore sia persona fisica, perché soltanto per le persone fisiche può parlarsi di propria abitazione.

Ma la conclusione è solo in parte corretta, poiché, leggendo correttamente la norma, occorre che il locatore non abbia la proprietà di altro immobile ad uso abitativo, a cui fa eccezione il caso che abbia un alloggio adibito a propria abitazione, in tal caso l'impossidenza di altro immobile non rileva.

Esiste insomma una regola e un'eccezione: la regola è l'impossidenza di altri immobili abitativi; l'eccezione il possesso di immobile adibito a propria abitazione.

Orbene, se può affermarsi che solo ad una persona fisica possa applicarsi l'eccezione, non può dirsi altrettanto per la regola, perché può accadere che un ente o una persona giuridica privata posseda il solo

immobile dato in locazione abitativa, o possedga più immobili, ma tutti offerti in locazione commerciale, non abitativa.

La norma, insomma, in questi casi appare applicabile e, data la genericità della dizione “locatore”, non vi è motivo di attribuire ad esso ulteriori qualificazioni che non troverebbero alcun appiglio nel testo normativo⁵⁹⁹.

bd) I soggetti della prelazione

Soggetto attivo del diritto di prelazione previsto dall'art 3, lettera g), della legge n. 431/1988 è il conduttore dell'immobile adibito ad uso di abitazione. E appena il caso di notare come l'ambito di applicazione soggettivo previsto dalla legge n. 431/1988 sia allo stesso tempo più ampio e più ristretto rispetto alla precedente legge n. 392/1978. Più ampio, perché riguarda tutti i rapporti di locazione di immobili ad uso di abitazione, mentre la legge n. 392/1978 disciplina solo le locazioni di immobili urbani; più ristretto, perché riguarda solo i rapporti di locazione abitativa, mentre la legge n. 392/1978 disciplina anche i rapporti di locazione non abitativa.

In caso di pluralità di conduttori, in applicazione dell'art. 38, comma 5 e seguenti, tutti i conduttori sono titolari del diritto di prelazione, ragione per la quale il diritto di prelazione può essere esercitato da tutti congiuntamente o, qualora taluno vi rinunci, dai rimanenti o dal rimanente conduttore.

Soggetto passivo è il locatore che intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione. Evidentemente la qualifica di locatore e quella di proprietario devono coincidere in testa alla stessa persona.

⁵⁹⁹ PADOVINI, *op. cit.*, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di PATTI, Milano, 2001, pag. 201.

Secondo un primo orientamento il locatore non potrebbe essere che una persona fisica, stante l'impossibilità per ogni altro soggetto di abitare un immobile a propria abitazione. Ma, come già ribadito nel paragrafo precedente, in dottrina è stata proposta l'estensione di detta normativa anche alle persone giuridiche .

be) Disdetta e *denuntiatio*

Come già si è visto l'art. 3 della legge n. 431/1988 assegna alla disdetta il ruolo di impedire il rinnovo del contratto e, se motivata dall'intenzione di vendere l'immobile, fa sorgere in testa al conduttore il diritto di prelazione.

Il locatore, difatti, se vuole evitare che il contratto prosegua, deve darne comunicazione al conduttore con preavviso di almeno sei mesi, laddove manca la disdetta, il contratto di locazione non viene meno e non scatta neppure la prelazione.

La disdetta è, dunque, l'atto negoziale, unilaterale e recettizio a contenuto patrimoniale, che impedisce la rinnovazione tacita del rapporto alla prima scadenza prestabilita⁶⁰⁰.

Parte della dottrina⁶⁰¹ propone poi una distinzione tra disdetta e recesso: la disdetta presuppone che il contratto venga a scadenza e per evitare il rinnovo tacito il locatore si premunisce invitando il conduttore a liberare il bene; il recesso, invece, è il potere, riconosciuto ad uno o a entrambe le parti

600 CAPPABIANCA, *La disdetta nei contratti di locazione di immobili urbani*, in *Foro it.*, 1990, I, pag. 1589; MIRABELLI, *La disdetta della locazione come atto unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, pag. 1202; DE TILLA, *Il diritto immobiliare. Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata per casi, Le locazioni*, I, Milano, 1997, pag. 135 ss.; MICCIO, *La locazione*, in *Giur. sist. civile e commerciale*, fondata da BIGIAMI, 1980, pag. 434; DOGLIOTTI e FIGONE, *La locazione. Disciplina generale – Le locazioni abitative*, in *Il diritto privato oggi*, serie a cura di CENDON, Milano, 1993, pag. 253. Per la giurisprudenza: Cass., 19.11.2001, n. 14453, in *Giust. civ.*, 2002, pag. 2505; Cass., 23.11.1994, n. 9916, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 1002; Cass., 26.4.1983, n. 2869, in *Arch. loc. e cond.*, 1983, pag. 494; Cass., 25.3.1997, n. 1230, in *Foro pad.*, 1997, I, pag. 348.

601 CASU, *La prelazione nella locazione abitativa*, in *Riv. not.*, 1999, I, pag. 1140.

del rapporto di locazione, di porre fine al vincolo mediante dichiarazione unilaterale di volontà prima della scadenza pattizia. Insomma, con la disdetta si chiude un contratto che scade, con il recesso si chiude un contratto ancora non scaduto.

La legge n. 431/1988 non stabilisce come, in concreto, debba essere comunicata la disdetta, per cui occorre rifarsi alla legge n. 392/1978, che la disciplina con un minimo di formalismi. Forse il legislatore ha inteso raccordare tutte le fattispecie di prelazione urbana, ma ci si chiede se questo richiamo sia felice. La legge del 1978 fa sorgere un diritto di prelazione in testa al conduttore di immobile urbano su basi e presupposti ben differenti, e per tutelare interessi ben differenti⁶⁰², perciò ci si domanda fin dove possa espandersi questo richiamo.

Nella legge n. 392/1978 la disdetta è prevista dall'art. 28, il quale richiede che la comunicazione va motivata, perché la legge prevede la disdetta non in assoluto, bensì sulla base di determinate situazioni che vanno indicate nel negozio unilaterale recettizio che riguarda l'istituto. Di conseguenza si parla di disdetta motivata⁶⁰³. Perciò, in virtù del rinvio operato dalla legge n. 431/1988 anche la disdetta che riguarda immobili adibiti ad uso abitativo deve essere motivata e la mancata indicazione del motivo è ritenuta causa di nullità assoluta⁶⁰⁴.

Per quanto riguarda la forma che deve rivestire detto atto, l'art. 3 della legge n. 392, abrogato dalla legge n. 431, prescriveva la necessità della lettera

602 Cass., 8.6.1992, n. 7044, nella quale si afferma la sostanziale differenza tra le locazioni abitative e quelle non abitative, alla quale si connette un regime giuridico differente sotto molteplici aspetti.

603 CAPPABIANCA, *op. cit.*, in *Foro it.*, 1990, I, pag. 1590; LAZZARO-PREDEN, *Le locazioni per uso non abitativo*, 1988, pag. 140; VITRANI, *La licenza motivata per finita locazione*, in *Arch. loc.*, 1984, pag. 193. La motivazione della disdetta è ora chiaramente affermata dalla giurisprudenza di merito in collegamento con la legge n. 431 del 1998: Trib. Genova, 28.10.2005; Trib. Firenze, 13.12.2004, in *Arch. loc.*, 2005, pag. 450; Trib. Palermo, 30.1.2004.

604 Cass., 26.4.2004, n. 7927, in *Giust. civ.*, 2004, pag. 962; Cass., 9.9.1998, n. 8934, in *Arch. loc.*, 1999, pag. 98.

raccomandata come mezzo di comunicazione, sostituibile, nell'applicazione giurisprudenziale, con altro mezzo che avesse portato con assoluta certezza a conoscenza del conduttore la volontà del locatore.

Il problema è, però, divenuto più complesso con l'entrata in vigore della legge n. 431/1988, poiché, essa non richiede espressamente una forma determinata, ma l'art. 2 richiede nuovamente, benché alla seconda scadenza, che la parte che voglia rinnovare il contratto a nuove condizioni, ovvero voglia rinunciare al rinnovo, debba comunicare le proprie intenzioni con lettera raccomandata all'altra parte, che dovrà rispondere col medesimo mezzo; in difetto di accordo il contratto si intende scaduto. È sorto, quindi, il dubbio se queste prescrizioni debbono ritenersi valide anche per il diniego di rinnovo alla prima scadenza, dove si parla, genericamente di comunicazione al conduttore.

Anche se la recente formula legislativa non è impeccabile, la soluzione del problema della forma della disdetta dovrebbe essere unitaria, sia relativamente alla prima, che alla seconda scadenza.

Orbene, osservando che l'art. 2 richiede espressamente la lettera raccomandata, che la norma che richiede l'espressa indicazione del motivo è norma imperativa, che la disdetta deve essere comunicata almeno sei mesi prima della scadenza del contratto e, soprattutto, che l'art. 1, comma 4, della legge n. 431/1988 prescrive che per la stipula di validi contratti di locazione è richiesta la forma scritta, si ritiene che anche la disdetta richieda la forma scritta *ad substantiam*⁶⁰⁵.

605 BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 737. In giurisprudenza: Cass., 14.11.2000, n. 14730, in *Contratti*, 2001, pag. 221; Cass., 18.2.1994, n. 1609, in *Foro it.*, 1994; Cass., 7.6.1990, n. 5454, in *Foro it.*, 1991, I, pag. 172; Cass., 14.8.1986, n. 5059, in DOGLIOTTI-FIGONE, *op. cit.*, pag. 37.

Ma secondo l'opinione più restrittiva espressa da una parte della dottrina⁶⁰⁶, non sarebbe sufficiente nemmeno la forma scritta, ma occorrerebbe comunicare la disdetta con la notifica a mezzo ufficiale giudiziario prevista per la *denuntiatio*.

Per altri⁶⁰⁷ è sufficiente un qualsiasi altro strumento di trasmissione che sia telegramma, *telex*, raccomandata a mano ecc., purché idoneo.

In ogni caso, qualunque sia la forma, occorre accertare, soprattutto, se la disdetta sia pervenuta a conoscenza del conduttore tempestivamente nel termine decadenziale previsto dalla legge, poiché non basta la data di trasmissione della raccomandata, ma è necessario accertare la data di arrivo⁶⁰⁸.

Se, infatti, la disdetta non è comunicata o è insanabilmente viziata, non può essere considerata efficace e, quindi, il rapporto di locazione si rinnoverà. A seguito del rinnovo, naturalmente, il diritto di prelazione non sorge, salva l'applicabilità del principio in forza del quale la disdetta intempestiva e non motivata è sanata dal conduttore che vi abbia aderito⁶⁰⁹.

La disdetta, come detto sopra, dovrà essere comunicata almeno sei mesi prima della scadenza del contratto, ma il locatore dovrà, altresì, notificare al conduttore la *denuntiatio*, per permettergli di esercitare il suo diritto di prelazione.

E possibile che il locatore notifichi insieme disdetta e *denuntiatio*, in quanto non sembrano esservi ostacoli nella lettera della legge. L'unica cosa che non si ritiene possibile è che la *denuntiatio*, che logicamente e giuridicamente deriva dalla disdetta, preceda quest'ultima, in tal caso,

606 NASINI, *op. cit.*, pag. 845.

607 Cass., 24.11.1998, n. 11899; Cass., 2.8.1995, n. 8443, in *Arch. loc. e cond.*, 1995, pag. 799.

608 Cass., 28.9.1998, n. 9696. In dottrina: CARLEO, *Disdetta del contratto da parte del locatore*, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di PATTI, Milano, 2001, pag. 173.

609 Cass., 21.11.2000, n. 15039, in *Arch. loc.*, 2002, pag. 588; Cass., 13.9.1996, n. 8262, in *Rass. loc.*, 1997, pag. 157.

dovrebbe ritenersi inefficace, perché il rapporto di locazione è tuttora in corso ed è sottoposto al rinnovo automatico.

Ma in dottrina⁶¹⁰ c'è chi sostiene la necessità della contestualità di disdetta e *denuntiatio*, motivata dal fatto che la seconda costituirebbe specifico motivo della prima.

Per la *denuntiatio*, invece, non è previsto alcun termine, il che permette di dare al locatore tutto il tempo necessario per avviare l'operazione di vendita⁶¹¹. Qualora il locatore non desideri più vendere l'immobile o preferisca venderlo locato, e, quindi, alla disdetta non segua mai la *denuntiatio*, si ritiene che non sorge alcun diritto di prelazione in testa al conduttore⁶¹², fermo restando che allora anche la disdetta stessa perderebbe ogni efficacia.

A differenza della disdetta, la *denuntiatio*, come affermato dalla prevalente dottrina⁶¹³ e dalla giurisprudenza⁶¹⁴, è un mero atto di interpello privo di natura negoziale, e dunque irrevocabile. Occorre precisare che, però, ancora giurisprudenza e dottrina divergono sulla natura del diritto di prelazione e sugli effetti di detta *denuntiatio*. Secondo la prevalente dottrina il diritto di prelazione è un diritto di credito (per cui il soggetto passivo potrà sempre decidere se concludere il contratto o no, salva la responsabilità nei confronti dell'avente titolo), mentre secondo la giurisprudenza ha natura potestativa (con la logica conseguenza che, se l'avente titolo a prelazione esercita il suo diritto, il soggetto passivo non potrà poi rifiutarsi di concludere il contratto). Aderendo alla prima tesi, la *denuntiatio* integrerebbe un mero invito ad offrire, per cui il locatore sarà sempre libero di concludere il

610 BUCCI, *La disciplina delle locazioni abitative dopo la riforma*, Padova, 2001, pag. 65.

611 TONDO, *Ancora sulla prelazione urbana*, in *Notarlex*, pag. 7.

612 CASU, *op. cit.*, pag. 1141.

613 CARPINO, *Prelazione e riscatto*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, pag. 5.

614 Cass., Sez. Un., 4.12.1989, n. 5357, in *Giur. it.*, 1991, pag. 470.

contratto, salvo il risarcimento danni, mentre, aderendo alla seconda tesi, essa darebbe vita ad un vero e proprio obbligo a contrarre per il locatore.

A norma dell'art. 38 della legge n. 392/1978, la *denuntiatio* andrà notificata a mezzo di ufficiale giudiziario. Come è noto, in giurisprudenza si tende ad ammettere la possibilità di notificazione con modalità equipollenti alla notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario, come la consegna di lettera raccomandata da parte del messo postale o la consegna al conduttore di un atto scritto, proveniente dal locatore, e contenente tutte le indicazioni necessarie all'esercizio⁶¹⁵.

Dalla notifica della *denuntiatio* decorre lo *spatium deliberandi* di sessanta giorni che la legge riconosce al conduttore per esercitare il suo diritto di prelazione. Spirato detto termine il conduttore perde definitivamente il suo diritto.

bf) Il retratto

Per effetto del richiamo, contenuto nell'art. 3, lettera g) ultima parte della legge n. 431/1998, agli artt. 38 e 39 della legge n. 392/1978, è assicurato anche al titolare del diritto di prelazione urbana abitativa la possibilità di riscattare il bene nel caso in cui il locatore lo alieni ad un terzo, senza aver comunicato la *denuntiatio* all'avente titolo a prelazione o avendo offerto a detto terzo condizioni più favorevoli di quelle comunicate nella *denuntiatio*, nel termine di sei mesi dalla data di trascrizione dell'alienazione

Trovano, pertanto, applicazione, anche per la prelazione abitativa, le disposizioni già esaminate per il retratto concernente la prelazione della locazione commerciale.

615 Cass., 27.11.991, n. 12689, in *Foro it.*, 1992, I, pag. 2451.

bg) Tipologia degli atti soggetti a prelazione

L'art. 3 della legge n. 431/1988 parla di locatore che intenda vendere, mentre l'art. 38 della legge n. 392/1978 parla di locatore che intenda trasferire a titolo oneroso. Non v'è dubbio che la parola vendita identifica un tipo di atto ben preciso, mentre la parola trasferimento comprende tutta una categoria di atti, dunque, il concetto di vendita è sufficientemente tecnico ed appropriato per ricondurlo al negozio di compravendita.

Ma ad identica conclusione si perviene considerando che la prelazione in discorso opera soltanto in caso di disdetta dell'appartamento andata a buon fine, disdetta che viene consentita al locatore solo per attribuirgli la possibilità di una trasformazione economica dell'immobile in denaro, considerato che presumibilmente si tratta dell'unico immobile posseduto e che, quindi, appare utile venderlo come immobile libero, anziché come immobile occupato⁶¹⁶.

Pertanto, deve concludersi che la disdetta può aversi solo in caso di compravendita dell'appartamento, che l'unico negozio giuridico che possa dar luogo a disdetta è la compravendita dell'alloggio locato, e che l'unico negozio giuridico idoneo a far nascere la prelazione è la compravendita dell'alloggio.

Conseguentemente permuta, transazione, donazione, conferimento in società dell'alloggio non impediscono il venir meno del rapporto di locazione e non possono dar luogo a prelazione.

Lo stretto collegamento esistente tra prelazione e disdetta impedisce, poi, un'utilizzazione distorta del negozio posto in essere. Il locatore, perciò, non può richiamarsi ad una tipologia negoziale diversa dalla compravendita per impedire che operi la prelazione, perché egli ha titolo per chiedere la disdetta soltanto in caso di vendita dell'appartamento. Se egli intendesse

⁶¹⁶ NASINI, *Locazione di immobili urbani*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento, Tomo II, Torino, 2003, pag. 843.

permutarlo o conferirlo in società, non potrebbe utilizzare la disdetta che opera come unico strumento per far cessare la locazione, cessazione a sua volta *conditio sine qua non* per l'insorgenza della prelazione.

c) La prelazione nella dismissione del patrimonio pubblico

In tema di prelazione nella dismissione del patrimonio pubblico le prime disposizioni risalgono al decreto legislativo n. 104/1996, il quale prevedeva il diritto di prelazione a favore degli attuali conduttori di unità abitative ad uso residenziale, il cui esercizio poteva avvenire individualmente oppure collettivamente, ad un prezzo rapportato al valore catastale.

Il diritto di prelazione veniva previsto anche a favore dei conduttori di immobili destinati ad uso diverso da quello abitativo, ma in tal caso ad un prezzo superiore⁶¹⁷.

Successivamente a questo decreto legislativo sono state emanate nuove norme, la legge n. 662/1996 e la legge n. 488/1999, il cui intento non è stato tanto quello di modificare la disciplina posta dal decreto legislativo n. 104/1996, quanto quello di rendere più rapide le procedure di vendita, con la previsione della vendita in blocco, per tutto il patrimonio o per singoli blocchi di patrimonio, a favore di organismi collettivi⁶¹⁸, ferma restando la possibilità di vendita isolata del singolo alloggio e, salvo in ogni caso, sia per la vendita isolata, che per la vendita in blocco, il diritto di prelazione a favore dell'inquilino.

Successivamente ancora è stato emanato il decreto legge n. 351/2001, convertito con legge n. 410/2001, il quale ha modificato in parte la disciplina delle dismissioni del patrimonio degli enti pubblici.

⁶¹⁷ Valore catastale aumentato del 50%.

⁶¹⁸ Cooperative di abitazione di conduttori, oppure intermediari immobiliari disposti all'acquisto di interi complessi di beni.

Ha fatto poi seguito il decreto legge n. 282/2002, secondo il quale per il perseguimento di obiettivi di finanza pubblica, l'Agenzia del demanio è autorizzata a vendere a trattativa privata, anche in blocco, i beni appartenenti al patrimonio dello Stato, indicato in due elenchi annessi al decreto legge predetto, e viene chiarito che la vendita fa venir meno l'uso governativo, le concessioni in essere e l'eventuale diritto di prelazione spettante ai terzi anche in caso di rivendita.

Infine, l'art. 84 della legge finanziaria 2003⁶¹⁹ che ha esteso parte delle norme previste per la cartolarizzazione dei beni degli enti pubblici dal decreto legge n. 351/2001 alla cessione del patrimonio immobiliare degli enti locali, dimenticandosi di richiamare le norme del decreto legge n. 351 che si riferiscono all'opzione e alla prelazione.

Orbene, questa valanga di norme può suddividersi in due gruppi: un primo gruppo che prevede, in prima o in seconda battuta, la vendita isolata di questi beni e, quindi, il realizzarsi del diritto di prelazione; un secondo destinato all'emergenza e al rapido rifinanziamento del bilancio statale, ove la priorità è quella di incassare denaro ed ove il diritto di prelazione o passa in secondo piano o viene soppresso del tutto⁶²⁰.

Ad ogni modo non vi è dubbio che il grosso delle dismissioni concerne i beni degli enti previdenziali, per i quali le due norme di base sono il decreto legislativo n. 104/1996 e il decreto legge n. 351/2001, convertito con legge n. 410/2001. In verità, il decreto legislativo del 1996 non prevedeva la cartolarizzazione, ma addirittura la vendita isolata dei singoli beni da parte dell'ente proprietario. Questa norma è stata modificata allo scopo di favorire la

⁶¹⁹ Legge n. 289/2002.

⁶²⁰ È il caso del decreto legge n. 79/1997, convertito con legge n. 140/1997, qualificato come programma straordinario di dismissione, e del decreto legge n. 282/2002, convertito con legge n. 27/2003.

vendita più rapida e si è operato sul meccanismo del blocco e sul meccanismo del prezzo, non più il valore catastale, bensì il valore di mercato, ridotto nell'ipotesi di vendita in blocco, e nel pieno rispetto comunque del diritto di prelazione nell'ipotesi di bene locato.

Introdotta la cartolarizzazione con la legge n. 410/2001, il meccanismo viene finanziariamente privilegiato dall'esistenza della cosiddetta società veicolo, la società di cartolarizzazione, che acquisisce i beni e compensa immediatamente gli enti proprietari corrispondendo loro una somma d'importo provvisorio qualificabile come prezzo iniziale e che si preoccupa, peraltro, di cedere i beni a prezzo di mercato per le unità immobiliari libere o occupate, ma inoplate, cioè per le quali i conduttori non abbiano esercitato il diritto di opzione, a prezzo di mercato scontato per quelle occupate ed acquistate dai conduttori in opzione.

ca) Opzione e prelazione

Sia per le dismissioni avvenute sotto il vigore del decreto legislativo n. 104/1996, sia per quelle avvenute sotto il vigore della legge n. 410/2001 sulla cartolarizzazione, operano entrambi gli istituti, in un primo momento l'opzione, in uno successivo, e a determinate condizioni, il diritto di prelazione.

L'opzione è un istituto disciplinato dall'art. 1331 c.c. come un contratto con cui una parte emette irrevocabilmente la proposta di concludere un ulteriore contratto, sì che la controparte potrà perfezionare, con la propria dichiarazione e unilaterale accettazione, questo contratto ulteriore.

Il diritto di prelazione è, invece, il diritto di preferenza, a parità di condizioni, nella cessione di un bene a titolo oneroso.

Quindi, la differenza tra i due istituti è data dal fatto che l'opzione, dando luogo ad un'offerta di cessione impegnativa per l'offerente, determina la nascita del contratto di cessione per effetto dell'esercizio dell'opzione portata a conoscenza dell'offerente. Nell'opzione, cioè, la cessione del bene si attua immediatamente per effetto dello scambio di offerta e accettazione.

La giurisprudenza ha chiarito che colui che concede ad un altro soggetto il diritto di concludere o di rinnovare un contratto di un certo contenuto (cioè di opzione) resta vincolato alla promessa fatta all'altra parte e non può sottrarsi alle conseguenze di tale promessa, per cui la conclusione del futuro contratto oggetto della opzione dipende esclusivamente dalla manifestazione o meno, nel termine previsto, della volontà dell'altra parte di esercitare il diritto di accettazione che le è stato irrevocabilmente attribuito⁶²¹.

E' stato, infatti, precisato che l'opzione si inserisce nella struttura della cosiddetta formazione progressiva del contratto, che con l'accettazione da parte dell'oblato perviene alla sua definitiva conclusione, a differenza della prelazione, che conferisce solo un diritto condizionato alla stipulazione di un futuro negozio, alla cui conclusione la prelazione rimane strutturalmente estranea.

Dunque, l'opzione deve avere, alla base, l'obiettiva esistenza di un rapporto sostanziale che riveste, con l'accettazione dell'oblato, tutti gli elementi o almeno gli elementi essenziali per considerarsi concluso, mentre altrettanto non si richiede per la prelazione⁶²².

Stante la differenza tra i due istituti è legittimo chiedersi perché il legislatore sulle dismissioni sia ricorso ad entrambi. Probabilmente il legislatore aveva necessità di conoscere immediatamente se l'immobile

621 Cass., 25.7.1984, n. 4351; Cass., 24.3.1998, n. 3091, in *Giur. it.*, 1998.

622 Cass., 21.1.1982, n. 402, in *Foro it.*, 1982, I, pag. 1983.

abitativo locato dovesse o meno attribuirsi al soggetto occupante, oppure essere inserito nella cessione di gruppo, data la differenza di prezzo. In altre parole, l'ente pubblico chiamato alla cessione del bene aveva necessità di sapere immediatamente se il bene era destinato al conduttore oppure doveva inserirsi in un meccanismo di cessione diverso⁶²³.

Scopo dell'opzione era, pertanto, quello di fare immediatamente luce sul problema.

Sicuramente, tra opzione e prelazione, per il conduttore del bene era preferibile lo strumento dell'opzione, il cui esercizio avrebbe radicato in capo a lui la proprietà sul bene.

Sul piano concreto, però, la compresenza tra opzione e prelazione non si verifica, o si verifica con scarsa frequenza, perché solitamente il conduttore che intende acquistare il bene ricorre all'opzione o rinuncia all'acquisto.

Hanno diritto di opzione e di prelazione:

- * i conduttori in regola con il pagamento del canone e delle relative spese;
- * i familiari del conduttore con lui conviventi;
- * gli eredi del conduttore con lui conviventi.

Condizione ulteriore, sia per l'esercizio dell'opzione che per l'esercizio della prelazione, è l'impossidenza da parte sia del conduttore, che di ognuno dei familiari conviventi, di altra abitazione adeguata alle esigenze del nucleo familiare nel comune di residenza.

Dunque, a tutti i conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale è concesso il diritto di opzione. L'acquisto può avvenire singolarmente, nel qual caso il prezzo, calcolato sul valore di mercato, è ridotto del trenta per cento, oppure con mandato collettivo⁶²⁴, nel qual caso il prezzo, già ridotto del trenta

623 Asta, intermediario, ecc..

624 Perché si abbia mandato collettivo occorre che il numero delle unità immobiliari acquisite rappresenti l'80 % delle unità occupate.

per cento, va ulteriormente ridotto sulla base delle percentuali concernenti la vendita in blocco.

Esaurito il meccanismo dell'opzione, tutte le unità immobiliari rimaste invendute⁶²⁵ vengono poste all'asta. E qui si aprono due strade.

Per le unità immobiliari ad uso residenziale il diritto di prelazione sorge se il prezzo d'asta risulti inferiore a quello di esercizio dell'opzione.

Per le unità immobiliari non ad uso residenziale, ove esista il diritto di prelazione disciplinato dall'art. 38 della legge n. 392/1978, il diritto di prelazione sorge soltanto in caso di vendita isolata del bene. La norma parla di vendita frazionata degli immobili, richiamando, per esclusione, il tema della vendita in blocco del bene. È, infatti, opinione generale che la vendita in blocco, che comprenda anche immobili soggetti a prelazione, escluda quest'ultima, perché nella vendita in blocco l'oggetto negoziale è diverso dal singolo bene assoggettato a prelazione. La norma chiarisce, dunque, che il diritto di prelazione sussiste anche se la vendita frazionata è successiva ad un acquisto in blocco ed è evidente che tale norma vale sia per gli immobili ad uso residenziale, sia per quelli ad uso non residenziale.

In conclusione, in un primo tempo opera l'opzione, se questa si conclude negativamente, scatta la gara; esauritasi la gara, rispunta, prima dell'aggiudicazione definitiva, la prelazione, ma in tal caso condizione indispensabile, per coloro che non hanno reso operativa l'opzione, è che il prezzo di aggiudicazione sia inferiore a quello offerto in opzione.

⁶²⁵ Compresa quella libera, le unità ad uso commerciale, le unità occupate, ma per le quali il diritto di opzione non è stato esercitato o per le quali si è decaduti dal diritto stesso.

cb) La prelazione

Occorre premettere che il diritto di prelazione, eventualmente spettante a terzi sui beni immobili trasferiti, non trova applicazione per la fase di trasferimento alla società di cartolarizzazione, infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 17, della legge n. 410/2001 esso può essere esercitato all'atto della successiva rivendita dei beni da parte della società veicolo. Ciò significa che il passaggio di proprietà *ex lege* elimina qualunque diritto di prelazione.

Nella fase successiva di trasferimento del bene dalla società veicolo ad altro soggetto viene riconosciuto un diritto di prelazione legale del tutto autonomo, ma soltanto a vantaggio dei conduttori⁶²⁶ di unità abitativa.

A favore di conduttori di unità immobiliare non abitativa non viene riconosciuto un diritto di prelazione *ex novo*, ma soltanto conservato un diritto di prelazione già esistente per effetto di altre disposizioni di legge, il che significa che viene conservato il diritto di prelazione previsto per la locazione commerciale dall'art. 38 della legge n. 392/1978 sulle locazioni, ed evidentemente con tutte le limitazioni ed i requisiti che lo riguardano.

Quanto agli effetti della prelazione, una recente sentenza della Cassazione⁶²⁷, emessa proprio in relazione alla prelazione prevista per la dismissione del patrimonio degli enti pubblici, ha sottolineato, uniformandosi alla sua costante giurisprudenza in tema di prelazione agraria e di prelazione locativa commerciale, che allorquando l'ente comunica al conduttore la sua intenzione di vendere e, a seguito di tale interpello, il conduttore dichiara di esercitare il diritto di prelazione, si determina a carico di entrambe le parti l'insorgere dell'obbligo di pervenire alla conclusione del contratto, con

626 O dei loro familiari o eredi conviventi.

627 Cass., 16.10.2001, n. 12599, in *Giur. it.*, 2002, pag. 1139.

conseguente possibilità di tutela *ex art. 2932 c.c.*, non essendo ipotizzabile una retrocessione della procedura.

Le modalità di esercizio della prelazione sono stabilite dal decreto ministeriale 18 dicembre 2001 (richiamato dall'art. 3, comma 5, della legge n. 410/2001), che all'allegato 4, punto 8, prevede una rigida concatenazione di tempi, ma tace sulle forme delle relative comunicazioni. Infatti:

- ◆ entro tre giorni lavorativi dall'aggiudicazione provvisoria deve essere effettuata l'offerta (la *denuntiatio*) per l'esercizio della prelazione;
- ◆ dalla data di ricevimento della *denuntiatio*, decorre il termine decadenziale di sessanta giorni entro il quale il diritto di prelazione va esercitato.

A questo punto bisogna distinguere tra gli immobili occupati di tipo abitativo e tutti gli altri, non occupati od occupati, ma diversi dal tipo abitativo.

Per i primi la risposta di esercizio della prelazione deve pervenire entro sessanta giorni a pena di decadenza; in questo caso il contratto di compravendita va rogato entro i venti giorni successivi alla comunicazione di esercizio della prelazione, con il versamento integrale del prezzo.

Per i secondi la risposta deve anch'essa pervenire entro sessanta giorni, ma l'atto di acquisto va realizzato entro i 30 giorni successivi alla comunicazione di esercizio della prelazione.

La normativa non prevede, né per la locazione abitativa, né per quella non abitativa, alcuna formalità in ordine alla *denuntiatio* o in relazione alla risposta che il soggetto favorito deve dare se intende esercitare la prelazione.

Mentre per la locazione non abitativa provvede l'art. 38 della legge sulle locazioni del 1978, che prevede in entrambi i casi notifica a mezzo ufficiale giudiziario, per la locazione abitativa la normativa tace, per cui si pone il problema di stabilire quale sia la forma più adeguata per la *denuntiatio*

e per la risposta a quest'ultima. Ma dovendosi ritenere necessario uno strumento comunicativo che dia certezza sulla data di arrivo della comunicazione, perché da quella data occorre conteggiare il termine di risposta, previsto a pena di decadenza, appare opportuno effettuare notifica tramite ufficiale giudiziario, oppure invio della comunicazione per lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Inoltre, affinché l'interessato sia posto nella condizione di conoscere se il prezzo di gara giustifichi l'esercizio della prelazione, si ritiene che la *denuntiatio*, cioè l'invito ad effettuare la prelazione, sia fatta almeno per iscritto e, sembra, con l'indicazione del prezzo di aggiudicazione provvisoria.

Ovviamente dovrebbe essere compito dell'ente gestore, già titolare della proprietà sul bene, provvedere ad effettuare l'invio della *denuntiatio*.

cc) Rinuncia all'esercizio della prelazione

Tutte le volte che opera la prelazione sorge il problema di stabilire se possa rinunciarsi ad essa e di rinvenire il momento e le forme adatte perché una rinuncia sia produttiva di effetti.

Non pare che vi siano motivi, nel silenzio del legislatore in ordine alla dismissione del patrimonio pubblico, di discostarsi dal pensiero dominante della Cassazione, per la quale, in materia di prelazione nella locazione commerciale, la rinuncia al diritto di prelazione non può avvenire in astratto, ma soltanto dopo che il fatto costitutivo della prelazione si sia realizzato, cioè dopo che la *denuntiatio* sia avvenuta nel rispetto delle forme previste⁶²⁸.

628 Cass., 24.9.1996, n. 8444, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 3342.

cd) Il retratto

Nel silenzio della legge, ci si chiede se il conduttore possa avvalersi anche in questo caso dell'istituto del retratto oppure se il conduttore debba accontentarsi del risarcimento danni.

La giurisprudenza⁶²⁹, per la quale la disciplina del retratto ha carattere eccezionale e non può essere applicata oltre i casi espressamente previsti, appare restia ad ammettere il retratto, ove la legge non lo preveda espressamente, mentre la dottrina⁶³⁰ afferma che l'esistenza del retratto è la regola, nel senso che il retratto è strutturalmente legato alla prelazione ed anzi che la prelazione nel nostro ordinamento è nata storicamente come retratto.

In questo caso, vista la duplice fase di tutela che caratterizza la posizione del conduttore, visto che la prelazione opera sempre a seguito di una gara e che l'eventuale retratto dovrebbe essere azionato nei confronti di un aggiudicatario di una gara d'asta, presumibilmente la giurisprudenza troverebbe ulteriori elementi per negare l'esistenza del retratto e per affermare conseguenze soltanto di natura risarcitoria.

5. La prelazione sui beni di interesse storico e artistico

Il decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, meglio noto come codice dei beni culturali e del paesaggio, disciplina la circolazione dei beni culturali, sia in ambito nazionale che internazionale, ponendo una serie di vincoli al trasferimento di detti beni.

Il codice segue a numerose leggi succedutesi nell'arco di oltre un secolo, per cui la sua versione attuale è il frutto di diverse integrazioni. Le prime leggi risalgono al 1871, seguono quelle del 1902 e del 1909, poi la legge

629 Cass., 6.7.2001, n. 9206, in *Rass. loc. e cond.*, 2002, pag. 249.

630 MOSCARINI, *Prelazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, pag. 983.

n. 1089 del 1939, ancora il Testo Unico sui beni culturali contenuto nel decreto legislativo n. 490 del 1999 ed infine il D.P.R. n. 283 del 2000 relativo prevalentemente ai beni culturali in mano pubblica.

Allo stesso codice dei beni culturali hanno fatto poi seguito, in tempi più recenti, il decreto legislativo n. 156 del 2006⁶³¹ e il decreto legislativo n. 62 del 2008 che ha introdotto la menzione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti⁶³².

Dunque, un complesso groviglio di norme regola oggi la circolazione dei beni culturali, una volta, invece, relegata quasi esclusivamente nella sfera privata dell'individuo. Infatti, nel corso di questi ultimi anni, essa ha svolto un ruolo molto importante per la valorizzazione del patrimonio culturale nazionale, fungendo, nello stesso tempo, sia da impulso per la sua messa a reddito nell'esclusivo interesse del soggetto titolare pubblico o privato, sia per lo sviluppo economico e sociale del Paese.

Il nostro patrimonio, immenso, diffuso, di altissimo pregio, nella misura in cui può e deve essere studiato, conosciuto, protetto, conservato, si pone oggi come una ricchezza inestimabile, in una società postindustriale che può trovare nella sua cultura una fonte inesauribile di crescita civile, sociale ed economica.

I beni culturali hanno in sé la potenzialità di stimolare l'economia e le attività produttive con ricadute positive su redditi e occupazione, possono essere un incentivo per lo sviluppo di nuove tecnologie e per la formazione di

631 Esso ha modificato l'art. 12, escludendo il silenzio assenso circa la verifica di interesse culturale al decorso del centovesimo giorno, nonché l'art. 22, eliminando il silenzio assenso per la richiesta di autorizzazione all'esecuzione di interventi edilizi sui beni vincolati.

632 All'art. 1, comma 5, nonché all'art. 10, comma 1. Detto decreto ha altresì istituito un archivio delle dichiarazioni (art. 13); ha modificato gli articoli 54 e seguenti, circa l'autorizzazione all'alienazione dei beni degli enti pubblici e degli enti senza scopo di lucro, tra l'altro aggiungendo la regola (art. 55 *bis*) secondo la quale le clausole contenute nell'autorizzazione devono essere riportate nell'atto di alienazione, assumendo la portata di clausola risolutiva ai sensi dell'art. 1456 c.c., espressamente richiamato, e devono essere trascritte. Il nuovo art. 57 *bis* ha inoltre esteso gli articoli 54 e seguenti alla dismissione di beni pubblici, cui hanno fatto seguito regole di settore.

professionalità elevate, costituiscono, aspetto importantissimo, fattore di coesione e integrazione sociale e territoriale, e non ultimo, infine, perché sono capaci di attivare circuiti virtuosi di investimenti e finanziamenti nazionali, europei, internazionali⁶³³.

Tuttavia, il fervore legislativo dell'ultimo decennio non ha apportato miglioramenti significativi nella disciplina della circolazione giuridica, e soprattutto nella circolazione dei beni immobili culturali. Numerosi rimangono i profili problematici su cui il legislatore non ha fatto chiarezza, diverse le lacune e le incongruenze che la dottrina e la giurisprudenza con la loro attenta opera di riflessione sono chiamate a colmare.

Come nel passato⁶³⁴ l'art. 59 del codice dei beni culturali dispone che gli atti che trasferiscono in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o, limitatamente ai beni mobili, la detenzione di beni culturali devono essere denunciati al Ministero.

Detta denuncia, che prescinde dalla natura del soggetto che ne è proprietario, sia esso lo Stato, un ente pubblico territoriale o non territoriale, o un privato è volta, innanzitutto, ad informare l'amministrazione dello Stato della disponibilità giuridica della cosa, al fine di garantire la conservazione e tutela del bene culturale nei confronti di chiunque a qualunque titolo disponga materialmente di esso, nonché a permettere l'esercizio della prelazione in favore dello Stato, qualora esso sia previsto⁶³⁵.

633 RAGNI, *La circolazione giuridica dei beni culturali*, in *La circolazione dei beni culturali: attualità e criticità, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2010, pag. 13 ss..

634 L'art. 30 della legge n. 1089/1939 prescriveva l'obbligo di denunciare al Ministero dei beni culturali ogni atto, a titolo oneroso o gratuito, che trasmetta, in tutto o in parte la proprietà o la detenzione del bene. Il disposto veniva ribadito dall'art. 58 del T.U. n. 490/1999.

635 CACCIA, *La tutela dei beni culturali ed ambientali con particolare riguardo ai beni immobili*, *Relazione al XXVIII Congresso nazionale del notariato*, Roma, 1985, pag. 88; COZZUTO QUADRI, *La circolazione delle cose d'arte*, Napoli, 1997, pag. 39 ss.; VENDITTI, *Denuncia degli atti di trasferimento e individuazione degli atti che danno luogo a prelazione artistica*, in *Il commercio giuridico dei beni culturali*, Milano, 2001, pag. 63.

Difatti, nel caso in cui il proprietario del bene culturale ne abbia disposto con un atto a titolo oneroso, lo Stato ha la facoltà di acquistare la cosa, in seguito all'esercizio del diritto di prelazione, al prezzo stabilito nell'atto di acquisto.

Si tratta, dunque, di una particolare fattispecie di prelazione legale, diversa dalle ipotesi⁶³⁶ sin ora esaminate.

Mentre la comune prelazione legale presuppone un negozio soltanto programmato e non concluso, imponendo la *denuntiatio*, che unita all'intento di esercitare la prelazione dà luogo al contratto di trasferimento tra prelazionante e prelazonato, la prelazione artistica, invece, presuppone il contratto già concluso e destinato a produrre effetti immediatamente.

Mentre nella comune prelazione legale esiste il retratto, cioè la richiesta del retraente, non posto nella condizione di esercitare la prelazione, di sovrapporsi sul contratto realizzato a suo danno; nella prelazione artistica il retratto non esiste, perché lo Stato ha sempre il potere di esercitare, ancorché oltre i termini della denuncia, quando quest'ultima manchi o sia incompleta, il diritto di prelazione, sovrapponendosi autoritariamente ad entrambe le parti.

Nella prelazione artistica, infatti, lo Stato agisce mediante l'esplicazione di un potere di supremazia e per il conseguimento di un interesse pubblico, per cui il trasferimento del bene si attua non già attraverso un rapporto negoziale, ma per effetto di una manifestazione della potestà di imperio dello Stato⁶³⁷.

Dottrina e giurisprudenza, infatti, parlano di un provvedimento amministrativo a contenuto sostanzialmente espropriativo, come tale idoneo a

636 In tal senso BALBINOT, in *Commentario breve al cod. civ.*, a cura di Alpa e Zatti, Padova, 1995, pag. 849; TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, pag. 162.

637 Cass., Sez. Un., 1.7.1992, n. 8079; Cass., 1962, n. 2613.

degradare le posizioni soggettive dei privati contraenti al rango di meri interessi legittimi⁶³⁸.

Questo inquadramento è stato confermato dalla giurisprudenza anche in tempi più recenti e non pare possa essere revocato in dubbio neppure in seguito all'emanazione del codice del 2004, il quale, anche sotto questo aspetto, non ha introdotto alcuna apprezzabile innovazione.

Dunque, nel panorama delle prelazioni legali, quella artistica è e rimane una figura decisamente anomala.

a) Bene culturale

L'evoluzione della normativa, a partire dalla storica legge n. 1089 del 1939, passando poi al T.U. n. 490 del 1999 ed infine al più recente codice dei beni culturali del 2004, mostra le rilevanti modifiche subite dalle disposizioni in oggetto, nonché come la stessa nozione di bene culturale sfugga ad una definizione tassativa e puntuale e, quindi, ad una catalogazione preventiva ed esaustiva, considerato che, da tempo ormai, si è affermata una nozione di bene culturale che va ben oltre la cosa di interesse storico-artistico secondo i criteri della cultura classica, ravvisandosi, invece, tale *qualitas* in tutti quei beni che costituiscono testimonianza di espressione di cultura o comunque di storia meritevole di considerazione e tutela.

Numerose sono nel codice le disposizioni che contengono una definizione di bene culturale. La prima è contenuta nell'art. 2, comma 2, il quale stabilisce che “sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla

⁶³⁸ Cons. Stato, 8.4.2002, n. 1899, in *Foro amm.*, 2002, pag. 962. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, pag. 456.

legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà”. La seconda è contenuta nell'art. 10, considerato come dettagliata specificazione dell'art. 2 ed infine la terza è contenuta nell'art. 11, il quale elenca i beni che sono considerati culturali solamente nella misura in cui essi siano oggetto di specifiche disposizioni del Titolo I, della Parte Prima.

L'art. 10, quale specificazione dell'art. 2, contempla un dettagliato elenco.

Al comma 1 vengono definiti come beni culturali quelli che, essendo di proprietà di determinati soggetti, sono culturali per le proprie caratteristiche intrinseche, hanno cioè in sé segnati i caratteri di bene artistico, storico, archeologico, antropologico, e mantengono tale qualificazione fino all'eventuale verifica in senso negativo⁶³⁹.

Al comma 2 vengono descritti i beni che, per la loro natura, rivestono la qualifica di beni culturali, senza che per essi si richieda alcuna verifica⁶⁴⁰.

Al comma 3 sono ricompresi quei beni che, prescindendo dalla relativa titolarità, acquisiscono la suddetta qualifica solo dopo la conseguente dichiarazione⁶⁴¹.

639 Art. 10, comma 1: Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

640 Art. 10, comma 2: Sono inoltre beni culturali: *a)* le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico; *b)* gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico; *c)* le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616.

641 Art. 10, comma 3: Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: *a)* le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1; *b)* gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante; *c)* le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale; *d)* le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della

Dalla categoria dei beni culturali sono, invece, esclusi tutti i beni costituenti opera di autore vivente e realizzati da meno di cinquanta anni, e ciò al fine di tutelare la produzione artistica di tali autori o quella di più recente esecuzione, che deve essere mantenuta libera da vincoli amministrativi e normativi che ne limiterebbero la commerciabilità e che provocherebbero, di conseguenza, innegabili pregiudizi per le esigenze di tutela dei diritti d'autore e di rispetto della libera espressione della attività professionale dell'artista⁶⁴². Questo principio trova la sua espressione esplicita nel dettato dell'art. 10 comma 5⁶⁴³, e dell'art. 12, comma 1⁶⁴⁴.

Ma tale principio non è assoluto, poiché il successivo comma 5 lo esclude espressamente per le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose.

In conformità a tali disposizioni, l'art. 12, comma 1 e 2, prevede che il procedimento di verifica, necessario per l'individuazione dei beni culturali in virtù delle loro qualità intrinseche, deve essere eseguito per le cose immobili e mobili, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni.

cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose; e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricompense fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica rivestano come complesso un eccezionale interesse.

642 TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2009, pag. 23.

643 Salvo quanto disposto dagli articoli 64 e 178, non sono soggette alla disciplina del presente titolo le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettere a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquant'anni.

644 Le cose immobili ..., che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni,

Pertanto, ai fini della circolazione giuridica degli edifici, per poter eventualmente escludere l'applicazione delle norme sui beni culturali nel caso di opera con meno di cinquant'anni, è necessario accertare la data dell'esecuzione, sebbene non sia sempre facile risalire alla data esatta di esecuzione dei manufatti stessi, così come non è sempre agevole individuare l'età di un'opera.

La giurisprudenza ha precisato che, in sede di imposizione del vincolo di interesse culturale, l'amministrazione non solo deve accertare la data di esecuzione dell'opera, ma ha altresì l'obbligo di fornire la prova che un determinato immobile abbia più di cinquant'anni⁶⁴⁵.

Ai fini di tale accertamento, la giurisprudenza ha, inoltre, precisato che i cinquant'anni debbano essere calcolati dal momento in cui questo risulti ultimato e non, invece, dalla data del progetto o del titolo abilitativo alla costruzione. L'applicazione della disciplina del codice dei beni culturali presuppone, infatti, l'esistenza del bene e prescinde dalla sola esistenza di un progetto e del relativo titolo abilitativo, in quanto il progetto potrebbe rimanere incompiuto oppure essere realizzato dopo molti anni⁶⁴⁶.

La definizione di bene culturale contenuta dall'art. 10 del codice del 2004, appena esaminato, dimostra come l'attenzione del legislatore si sia focalizzata in particolare sui beni di proprietà non privata, infatti, il comma 1 recita che “sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente o istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico”, rinviando solo al

645 Cons. Stato, 12.10.1982, n. 483, in *Cons. Stato*, 1982, I, pag. 1266.

646 T.A.R. Abruzzo, 28.3.1985, n. 143, in *Foro amm.*, 1985, II, pag. 2030.

successivo comma 3 la citazione delle singole tipologie di beni, con una diversa graduazione del livello di interesse in relazione alla diversa titolarità e natura degli stessi.

La ragione di questa particolare attenzione del legislatore nei confronti dei beni appartenenti a soggetti pubblici, istituzionali e non, risiede presumibilmente nella incertezza interpretativa che ha accompagnato nel tempo l'applicazione sia della legge n. 1089/1939 che del decreto legislativo n. 490/1999 i cui articoli 4 e 5, lasciavano trasparire una sorta di presuntività di interesse storico artistico degli stessi mai o quasi mai formalmente dichiarato.

Infatti, l'art. 4 della legge n. 1089/1939 attribuiva ai rappresentanti delle province, dei comuni, degli enti e degli istituti legalmente riconosciuti l'obbligo di presentare l'elenco descrittivo delle cose indicate nell'art. 1 di spettanza degli enti o istituti che essi rappresentavano, garantendone nel tempo il costante aggiornamento.

Analogamente l'art. 5 del decreto legislativo n. 490 del 1999 ha confermato per le regioni, le province, i comuni, gli altri enti pubblici e le persone giuridiche private senza fine di lucro l'onere di presentare al Ministero l'elenco descrittivo sempre con vincolo di un suo costante aggiornamento.

Dunque, era il suddetto elenco ad assumere valore di riconoscimento di interesse e quasi sempre l'Amministrazione nell'espletamento della sua funzione di tutela, ha fatto semplicemente riferimento ai requisiti di base della datazione non inferiore a 50 anni e dell'autore non più vivente in conformità a quanto previsto dagli ultimi commi dell'art. 4 della legge n. 1089/1939 e dell'art. 5 del decreto legislativo n. 490/1999.

Ma l'assenza di un provvedimento, l'incertezza dell'esistenza dell'interesse, la sua non opponibilità a terzi, hanno generato nel tempo

frequenti contenziosi, nonché, ripetute condanne dell'Amministrazione ed oneri risarcitori non indifferenti.

Il sistema andava, perciò, riformato, predisponendo un valido procedimento di verifica dell'interesse, adeguato alle nuove tecnologie e, soprattutto, rispondente a requisiti di certezza e trasparenza degli atti.

E così, il codice prevede all'art. 12, oltre al procedimento di verifica, anche che tutte le schede descrittive degli immobili valutati, integrate con il provvedimento di riconoscimento, confluiscono in un archivio informatico conservato presso il Ministero.

Il procedimento di verifica riguarda tutti i beni pubblici, vale a dire tutti quelli indicati al comma 1 dell'art. 10, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquant'anni, fatta eccezione per i beni indicati al comma 2 che assumono la qualifica di beni culturali direttamente in virtù della loro particolare natura, senza necessità di essere sottoposti ad alcun *iter* procedimentale; e per i beni individuati al comma 3 per i quali è previsto il procedimento di dichiarazione, anziché di verifica.

La verifica spetta al Ministero per i beni e le attività culturali che, d'ufficio o su richiesta dei soggetti cui le cose appartengono, accerta l'esistenza o meno dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

L'esito della verifica può risultare negativo o positivo.

In caso di esito negativo le cose vengono subito escluse dal regime di tutela, infatti, il comma 5 regola la sdemanializzazione del bene, che prevede la trasmissione della scheda e del provvedimento di verifica negativa all'ente proprietario del bene che provvederà al conseguente provvedimento se il precedente vincolo derivava esclusivamente dalla presunzione di culturalità. A seguito della sdemanializzazione le cose diventano liberamente alienabili.

In caso di esito positivo, la qualifica di bene culturale diventa definitiva e il comma 7 prevede espressamente la trascrizione del provvedimento.

La dichiarazione dell'interesse culturale, invece, spetta al Ministero per i beni e le attività culturali sui beni, privati o a chiunque appartenenti, individuati dal comma 3 dell'art. 10.

La procedura per la dichiarazione, anche su domanda delle Regioni o degli enti territoriali interessati, viene avviata dal soprintendente, dandone comunicazione al possessore o al detentore a qualsiasi titolo.

La comunicazione, nel silenzio della legge, si ritiene debba essere portata a conoscenza dei soggetti interessati in qualsiasi modo, purché in forma scritta, quindi sia mediante formale notificazione, che attraverso semplice comunicazione, magari con raccomandata con ricevuta di ritorno, così da poter eventualmente provare di aver provveduto all'incombente⁶⁴⁷.

Come ogni provvedimento amministrativo la dichiarazione, il cui contenuto è indicato puntualmente nel comma 2 dell'art. 14, deve essere validamente motivata con particolare riguardo all'esistenza degli elementi fattuali e di giudizio giustificativi dell'interesse artistico o storico atto a determinare l'imposizione del vincolo, così da rendere possibile la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione⁶⁴⁸, nonché deve accertare il collegamento dei beni e della loro utilizzazione con gli accadimenti della storia e della cultura, individuando l'interesse particolarmente importante del bene, che può dipendere o dalla qualità dell'accadimento che col bene appare collegato o dalla particolare rilevanza che il bene stesso ha rivestito per la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura⁶⁴⁹.

647 AICARDI, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2005, pag. 1156.

648 Tar Veneto, sez. II, 29.10.1996, n. 1801, in *Giur. mer.*, 1997, pag. 603.

649 Cons. Stato, sez. VI, 24.3.2003, n. 1496, in *Cons. Stato*, 2003, I, pag. 684.

A differenza della comunicazione dell'inizio del procedimento, per la comunicazione della dichiarazione è lo stesso codice a stabilire che quest'ultima deve essere notificata tramite messo comunale o a mezzo posta raccomandata con avviso di ricevimento.

Oltre alla notificazione è prevista, ove si tratti di cose soggette a pubblicità immobiliare, anche la trascrizione della dichiarazione nei relativi registri.

Avverso la dichiarazione è ammesso ricorso al Ministero, per motivi di legittimità e di merito, entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione, la cui proposizione comporta la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato, ferma restando l'applicazione, in via cautelare, delle misure dettate in tema di vigilanza e di ispezione, ivi compreso l'obbligo di denunciare eventuali trasferimenti del bene.

b) La denuncia

Ai sensi dell'art. 59 del codice dei beni culturali, gli atti che trasferiscono, in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o la detenzione di beni culturali devono essere denunciati al Ministero.

La denuncia va effettuata entro trenta giorni dall'alienante o dal cedente la detenzione, in caso di alienazione a titolo oneroso o gratuito o di trasferimento della detenzione; dall'acquirente, in caso di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedure di vendita forzata o fallimentare o in forza di una sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso; infine, dall'erede o dal legatario, in caso di successione a causa di morte⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ Per l'erede, il termine decorre dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della dichiarazione ai competenti uffici tributari; per il legatario, il termine decorre dall'apertura della successione, salva rinuncia.

Dall'esame dell'articolo si deduce, perciò, che la denuncia ha ad oggetto due diverse categorie di atti, quelli che trasferiscono la proprietà, a titolo gratuito e oneroso, e quelli idonei a trasmettere la detenzione del bene.

Nella prima rientrano gli atti che trasferiscono la proprietà dell'intero bene vincolato o di una sua parte o una quota indivisa del diritto, compreso il trasferimento della nuda proprietà.

E' incerta, invece, la sussistenza dell'obbligo di denuncia per gli atti di divisione, in quanto è dubbio se la divisione possa essere considerato atto traslativo della proprietà⁶⁵¹.

Nella categoria degli atti idonei a trasmettere la detenzione rientrano i contratti di locazione, di deposito, di comodato, di conferimento ad un terzo di un mandato ad amministrare con obbligo di custodia e manutenzione, il contratto di compravendita d'azienda, se ed in quanto esso comporti la cessione del contratto di locazione dell'immobile vincolato, il contratto preliminare con previsione dell'anticipata consegna del bene, il contratto di locazione finanziaria⁶⁵².

Tuttavia, considerato che per il sorgere dell'obbligo di denuncia è sufficiente trasferire la detenzione del bene, non sembra che vi siano dubbi

651 Secondo parte della dottrina la divisione ha natura costitutiva; in tal caso con essa si realizzerebbe un trasferimento della proprietà: CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, pag. 16; BIANCA, *Diritto civile VI. La proprietà*, Milano, 1999, pag. 486. Secondo altri autori, invece, la divisione ha natura dichiarativa, perché con essa si accerta l'oggetto del diritto di cui ciascun partecipante sarebbe già titolare: GROSSI, voce *Divisione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, pag. 417; MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, pag. 346 ss.. Se si aderisce alla tesi della natura costitutiva, deve ritenersi che la divisione sia soggetta all'obbligo di denuncia, in quanto atto traslativo della proprietà. Diversamente, qualora si aderisca alla tesi contraria, si potrà concludere nel senso che la denuncia non sia obbligatoria. Adotta, invece, una diversa impostazione VENDITTI, *op. cit.*, pag. 65 ss., il quale ritiene che la divisione sia soggetta a denuncia in quanto, pur non realizzando una vicenda traslativa, modifica la titolarità giuridica del bene.

652 CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova, 1953, pag. 381; GRISOLIA, voce *Arte e bellezze naturali*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, pag. 115; BELLEZZA e FLORIAN, in *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, a cura di CAMMELLI, Bologna, 2000, pag. 192 ss.. Inoltre, riguardo all'obbligo della denuncia per i contratti di locazione Cass., 14.2.1975, n. 590, in *Foro it.*, 1975, I, pag. 1107.

sulla possibilità che la denuncia debba riferirsi anche ad ogni atto di trasferimento di diritti reali limitati, qualora essi attribuiscono la detenzione del bene, pertanto, vi rientrano anche la costituzione di enfiteusi, superficie, usufrutto, uso, abitazione e pegno.

Il ruolo e la struttura della denuncia risultano poco approfonditi, sebbene meritevoli di attenzione anche al fine di accertare se essa assuma o no una funzione particolare nell'ambito del procedimento in esame⁶⁵³.

I due aspetti sono inscindibilmente connessi tra loro e si influenzano a vicenda, giacché non è possibile valutare il ruolo della denuncia, ed in particolare se la stessa si atteggi a presupposto del potere di prelazione, senza procedere all'analisi della sua struttura.

Come per le altre ipotesi di prelazione legale, la dottrina ha affrontato tali problematiche, dando vita ad una pluralità di opinioni, le quali fondamentalmente possono ricondursi a due opposte tesi: una che configura la denuncia come proposta di un contratto che si perfezionerebbe con la dichiarazione di prelazione⁶⁵⁴ e l'altra che ne valorizza la funzione partecipativa e notificativa, escludendone ogni valenza negoziale⁶⁵⁵.

La prima delle due impostazioni mal si concilia al modo di operare della prelazione artistica, la quale, a differenza di altre ipotesi di prelazione legale, è normativamente strutturata come incidente su un atto traslativo, la cui efficacia è condizionata sospensivamente alla manifestazione in senso positivo della volontà dello Stato di acquisire il bene.

653 COZZUTO QUADRI, *op. cit.*, pag. 104.

654 D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, pag. 142. In giurisprudenza: Cass., 14.5.1983, n. 3325, in *Giur. agr. it.*, 1984, pag. 99; Cass., 26.9.1951, n. 2579, in *Foro it.*, n. 51; Cass., 25.10.1975, n. 3557, in *Giust. civ.*, 1975, n. 44; Cass., 4.11.1982, n. 5802, in *Foro it.*, 1983, I, pag. 683.

655 MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, pag. 332; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1970, pag. 158.

Innanzitutto, essa presuppone che l'esercizio della prelazione non sia ammissibile senza denuncia⁶⁵⁶, anche se il preferito sia venuto, comunque, a conoscenza del progetto contrattuale coltivato dal titolare del bene con il terzo. Ma detta conclusione non è accettabile nell'istituto in esame, poiché, l'art. 60 autorizza lo Stato, le regioni o qualsiasi altro ente pubblico territoriale ad esercitare la prelazione nelle ipotesi di alienazione non denunciata.

Sembra, pertanto, più confacente alla logica dell'istituto assegnare alla denuncia il compito di notificare al preferito l'avvenuta stipulazione di un atto di alienazione, affinché lo Stato, conoscitone il contenuto e valutatane la convenienza, eserciti la facoltà attribuitagli dalla legge⁶⁵⁷.

Dunque, la denuncia avrebbe una funzione parzialmente diversa da quella che essa svolge in relazione a quegli atti o a quei fatti giuridici per i quali non è ammissibile la prelazione. Infatti, in questi ultimi la comunicazione del trasferimento del bene assolve esclusivamente un compito di informazione, al fine di consentire all'Amministrazione, preposta alla tutela dei beni, di conoscere le vicende relative ai mutamenti di proprietà degli stessi, tanto che il suo mancato adempimento è penalmente sanzionato.

Negli atti a titolo oneroso a questa funzione informativa si accompagna anche quella di far scattare lo *spatium deliberandi* circa l'opportunità dell'esercizio del potere acquisitivo. La denuncia, dunque, non interviene nello schema strutturale della prelazione, il cui esercizio è condizionato alla sola esistenza dell'atto di autonomia privata; ma, assumendo una propria autonomia⁶⁵⁸, svolge un ruolo meramente partecipativo, che ne esclude

656 Cass., 23.1.1975, n. 265, in *Foro it.*, 1975, I, pag. 836.

657 COZZUTO QUADRI, *op. cit.*, pag. 106.

658 L'autonomia della denuncia rispetto all'atto di esercizio della prelazione è ben evidenziata dalla dottrina civilistica: D'ORAZI, *op. cit.*, pag. 142 ss.. In giurisprudenza: Cass., 14.6.1968, n. 1900, in *Foro it.*, 1969, I, pag. 156.

qualsiasi rilevanza negoziale, risultando, invece, sicuramente inquadrabile tra gli atti non negoziali⁶⁵⁹.

Sancita la funzione notificativa della denuncia ci si chiede se il suo adempimento costituisca un obbligo a carico del proprietario o piuttosto un onere.

Anche su tale fronte la dottrina è divisa, giacché, accanto ad una configurazione, generalmente ammessa⁶⁶⁰, della denuncia come obbligo per il soggetto tenuto ad effettuarla, taluni propendono per l'inquadramento nella diversa categoria soggettiva dell'onere⁶⁶¹.

Con riferimento, poi, alla prelazione artistica, si è rilevato che l'obbligo di denuncia è imposto nell'interesse dello Stato⁶⁶² e non delle parti contraenti, di qui l'inammissibilità che dal suo inadempimento derivi un ostacolo al potere di prelazione⁶⁶³; ma, riguardata sotto il profilo dell'idoneità a far scattare il termine bimestrale di decadenza per l'esercizio della prelazione, la denuncia si atteggia come onere⁶⁶⁴ per le parti, il cui adempimento permette di limitare nel tempo lo stato di incertezza sulla sorte dell'atto di autonomia privata⁶⁶⁵.

L'assimilazione funzionale e strutturale della denuncia alla categoria giuridica dell'onere spiega anche il rigido formalismo che assiste tale adempimento.

Infatti, l'art. 59 del codice dei beni culturali prescrive, innanzitutto, che la denuncia deve essere effettuata entro trenta giorni, decorrenti dalla data

659 SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pag. 58; FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 45.

660 Per tutti FURGIUELE, *op. cit.*, pag. 45.

661 DE MARTINI, *Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1952, pag. 178; SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prefazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, pag. 709.

662 ALIBRANDI-FERRI, *I beni culturali ed ambientali*, Milano, 1955, pag. 442. In giurisprudenza, Tar Toscana, 14.2.1984, n. 84; Tar Lazio, sez. II, 26.1.1990, n. 224, in *Foro it.*, 1990, III, pag. 37.

663 Cass., 14.6.1968, n. 1900.

664 SCOZZAFAVA, voce *Onere*, in *Enc. del dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pag. 99 ss..

665 ALIBRANDI-FERRI, *op. cit.*, pag. 442. In giurisprudenza: Tar Lazio, sez. II, 26.1.1990, n. 224.

della stipula per gli atti *inter vivos*, invece, per gli atti *mortis causa* la norma espressamente distingue: per l'erede il termine decorre dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della dichiarazione tributaria (cosiddetta denuncia di successione); per il legatario, dall'apertura della successione, salvo rinuncia ai sensi del codice civile, in quanto il legato si acquista *ipso iure*.

La denuncia va presentata al competente soprintendente, e deve essere completa delle indicazioni di cui al comma 4, cioè deve contenere i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali; i dati identificativi dei beni; l'indicazione del luogo ove si trovano i beni; l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento; l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini delle eventuali comunicazioni.

Relativamente ai requisiti, un importante elemento di novità è costituito dalla necessaria sottoscrizione delle parti, ciò proprio a ribadire la tesi di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che, da sempre, concordano nel ritenere che la *denuntiatio* deve consistere in un'apposita dichiarazione rivolta al Ministero, un atto tipico che non ammette equipollenti, come ad esempio la trasmissione di una copia dell'atto notarile condizionato⁶⁶⁶, con la conseguenza che una denuncia generica o incompleta non è idonea a far decorrere il termine per l'esercizio della prelazione⁶⁶⁷.

A conferma dell'esattezza del suddetto orientamento, l'ultimo comma dell'art. 59, statuisce che si considera non avvenuta la denuncia priva delle indicazioni previste dal comma 4, o con indicazioni incomplete, o imprecise.

666 CANTUCCI, *La prelazione dello Stato nelle alienazioni onerose delle cose di interesse artistico-storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pag. 583. Tar Lazio, 26.1.1990, n. 224.

667 Cons. Stato, sez. IV, 23.3.1982, n. 129, in *Foro it.*, 1982, III, pag. 285.

In caso, invece, di omessa denuncia nei trenta giorni o di denuncia tardiva la Corte Costituzionale⁶⁶⁸ aveva già affermato, comunque, l'interesse della Pubblica Amministrazione a decidere sulla prelazione indipendentemente dal lasso di tempo decorso dalla stipula del negozio di trasferimento; affermando, altresì, quanto agli effetti distorsivi causati dalla possibilità di acquisto a un prezzo inattuale, a distanza di notevole tempo dalla stipula, che il danno economico subito dai contraenti è conseguenza diretta dell'inadempimento delle parti all'obbligo di denuncia, deriva, quindi, da un'illiceità del loro comportamento di cui devono sopportare le conseguenze.

L'art. 61 del codice dei beni culturali, invece, con carattere innovativo, ha stabilito che, in caso di denuncia tardiva, lo Stato ha centottanta giorni dalla data di ricezione della denuncia per decidere se far luogo a prelazione, intendendosi il termine stabilito per la notifica e non per l'emissione del provvedimento.

Ulteriore elemento di novità della norma in tema di prelazione è l'aver previsto che lo Stato possa esercitarla non solo nel caso di denuncia delle parti, tempestiva o tardiva che sia, ma anche qualora sia venuto a conoscenza *aliunde* del trasferimento, laddove in precedenza tale effetto era sicuramente escluso⁶⁶⁹.

Circa la condizione e gli effetti dell'atto in attesa di determinazioni ministeriali, mentre il testo unico n. 490/1999 parlava di atto inefficace, l'attuale codice è ritornato alla formulazione della norma del 1939, prevedendo che *medio tempore* si verifica una fattispecie sotto condizione sospensiva,

668 Sentenza del 20.6.1995, n. 269.

669 Corte Costituzionale, 20.6.1995, n. 269; Cons. Stato, sez. VI, 21.2.2001, n. 923; Cons. Stato, sez. VI, 17.10.1997, n. 802.

tant'è che nei sessanta giorni concessi allo Stato per l'esercizio della prelazione, all'alienante è vietato effettuare la consegna della cosa⁶⁷⁰.

Di fatti, nella prassi notarile si ricorre alla stipula di un contratto sospensivamente condizionato, sottoposto alla condizione negativa che non sia esercitata la prelazione pubblica; non si fa luogo al pagamento del prezzo, né alla consegna del bene o al trasferimento del possesso, e al fine della pubblicità immobiliare il contratto è trascritto, per cui sarà annotata a margine dello stesso il successivo atto di avveramento della condizione, che viene stipulato qualora si verifichi il mancato esercizio della prelazione da parte dello Stato nei sessanta giorni successivi alla denuncia al Ministero.

Si verifica, quindi, un'unica fattispecie, la cui validità retroagisce, essendo ammessa espressamente la conclusione anticipata del contratto prima dell'esercizio della prelazione.

c) L'esercizio della prelazione

Ai sensi dell'art. 61 del codice dei beni culturali, la prelazione va esercitata nel termine di sessanta giorni dalla data di ricezione della denuncia, tranne nel caso in cui la stessa sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta, nel qual caso il termine è di centottanta giorni e decorre dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha, comunque, acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa.

L'esercizio del diritto di prelazione spetta allo Stato, ma anche alla regione o a qualsiasi altro ente locale, in tal caso si parla di prelazione di secondo grado che opera in via subordinata a quella del Ministero.

Poiché, l'ambito della denuncia comprende sia gli atti onerosi, che quelli gratuiti, mentre la prelazione opera solo per gli atti a titolo oneroso è

670 Art. 61, comma 4.

necessario definire la nozione di atti a titolo oneroso, per cui in tale ambito devono rientrare, oltre alla compravendita, l'alienazione della nuda proprietà con riserva di usufrutto, che costituisce una limitazione temporanea del diritto di proprietà pubblica, la *datio in solutum*, la permuta, la transazione con effetti reali, la rinuncia traslativa, e, secondo la tesi più rigorosa, anche il conferimento del bene in società. Devono, invece, ritenersi esclusi tutti gli atti a titolo gratuito⁶⁷¹, il *negotium mixtum cum donatione*, gli acquisti *mortis causa*, nonché gli atti costitutivi o traslativi di diritti reali minori, che non consentono allo Stato l'integrale acquisizione della proprietà. Egualmente non danno luogo a prelazione gli atti di natura meramente dichiarativa, come la divisione o l'assegnazione di beni in natura ai soci. Tra i negozi societari, si rileva poi come gli atti di fusione e scissione cui partecipano società proprietarie di beni culturali sono esclusi dalla prelazione, in quanto non realizzano delle alienazioni a titolo oneroso.

Si è già avuto occasione di precisare che l'atto con cui lo Stato esercita il diritto di prelazione va inquadrato nella categoria dei provvedimenti amministrativi.

Infatti, con la manifestazione di volontà di attuare la prelazione, l'Amministrazione, da un lato, acquista la proprietà del bene e, dall'altro, viene a caducare l'atto di autonomia privata, la cui efficacia è condizionatamente sospesa in virtù della previsione del comma 4 dell'art. 61.

La competenza all'emissione del provvedimento è in ogni caso del Ministero, e tale permanenza, anche dopo la legge sul decentramento amministrativo⁶⁷², è rafforzata dalla legge costituzionale n. 3/2001, la quale ha attribuito allo Stato la potestà legislativa esclusiva, compresa quella

671 Donazioni o altre liberalità, ivi comprese le donazioni remuneratorie, o quelle modali.

672 Art. 149, comma 3, D. Lgs. n. 112/1998.

regolamentare, in materia di tutela dei beni culturali, e alla potestà concorrente delle regioni la materia della loro valorizzazione⁶⁷³.

Il procedimento è compiutamente disciplinato dall'art. 62 del codice, secondo il quale, ricevuta la *denuntiatio*, il soprintendente deve darne immediata comunicazione alla regione e agli enti locali nel cui ambito si trova il bene. Questi ultimi hanno poi trenta giorni⁶⁷⁴ per formulare al Ministero proposta di prelazione, alla quale va allegata la delibera che predispone la variazione di bilancio per la copertura finanziaria della spesa.

A questo punto il procedimento può avere un duplice esito:

- * o il Ministero decide di esercitare la prelazione in proprio e acquista direttamente il bene, emettendo il decreto nel termine di sessanta giorni dalla denuncia, entro il quale deve effettuarsi, altresì, la notifica del provvedimento all'alienante e all'acquirente⁶⁷⁵;
- * o non opta. In tal caso, entro quaranta giorni dalla ricezione della denuncia, ossia entro dieci giorni dalla ricezione della delibera dell'ente locale, è tenuto a darne comunicazione all'ente interessato, il quale può, a sua volta, esercitare la prelazione, adottando la variazione di bilancio e il provvedimento di prelazione da notificare all'alienante e all'acquirente. E proprio la diretta emissione del provvedimento di esercizio della prelazione da parte dell'ente locale interessato, e non più dal Ministero, costituisce l'aspetto innovativo di detta norma.

La legge non regola, neppure nel nuovo testo, l'ipotesi di conflitto positivo tra più enti locali per l'esercizio della prelazione, e il criterio potrebbe essere quello della priorità cronologica, ovvero della scelta autoritativa del

673 Corte costituzionale, 13.1.2004, n. 9.

674 Prima dell'entrata in vigore del codice dei beni culturali tale termine era di quaranta giorni.

675 Art. 61, comma 1 e 3.

Ministero in favore dell'ente che fornisce le maggiori garanzie per la conservazione e la valorizzazione del bene.

L'atto con cui viene esercitata la prelazione artistica va emanato e notificato ad alienante e acquirente entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla data in cui il trasferimento è stato denunciato all'Amministrazione dei beni culturali; nel silenzio della legge sul punto, deve affermarsi che anche per la prelazione dell'ente territoriale il decreto di esercizio della prelazione debba essere entro tale termine non solo emesso, ma anche notificato al venditore e al compratore, pena la decadenza, e che tale decreto acquisisce effetto dalla data dell'ultima notificazione⁶⁷⁶.

La notificazione del provvedimento di prelazione artistica, poi, non assolve funzione di mera conoscenza legale del provvedimento, ma costituisce requisito costitutivo dell'efficacia del provvedimento medesimo e deve trovare perfezionamento entro il termine di legge in base ad un regime giuridico che trae la sua ragion d'essere nell'esigenza di non esporre, a tempo indeterminato, a possibile ablazione beni rientranti nelle categorie sottoposte a regime di tutela ed oggetto di atti di trasferimento *iure privatorum*⁶⁷⁷.

La natura discrezionale del provvedimento e la sua idoneità ad incidere sfavorevolmente su situazioni giuridiche dei privati hanno, da tempo, indotto la giurisprudenza⁶⁷⁸ e la dottrina⁶⁷⁹ a ravvisare, pur nel silenzio della legge, la necessità che esso venga motivato, il che discende non solo dalla attitudine di tale provvedimento ad incidere in *peius* nella sfera giuridica dei contraenti originari, ma anche dalla oramai prevalente opinione che accomuna gli atti di

676 Tar Puglia, Lecce, sez. I, 8.6.2006, n. 3343; Cons. Stato, sez. VI, 1.10.2003, n. 5705, in *Guida dir.*, 2003, n. 43, pag. 83.

677 Cons. Stato, 22.9.2008, n. 4569; Cons. Stato, 4.12.2007 - 27.2.2008, n. 713; Tar Trentino-Alto Adige, Trento, 27.2.2006, n. 49; Tar Lazio, sez. II, 23.8.2001, n. 7012.

678 Cons. Stato, sez. VI, 23.3.1982, n. 129.

679 DIVIZIA, *Rapporti tra prelazione artistica ed alienazione di quota di bene*, in *Notariato*, n. 5, 2008, pag. 566 e ss..

esercizio della prelazione agli atti amministrativi ablatori, come tali necessitanti di adeguata motivazione.

Pare, perciò, auspicabile che la particolare rilevanza dell'obbligo motivazionale divenga criterio prevalente e condiviso anche per la giurisprudenza, ancora sostanzialmente divisa in due principali orientamenti interpretativi contrapposti. Un primo schieramento, riconoscendo rilevanza all'obbligo motivazionale, afferma che l'atto, mediante il quale è esercitato il diritto di prelazione, deve essere motivato dall'amministrazione in merito all'interesse pubblico attuale all'acquisizione al patrimonio statale al fine della tutela del bene⁶⁸⁰. In senso contrario, altre sentenze manifestano la tendenza ad alleggerire l'obbligo di motivazione⁶⁸¹, affermando che per l'esercizio della prelazione legale artistica è sufficiente una indicazione anche sommaria delle ragioni di tutela culturale dell'acquisto. Fino ad arrivare alla affermazione che nella dichiarazione di interesse storico di un bene è insito l'interesse all'acquisizione del bene stesso da parte della pubblica amministrazione, la quale nell'esercitare il diritto di prelazione per acquisire il bene non deve addurre giustificazioni. L'acquisizione del bene è la logica conseguenza, mentre, la decisione contraria richiede una motivazione, in quanto in contrasto con l'interesse pubblico che si consacra nel caso in cui il bene sia assoggettato al vincolo⁶⁸².

Si discute, altresì, in ordine alla spettanza della giurisdizione nel caso di contestazione della tardività della notifica dell'atto di esercizio della prelazione. Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁸³ la stessa spetta al giudice ordinario, in quanto la domanda è diretta a far valere la carenza

680 Cons. Stato, sez. VI, 21.2.2001, n. 923, in *Foro amm.*, 2001, pag. 590.

681 Cons. Stato, 22.11.2004, n. 7652, in www.giustizia-amministrativa.it.

682 Tar Sardegna, 24.7.2003, n. 900.

683 Cass., Sez. Un., 1.7.1992, n. 8079.

assoluta di potere della pubblica amministrazione, ma tale posizione non è condivisa dalla più recente giurisprudenza amministrativa⁶⁸⁴, la quale afferma che la tardività della notifica non è idonea ad escludere la giurisdizione amministrativa, permanendo l'effetto degradatorio-ablatorio del provvedimento amministrativo, il quale rimane escluso solo nel caso d'inesistenza della notifica.

d) Determinazione del prezzo

Lo Stato o l'ente pubblico territoriale interessato, ai sensi del comma 1 dell'art. 60, può acquistare il bene, alienato a titolo oneroso o conferito in società, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento, il che significa che deve offrire all'acquirente la stessa somma indicata nel contratto, eccezion fatta per le altre condizioni di trasferimento, in quanto il medesimo articolo, al comma 5, espressamente dispone che le clausole del contratto di alienazione non vincolano lo Stato.

Una normativa particolare è, invece, prevista per il caso in cui il bene culturale sia alienato con altri per un unico corrispettivo o sia ceduto senza previsione di un corrispettivo in danaro ovvero sia dato in permuta. In tali casi, l'art. 60, comma 2, prevede che il valore economico del bene ceduto è determinato d'ufficio dal soggetto che procede alla prelazione.

Laddove l'alienante non ritenga di accettare tale determinazione, il valore è stabilito da un terzo, secondo quanto disposto dal comma 3 dell'art. 60 del codice.

684 Cons. Stato, sez. VI, 1.10.2003, n. 5705; Cons. Stato, 13.10.1993, n. 706.

Su questo tema occorre prendere atto della evoluzione della normativa, poiché, le regole sulle modalità della determinazione del corrispettivo sono mutate rispetto al T.U. n. 490/1999 ed alla legge n. 1089/1939.

Infatti, l'art. 59 T.U. affidava la determinazione del prezzo non ad un unico arbitratore, ma ad una apposita commissione costituita da ben tre membri, designati dal Ministero, dall'alienante e dal presidente del Tribunale.

Il codice dei beni culturali, che affida tale determinazione ad un solo soggetto, si giustifica evidentemente con la necessità di assicurare una maggiore celerità a questa procedura, sebbene manchi una disposizione che regoli la durata del procedimento di determinazione del corrispettivo, ove l'alienante non accetti la determinazione fatta d'ufficio ed un termine finale di tale processo.

Avvenuta la determinazione, poi, se una delle parti intenda impugnare la determinazione del terzo⁶⁸⁵, la durata del relativo procedimento è, invece, rimessa alla durata del processo conseguente, con i tempi a tutti noti.

Un altro profilo di interesse riguarda la sorte dell'atto di trasferimento oltre i sessanta giorni previsti per l'esercizio della prelazione e nel successivo periodo di mancato accordo sulla determinazione del corrispettivo e conseguente procedimento di determina e, poi eventualmente, di impugnazione della determina.

Non sembra applicabile l'art. 61, comma 4, ove si dispone che in pendenza del termine per l'esercizio della prelazione l'atto di alienazione rimane condizionato sospensivamente all'esercizio della prelazione, va, invece, evidenziata la previsione dell'art. 61, comma 3, che, dopo aver indicato che, entro i termini previsti, il provvedimento di prelazione è notificato all'alienante

⁶⁸⁵ L'impugnazione è ammessa in caso di errore o di manifesta iniquità, come previsto dall'art. 60, comma 3.

ed all'acquirente, si legge che “la proprietà passa allo Stato dalla data dell'ultima notifica”.

Dunque, con l'esercizio della prelazione e con l'ultima notifica, la proprietà passa alla Pubblica Amministrazione, perciò, tutta la parte del procedimento di determinazione del corrispettivo si svolge dopo che la proprietà è già passata all'ente pubblico e l'atto ha già esplicato i suoi effetti⁶⁸⁶.

e) La nullità

L'art. 164 del codice, che rappresenta la riproduzione dell'art. 135 del testo unico n. 490/1999, dispone la nullità delle alienazioni, delle convenzioni e degli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del titolo primo della parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità prescritte. Facendo, comunque, salva la facoltà dello Stato di esercitare la prelazione.

La sanzione riguarda sia gli atti compiuti in mancanza dei necessari presupposti, e senza la prescritta autorizzazione per i beni pubblici, sia quelli di trasferimento posti in essere senza la denuncia ovvero prima della scadenza del termine per i beni privati.

Il codice, pertanto, riproducendo la norma nell'identica stesura stabilita, prima dalla legge n. 1089 del 1939 e successivamente dal testo unico del 1999, non ha risolto il problema di recare una espressione di chiarimento che servisse a risolvere il problema circa la natura di questa nullità.

⁶⁸⁶ Cass., 5.8.1996, n. 7142, in *Foro it.*, 1996, ove si afferma che il provvedimento con il quale l'amministrazione esercita il diritto di prelazione segna il passaggio allo Stato della proprietà del bene, mentre il pagamento del prezzo in favore dell'avente diritto non integra condizione o requisito di detto trasferimento, salva restando, ove l'amministrazione stessa non provveda nei modi e nei termini all'uopo prescritti, la sua responsabilità quale debitrice inadempiente.

La giurisprudenza della Cassazione⁶⁸⁷ annovera tale invalidità tra i casi di nullità relativa, caratterizzata dal fatto che l'azione può essere fatta valere soltanto dallo Stato, sul presupposto che essa costituisca una sanzione intesa a tutelare soltanto un interesse pubblico. Sicché, non potendo le parti contrattuali agire per far dichiarare la nullità, il negozio produce effetti tra le parti, ma non per lo Stato; tant'è che la nullità non preclude l'esercizio della prelazione da parte dello Stato, come dispone l'art. 164, comma 2, del codice.

Anche la più recente giurisprudenza amministrativa⁶⁸⁸ aderisce alla tesi della nullità relativa, sottolineando che non può essere dedotta dai privati, né rilevata di ufficio dal giudice, e non preclude l'esercizio della prelazione da parte dello Stato.

Conseguentemente l'acquirente è legittimato a porre in essere quegli atti di natura strumentale, come la licenza per finita locazione, volti ad esercitare i poteri inerenti alla qualità di proprietario, senza che il conduttore possa eccepire che al momento della domanda non sia stata effettuata ancora la prescritta comunicazione della vendita per l'esercizio della prelazione da parte dello Stato, atteso che la nullità degli atti compiuti in violazione della legge suddetta è stabilita nel solo interesse dello Stato e non può, quindi, essere fatta valere nei rapporti tra privati⁶⁸⁹.

Ulteriore conseguenza di tale impostazione, è che l'usucapione decennale non è idoneo ad evitare l'esercizio da parte dello Stato del diritto di prelazione di un bene vincolato, che può essere perseguito nei confronti dell'acquirente anche a notevole distanza di tempo dalla vendita non regolarmente denunciata⁶⁹⁰, infatti, in presenza di un atto traslativo nullo,

687 Cass., 12.10.1998, n. 10083; Cass., Sez. Un., 24.11.1989, n. 5070.

688 Cons. Stato, sez. VI, 21.2.2001, n. 923.

689 Cass., 12.10.1998, n. 10083.

690 Cons. Stato, sez. VI, 21.2.2001, n. 923.

manca il titolo astrattamente idoneo richiesto dall'art. 1159 del c.c., per cui il termine per l'usucapione è quello ordinario ventennale.

Ma buona parte della dottrina contesta, invece, l'esistenza stessa dell'istituto della nullità relativa, perché esso verrebbe a confliggere con gli aspetti salienti della nullità assoluta, quale ad esempio quello della sua operatività *erga omnes*⁶⁹¹. In effetti, se si accettasse il concetto di nullità relativa, si verificherebbero delle sfasature nel sistema.

Si avrebbe una nullità che opera di diritto, ma che può essere fatta valere soltanto da alcuni soggetti, impedendo agli altri di ottenere una dichiarazione di nullità che valga a definire una sostanziale situazione di incertezza giuridica; il negozio sarebbe per una parte valido e produttivo di effetti, per un'altra parte invalido e improduttivo di effetti; una sanzione, quale è quella di nullità, dettata nell'interesse generale di tutti i cittadini, finirebbe per agevolare soltanto alcuni soggetti, venendo, così, ad acquisire i connotati propri dell'annullabilità o quantomeno dell'inefficacia relativa.

Per questi motivi la dottrina è portata a declassare la suddetta nullità in semplice inopponibilità, con la conseguenza che l'atto sarebbe sempre valido per le parti e produttivo di effetti, ma sarebbe inopponibile allo Stato, cioè privo di effetti nei suoi confronti⁶⁹².

Altra parte della dottrina, invece, afferma che l'atto sarebbe efficace fra le parti ed inefficace nei confronti dello Stato prima della denuncia ed inefficace, invece, *in toto* anche fra le parti dopo la denuncia⁶⁹³. Ma per evitare questa discrasia, tra inefficacia parziale prima della denuncia ed inefficacia totale dopo la denuncia, la dottrina è portata a ritenere l'atto inopponibile allo

691 CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa*, in *Scritti minori*, Napoli, 1986, pag. 269 ss..

692 ALIBRANDI-FERRI, *op. cit.*, pag. 420.

693 PESCATORE, *Nullità ed inefficacia delle alienazioni di cose di interesse artistico avvenute senza denuncia all'autorità amministrativa*, in *Foro it.*, 1948, I, pag. 52.

Stato prima della denuncia ed in ogni caso inefficace fra le parti, allo scopo di consentire la prelazione.

BIBLIOGRAFIA

Opere consultate

- AA.VV., *La circolazione dei beni culturali: attualità e criticità*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010.
- ALIBRANDI T. e FERRI P., *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2001.
- AMADIO G., *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, Padova, 1996.
- ASCOLI A., *Patto di prelazione in caso di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 1914.
- BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000.
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, UTET, Torino, 1972.
- BENEDETTI G., *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974.
- BERNARDINI M., *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Cedam, Padova, 1988.
- BOCCHINI F., *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Jovene, Napoli, 1977.
- BONILINI G., *La prelazione volontaria*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CALABRESE D., *La prelazione agraria*, Cedam, Padova, 2004.
- CAGNASSO O., *Diritto di prelazione e patto di preferenza nella somministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980.
- CAPOZZI G., *La somministrazione*, in *Dei singoli contratti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1988.

- CARPINO B., *La prelazione nell'affitto dei fondi rustici*, in *Diritto agrario italiano*, a cura di IRTI, Torino, 1980.
- CARRESI F., *Il contratto*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, Giuffrè, Milano, 1987.
- CATRICALA' A., *Funzioni e tecniche della prelazione convenzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1978.
- CATRICALA' A., *Patto di preferenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1986.
- CELESTE G., *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Rivista del Notariato*, 2000.
- COCCIA C., *Sul patto di preferenza ed in particolare sull'ammissibilità di una stipulazione senza limiti di tempo*, in *Giur. it.*, 1983.
- CORRADO R., *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, UTET, Torino, 1963.
- COTTINO G., *Della somministrazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970.
- COTTINO G. - GRECO P., *Della vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981.
- COTTO G., *Dal contratto preliminare alla prelazione*, in *Vita notarile*, 1978.
- COVIELLO L., *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. III, Milano, 1902.
- COZZUTO QUADRO M. R., *La prelazione artistica*, in *N. giur. civ. comm.*, 1985.
- COZZUTO QUADRI M. R., *La circolazione delle "cose d'arte"*, Jovene, Napoli, 1997.

- DE MARTINI A., *Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica del patto di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1952.
- DE RUBERTIS G., *La prelazione di cui all'art. 230 bis del c.c.*, in *Vita not.*, 1983.
- DE SANCTIS P., *Una figura controversa: il patto di prelazione*, in *Dir. giur.*, 1973.
- DI ROSA G., *La prelazione legale e volontaria*, in *I contratti in generale* a cura di Cendon, vol. III, Torino, 2000.
- DI STASIO N., *I contratti in generale*, vol. I, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretto da Bigiavi, Torino, 1980.
- D'ORAZI M., *Contributo alla teoria del diritto di prelazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1947.
- D'ORAZI FLAVONI M., *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950.
- DUVIA P., *La denuntiatio nella prelazione volontaria*, Giuffrè, Milano, 2005.
- FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, UTET, Torino, 1971.
- FREZZA G., *Il patto di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1993.
- FURGIUELE G., *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Giuffrè, Milano, 1984.
- GALLO P., *Prelazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, vol. XIV, UTET, Torino, 1996.
- GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1970.
- GABRIELLI G., *Il rapporto giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano, 1974.

- GABRIELLI G., *Prelazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991.
- GARBAGNATI L. CANTU' C., *La prelazione agraria*, Giuffrè, Milano, 2007.
- GIANNATTASIO C., *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974.
- GIRINO F., *Appunti in tema di prelazione convenzionale*, in *Foro padano*, 1964.
- GORLA G., *Precedenti giudiziari sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse*, in *Quaderni foro italiano*, 1967.
- GRECO P., *Sul patto di prelazione per la cessazione di una quota di un accomandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1948.
- LIGUORI F.M., *Prelazione legale*, Jovene, Napoli, 1997.
- MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, vol. I, Giuffrè, Milano, 1968.
- MISEROCCHI M., *Patto di prelazione con durata illimitata e principio della libera disposizione dei beni*, in *Riv. not.*, 1985.
- MONTE M., *La prelazione convenzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- PACIFICI MAZZONI E., *Della vendita*, in *Codice civile commentato*, vol. I, Cammelli, Firenze, 1877.
- PALANDRI M., *Appunti in tema di formazione dei negozi giuridici*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948.
- PELLEGRINI L., *Il patto di prelazione nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998.
- PEREGO E., *Effetto verso i terzi e durata del patto di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1982.

- PEREGO E., *Il patto di prelazione e l'art. 2932 codice civile*, in *Giur. it.*, 1976.
- PEREGO E., *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982.
- PIERALLINI L., *Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1987.
- PORTA F.A., *Prelazione*, in *Enciclopedia Giuridica italiana*, vol. XII, Milano, 1939.
- PULEO S., *I diritti potestativi - Individuazione delle fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1959.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1971
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, UTET, Torino, 1975.
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. X, UTET, Torino, 1982.
- SANDULLI A. M., *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2006.
- SANTORO PASSARELLI F., *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981.
- SARASSO C., *In tema di prelazione negoziale*, in *Giur. it.*, 1968.
- SCHUERMANS L., *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966.
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970.
- SCOZZAFAVA O. T., *Onere*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1964.

- SPATAZZA G., *Le società per azioni*, vol. I, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretto da Bigiavi, Torino, 1984.
- TRIOLA R., *La prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 2007.
- TROISI B., *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984.
- VERZONI U., *Ancora sulla natura del patto di prelazione*, in *Giur. it.*, 1987.