



MARIA GIULIA SALVADORI

IL PATTO DI PRELAZIONE





ISBN
979-12-218-0011-1

PRIMA EDIZIONE
ROMA 30 MAGGIO 2022

INDICE

- 7 Capitolo I
Rilevanza della prelazione nell'ordinamento giuridico
1.1. La prelazione nel codice civile e nelle leggi speciali. Considerazioni generali, 7 – 1.2. Le fattispecie di prelazione legale maggiormente rilevanti in ambito privatistico, 13 – 1.2.1. *La prelazione ereditaria. Cenni*, 14 – 1.2.2. *La prelazione agraria. Cenni*, 16 – 1.2.3. *La prelazione nella locazione commerciale. Cenni*, 21 – 1.3. La prelazione convenzionale nella disciplina codicistica, 22.
- 27 Capitolo II
Qualificazione del patto di prelazione ed elementi della fattispecie
2.1. La controversa qualificazione del patto di prelazione, 27 – 2.1.1. *Species del patto d'opzione*, 28 – 2.1.2. *Species del contratto preliminare unilaterale*, 30 – 2.1.3. *Pactum de non contrahendo*, 35 – 2.1.4. *Contratto preparatorio*, 38 – 2.1.5. *Contratto normativo*, 39 – 2.1.6. *Negozi di configurazione*, 40 – 2.1.7. *Contratto innominato, atipico, socialmente tipizzato*, 42 – 2.2. La clausola che impone la parità di condizioni rispetto ai terzi, 48 – 2.3. La clausola che limita la durata del vincolo, 51 – 2.4. Il patto di prelazione stipulato senza la previsione di un corrispettivo, 56 – 2.5. La forma, 59.
- 61 Capitolo III
Limiti all'operatività della prelazione convenzionale
3.1. Delimitazione dell'indagine, 61 – 3.2. L'assenza o l'infungibilità del corrispettivo pattuito con il terzo, 63 – 3.3. L'assenza di identità tra il bene oggetto

dell'alienazione al terzo e quello oggetto di prelazione, 68 – 3.4. Alienazioni non volontarie. Il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, 71 – 3.5. La prelazione convenzionale nei contratti con la Pubblica Amministrazione, 77.

83 Capitolo IV

Gli effetti del patto di prelazione e le vicende del rapporto

4.1. Efficacia *inter partes* e nei confronti dei terzi, 83 – 4.1.1. *La trascrivibilità del patto*, 84 – 4.2. La situazione giuridica del concedente e del prelazionario, 90 – 4.3. I limiti alla facoltà di godimento del bene da parte del concedente, 92 – 4.4. La trasmissibilità del diritto e dell'obbligo alla preferenza, 94 – 4.5. La *denuntiatio*, 98 – 4.5.1. *L'interpello del prelazionario tra obbligo e onere*, 98 – 4.5.2. *La denuntiatio come proposta contrattuale o atto di interpello non negoziale*, 101 – 4.5.3. *Soggetti contenuto e forma della denuntiatio*, 106 – 4.5.4. *Rinuncia al diritto di prelazione e rinuncia al suo esercizio*, 112.

115 Capitolo V

La patologia del rapporto

5.1. L'inadempimento dell'obbligo di preferire e la tutela del prelazionario. Considerazioni generali, 115 – 5.2. La responsabilità contrattuale del promittente. La risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, 117 – 5.3. La responsabilità del terzo per violazione del patto di prelazione, 119 – 5.4. L'esecuzione forzata in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, 123.

CAPITOLO I

RILEVANZA DELLA PRELAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: 1.1. La prelazione nel codice civile e nelle leggi speciali. Considerazioni generali. – 1.2. Le fattispecie di prelazione legale maggiormente rilevanti in ambito privatistico. – 1.2.1. *La prelazione ereditaria. Cenni.* – 1.2.2. *La prelazione agraria. Cenni.* – 1.2.3. *La prelazione nella locazione commerciale. Cenni.* – 1.3. La prelazione convenzionale nella disciplina codicistica.

1.1. La prelazione nel codice civile e nelle leggi speciali. Considerazioni generali

Nel linguaggio giuridico, come nel lessico corrente, il termine «prelazione» è sinonimo di preferenza ed evidenzia genericamente la priorità di una posizione soggettiva rispetto ad altre. Al di là della valenza semantica, questa espressione non è sempre usata dal legislatore con il medesimo significato. Vanno distinti infatti due concetti di prelazione: il primo, inteso come deroga al principio della *par condicio creditorum*, si ricava principalmente dall'art. 2741 c.c., traducendosi nel diritto di un soggetto che vanti un credito assistito da privilegio, pegno, ipoteca, di soddisfarsi con precedenza rispetto ad altri creditori concorrenti, sull'intero patrimonio o soltanto su alcuni beni del comune debitore. Il secondo, concepito come limite all'autonomia privata è espresso da un complesso di norme contenute nel codice civile e nelle leggi speciali, e si specifica nel diritto di essere preferiti ad altri, normalmente a parità di condizioni, nella stipulazione di un contratto futuro ed eventuale⁽¹⁾.

(1) Riflettono sulla polisemia del termine, V. BENNANI, voce *Prelazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 619; L.V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 981.

Salvo sporadici casi, di cui costituisce emblematico esempio l'art. 1566 c.c. che ammette la stipulazione di un patto di preferenza a favore del somministrante⁽²⁾, la prelazione è attribuita direttamente dal legislatore al fine di agevolare determinati soggetti, portatori di interessi qualificati, nell'accesso alla proprietà di certi beni. Così, nelle fattispecie codicistiche, l'art. 732 privilegia il coerede all'estraneo se ad essere alienata è la quota ereditaria o parte di essa⁽³⁾; l'art. 230-bis, 5° comma avvantaggia il familiare collaboratore dell'imprenditore in caso di divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda⁽⁴⁾ e l'art. 2441, 3° comma pro-

(2) Più ampiamente, *infra*, par. 1.3.

(3) La prelazione ereditaria è considerata l'archetipo delle prelazioni legali in quanto affonda le sue radici nel diritto romano classico. La norma è una novità del codice del 1942, mancando analogo riferimento in quello previgente. La formulazione dell'art. 732 c.c., rivolgendo il beneficio al coerede appartenente o estraneo alla famiglia del *de cuius*, confligge con l'idea che la prelazione abbia lo scopo di preservare i beni in ambito familiare; è più plausibile ritenere che — oltre ad assicurare al prelazionario il vantaggio di incrementare la propria quota sui beni ereditari — il fine sia quello di mantenere integra l'unità del gruppo nella sua originaria composizione per facilitare le operazioni divisionali. *Ratio* e disciplina sono indagate, tra le numerose opere, da M.G. FALZONE CALVISI, *Diritto successorio. Temi e problemi*, vol. I, Milano, 2012, p. 48 ss.; C. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, in BONILINI (diretto da), *Trattato delle successioni e donazioni*, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 71 ss., oltreché in AA.VV., *La comunione ereditaria*, in PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Cons.naz.not.*, Napoli, 2013, p. 187; M. NUZZO, *Funzione della denunziatio e titolo dell'acquisto nella prelazione successoria*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, t. II, Milano, 2006, p. 679 ss.; ID., *La prelazione successoria tra storia e dogma*, in BENEDETTI – MOSCARINI (seminario a cura di), *Prelazione e retratto*, Milano, 1988, p. 57; V. TAGLIAFERRI, *Prelazioni e retratti*, in GAMBARO – MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 717.

Inoltre, si veda, N. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, in *Riv. notar.*, 1992, p. 735; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di dir. civ.*, Torino, 1980; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in CICU – MESSINEO (diretto da), *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano, 1962, p. 355; C. VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, in BENEDETTI – MOSCARINI (seminario a cura di), *Prelazione e retratto*, cit., p. 49.

(4) Due sono le ipotesi di prelazione prese in considerazione della norma. L'una opera a favore di tutti coloro che prestano in modo continuativo il loro lavoro nell'impresa del familiare, qualora egli intenda trasferire a titolo oneroso l'azienda ad un terzo estraneo; l'altra, prevista in caso di divisione ereditaria a seguito alla morte dell'imprenditore, è riservata ai soli partecipanti che siano anche chiamati all'eredità. Sulla estensione della preferenza anche a chi svolge il proprio lavoro esclusivamente nell'ambito della famiglia: cfr., DE RUBERTIS, *La prelazione di cui all'art. 230 bis*, in *Vita not.*, 1983, p. 1238.

La *ratio* è in linea con l'intento protettivo a cui si ispira l'art. 230-bis. La prelazione mira infatti a rafforzare la posizione di chi, fuori da rapporti societari o di subordinazione, contribuisce alla vita produttiva della impresa, tutelando — quale effetto mediato — *l'integrità aziendale e la continuità imprenditoriale, elementi questi richiesti per il felice sviluppo di qualsiasi impresa ma a fortiori della impresa familiare, per la quale non è ipotizzabile la disciplina nel*

tegge l'azionista nell'acquisto di azioni od obbligazioni convertibili in azioni rimaste inoptrate⁽⁵⁾. Si rammentano inoltre, nella legislazione speciale, le ipotesi contemplate nelle seguenti disposizioni: art. 8, legge 26 maggio 1965, n. 590 (prelazione agraria)⁽⁶⁾; artt. 38, 39, 40 legge 27 lu-

contratto (nella specie contratto di lavoro): M.C. ANDRINI, *L'impresa familiare*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, vol. XI, Padova, 1989, p. 268.

Funzione e disciplina, sono analizzate, anche sotto il profilo del richiesto coordinamento, con l'art. 732 c.c., da L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in ANELLI – SESTA (a cura di), in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, Milano, 2012, p. 897; G. DI ROSA, *Dell'impresa familiare*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del cod. civ.*, vol. II; in BALESTRA (a cura di), *Della famiglia, artt. 177–342–ter c.c.*, Torino, 2010, p. 410; V. TAGLIAFERRI, *op. cit.*, p. 754 ss. Merita ancora richiamare i contributi di F.D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. notar.*, 1981, p. 817; D. MESSINETTI, *La prelazione del partecipante l'impresa familiare*, in *Prelazione e Retratto*, cit., p. 129. L'art. 230 *ter*, trattando dei *Diritti del convivente*, introdotto dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, c.d. Legge Cirinnà, non menziona la prelazione. In tema, cfr., tra i vari contributi, A. ALBANESE, *Famiglia e impresa dopo la legge n. 76 del 2016 su Unioni Civili*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 1586.

(5) In dottrina è tuttavia discusso se si tratti di un diritto di prelazione oppure di una opzione di secondo grado. Cfr., ad esempio, G.B. PORTALE, *Opzione e sovrapprezzo nella novella azionaria*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 207 ss.; D. LUCARINI, *Art. 2441 c.c., 3° comma, diritto di prelazione o diritto di opzione?*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 260; G. MUCCIARELLI, *La prelazione nell'art. 2441*, in *Riv. società*, 1992, p. 17 ss.; L. SORDELLI, *Opzione, prelazione e criteri di ripartizione per nuove azioni rimaste inoptrate*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 399; R. WEIGMANN, *La prelazione sui titoli inoptrati*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 615 ss. E, tra le opere più recenti, C.A. BUSI, *Prelazione sull'inoptrato nelle S.p.a. non quotate*, in *Notariato*, 2001, p. 391; S. CERRATO, *Commento sub art. 2441*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto commerciale*, Bologna, 2004, vol. II, p. 1506.

(6) Il sintagma *prelazione agraria* — usato per la prima volta nello studio di G. CASAROTTO, *La prelazione agraria: l. 26 maggio 1965, n. 590 e l. 14 agosto 1971, n. 817*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, p. 133 ss. — designa un istituto complesso, destinato ad operare in presenza di presupposti oggettivi e soggetti diversi. Tra i casi più significativi va segnalata la prelazione attribuita al coltivatore in caso di trasferimento a titolo oneroso del fondo condotto in affitto, estesa negli anni settanta (l. 14 agosto 1971 n. 817) al coltivatore proprietario del fondo confinante con quello oggetto dell'alienazione. La prima tende a promuovere la costituzione di nuove proprietà, attraverso la concentrazione in capo al medesimo soggetto di titolarità e godimento del bene; mentre la seconda si propone di favorire l'espansione delle singole aziende agricole costituite su terreno proprio, al fine di esaltarne la produttività e l'efficienza tecnico economica per una migliore ristrutturazione fondiaria. Le differenti *rationes*, sono messe in luce, ad esempio, da Cass., 15 gennaio 1987, n. 267. In dottrina, cfr. almeno: B. CARPINO, *Prelazione agraria*, in *Noviss. Dig. it. App.*, Torino, 1984, p. 1144 ss.; M. CIANCIO, *La prelazione nell'acquisto di fondi rustici*, Padova, 1978; L. CORSARO, *Titolarità e fondamento della prelazione in materia di «proprietà coltivatrice»*, in *Riv. dir. agr.*, 1976, I, p. 1.

Con riguardo al fondamento della prelazione riconosciuta dal 2004 anche alle società agricole di persone (art. 2 d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99) cfr., in particolare, G. CASAROTTO, *La difficile prelazione delle società (cooperative e di persone)*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 201 ss.; E. ROOK BASILE, *Commento all'art. 2, d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2004,

glio 1978, n. 392 (prelazione urbana)⁽⁷⁾; art. 3, legge 9 dicembre 1998, n. 431 (prelazione del locatario di immobili adibiti ad uso abitativo)⁽⁸⁾; artt. 60, 61, 62 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (prelazione dello Stato sui beni di interesse culturale)⁽⁹⁾; art. 9 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122

p. 87; M. TAMPONI, *Società di persone e cooperativa agricola: un confronto sulla prelazione*, in *Dir. giur. agr. ambientale*, 2005, p. 440. Va rammentato che nel 2016 la prelazione del confinante è stata estesa all'Imprenditore agricolo professionale (Iap) purché iscritto nella gestione previdenziale agricola dell'Inps (art. 1, terzo comma, della legge 28 luglio 2016, n. 154, che ha introdotto il numero 2-bis nel primo comma dell'art. 7 della legge 14 agosto 1971, n. 817).

Per maggiori approfondimenti, tra gli studi fondamentali: G. CASAROTTO, *La prelazione agraria*, in COSTATO – GERMANÒ – ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, vol. I, *Il diritto agrario: circolazione e tutela dei diritti*, Torino, 2011, p. 479 ss., ID, *Persistenti incertezze e pervicaci fallacie in tema di prelazione reale*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, t. I, Padova, 2010, p. 436 ss.; D. CALABRESE, *La prelazione agraria, Una costruzione attraverso la giurisprudenza della Cassazione*, vol. I, Padova, 2012, p. 2, oltre alla rassegna di L. GARBAGNATI – M. NICOLINI – C. CANTÙ, *Contratti e prelazione agraria*, Milano, 2019.

In una prospettiva comparatistica: G. CASAROTTO, *op. ult. cit.*; F. DE SIMONE – A.M. LOPEZ Y LOPEZ, *La prelazione agraria in Italia e in Spagna esperienze a confronto*, Napoli, 2002.

(7) Di natura non meramente individualistica è ancora la prelazione urbana, accordata al conduttore che eserciti una attività, industriale, commerciale, artigianale, turistica (con contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori) nel caso di trasferimento a titolo oneroso dell'immobile locato. La *ratio* della preferenza è trasparente: assicurare all'imprenditore stabilità nel godimento dell'immobile e quindi la continuità dell'attività economica. L'escomio dell'immobile senza il concorso della volontà del conduttore potrebbe significare il deperimento e talora il dissolvimento dell'azienda con evidenti lesioni di interessi collettivi: M. BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988, p. 157. Il diritto di prelazione spetta anche in caso di nuova locazione. Su questo tema, nella vastissima letteratura, cfr., almeno, B. CARPINO, *Prelazione e riscatto*, II, *Immobili urbani*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 4 ss.; G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005, p. 676 ss.

(8) Il conduttore ha diritto di essere preferito qualora il locatore, dopo i primi quattro anni di locazione, intenda vendere l'immobile. La prelazione funge da contrappeso al diritto attribuito al proprietario di dare disdetta al termine del quadriennio e di negoziare il trasferimento di un immobile libero — con maggiori possibilità di spuntare un prezzo vantaggioso — anziché occupato. Cfr. ancora G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 573 ss.

(9) L'istituto della prelazione c.d. artistica era in origine regolato dalla legge n. 1089/1939 e, successivamente, dal d.lgs. n. 490/1999 (t.u. delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali). Oggi la disciplina è contenuta nel codice dei beni culturali e del paesaggio introdotto dal d.lgs. n. 42/2004. Al Ministero, o in determinati casi alla Regione o gli altri Enti pubblici territoriali interessati, è accordata la facoltà di acquistare in via preferenziale i beni culturali alienati dal proprietario con o senza la previsione di un corrispettivo. La *ratio* della prelazione non avrebbe il mero fine di incrementare il patrimonio pubblico, bensì la funzione di perseguire l'interesse della collettività *all'acquisizione dei beni culturali, in vista di una loro più adeguata protezione, conservazione e fruizione*: A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, Milano, 2008, p. 247. Per questo e ulteriori profili si veda tra i contributi successivi all'introduzione del d.lgs. 22 gennaio 2004, n.

(prelazione a favore degli acquirenti di immobili da costruire in sede di vendita forzata dell'immobile oggetto di contratto)⁽¹⁰⁾.

La nozione di prelazione in precedenza delineata è, tuttavia, soltanto concettualmente comune ai vari casi ora sommariamente descritti⁽¹¹⁾,

42, ad esempio, AA.VV., *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, in ANGIULI – CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), Torino, 2005; G. PERRELLA – S. MARINO, *Prelazione artistica: tipologie negoziali assoggettate per legge a prelazione e fattispecie controverse*, in *Contratti*, 2007, p. 703; M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006.

(10) Il diritto di prelazione si inquadra nelle tutele riconosciute dal d.lgs. n. 122/2005 all'acquirente di immobili da costruire, volte a proteggere il risparmio familiare investito negli immobili, e in particolare a salvaguardare l'acquisto del bene casa nelle ipotesi di insolvenza dell'alienante, assoggettato alle procedure concorsuali o di pignoramento dell'immobile negoziato. In questo senso A. LUMINOSO, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in LOBUONO – LOPS – MACARIO (a cura di), *Atti dell'Incontro di Studi*, Milano, 2008, p. 2; ID., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Torino, 2005, p. 21 ss. Ne esaminano ratio e disciplina, tra gli altri, anche P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007, p. 93 ss.; L. MEZZASOMA, *Il consumatore acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, p. 215; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 329 ss. A. RE – G. SCALITI, *La nuova disciplina degli immobili da costruire*, Torino, 2006, p. 129 ss. A. RICCIO, *Il diritto di prelazione in favore degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 1394; M. SERENA, *Diritto di prelazione*, in SICCHIERO (a cura di), *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, 2005, p. 179.

Merita segnalare che la Corte Costituzionale con sentenza n. 43 del 24 febbraio 2022, ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 9 d.lgs. 122/2005, nella parte in cui non prevede che tra i soggetti beneficiari della prelazione rientrino anche coloro che abbiano acquistato "sulla carta" ossia prima della presentazione della richiesta del permesso di costruire.

(11) L'elenco non è esaustivo. Il nostro ordinamento contempla numerose altre ipotesi che, investendo i settori e i soggetti più vari, difficilmente paiono riconducibili ad unità. La difficoltà ricostruttiva di tutte le ipotesi di prelazione è messa in luce da P. DIVIZIA, *Rapporti tra prelazioni legali e ordine di preferenza*, in *Notariato*, 2010, 93 ss. a cui si rinvia per un dettagliato quadro delle prelazioni anche di fonte normativa regionale.

A mero titolo esemplificativo si può segnalare la prelazione delle cooperative giornalistiche nel subentro della gestione della testata, in caso di cessazione della pubblicazione di quotidiani o settimanali: artt. 5 (novellato dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 convertito con modificazioni nella l. 17 luglio 2020 n. 77) e 6, legge 5 agosto 1981, n. 416 e art. 1, comma 7-bis, legge 6 luglio 2012, n. 103. La prelazione prevista dall'art. 1, 6° comma, legge 24 dicembre 1993, n. 560 a favore degli assegnatari e dei familiari conviventi, per l'acquisto degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, purché effettivamente e personalmente condotti, in base ad un contratto di locazione ad uso abitativo, da oltre un quinquennio. E ancora va ricordata la prelazione del conduttore nella dismissione del patrimonio pubblico, oggetto di più interventi legislativi, tra cui si veda la legge 23 novembre 2001, n. 410.

Per un confronto tra i vari casi di prelazione, si veda inoltre M. BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988; M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950; G. ROSSI, *La prelazione e il retratto*, Padova, 2011; G. FURGUELE,

in quanto l'attuazione della preferenza segue regole e meccanismi eterogenei che realizzano, a seconda delle situazioni, una differente tutela del diritto dei singoli prelazionari. In altri termini, la prelazione non si atteggia sempre in modo uniforme, ha in taluni casi un contenuto più ampio che in altri, comprimendo non nella stessa misura l'autonomia negoziale di chi è tenuto al suo rispetto⁽¹²⁾.

Vi sono infatti ipotesi in cui l'acquisto dei beni oggetto del vincolo da parte del preferito avviene fuori dagli schemi dei negozi di natura privatistica⁽¹³⁾, mentre in altri casi, addirittura prescinde dalla volontà di alienare del soggetto passivo⁽¹⁴⁾.

Nonostante le principali situazioni di prelazione implicino la partecipazione del beneficiario ad un procedimento contrattuale spontaneamente instaurato dall'obbligato, esse divergono in molti aspetti della disciplina. Il più evidente riguarda lo strumento del retratto che, quando previsto dalla legge, come nei casi di prelazione successoria,

Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali, Milano, 1984; V. TAGLIAFERRI, *op. cit.*, p. 701 ss.; R. TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, Milano, 2007; P. VITUCCI, *La prelazione e le prelazioni*, in *Riv. notar.*, 1981, p. 805 ss. e agli studi contenuti in BENEDETTI – MOSCARINI (seminario a cura di), *Prelazione e retratto*, citato.

(12) L.V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, cit., p. 982 ss. Esiste tuttavia un denominatore comune ad ogni ipotesi di prelazione legale: la tutela, sia pur in via mediata, di un interesse sociale e generale oltre a quello della categoria dei beneficiari espressamente individuata dalla lettera della norma. Cfr., V. TAGLIAFERRI, *op. cit.*, p. 692.

(13) Questa caratteristica va riconosciuta alla prelazione dello Stato nelle alienazioni aventi ad oggetto beni di interesse culturale. In ragione di tale peculiarità si è escluso in dottrina che essa rientri tra le prelazioni in senso proprio. Secondo Cass., Sez. Un., n. 5993/2003, *lo Stato esplica un potere di supremazia per il conseguimento di un interesse pubblico volto alla conservazione e al generale godimento di determinati beni ponendo in essere un negozio di diritto pubblico con effetto sostanzialmente espropriativo che si realizza con la comunicazione entro il prescritto termine all'interessato del decreto ministeriale*. Una disamina delle diverse posizioni intorno alla natura del procedimento è contenuta in M. PALMERI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, sub artt. 60–62, in *Nuove leggi civili comm.*, 2006, p. 1308.

(14) Ci si riferisce alla prelazione di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 122/2005 prima menzionata. Controversa, un tempo, era la prelazione dell'imprenditore sulle invenzioni e sulle opere dell'ingegno del dipendente. Entro tre mesi dalla comunicazione del conseguito brevetto — recitava l'art. 24 r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 — il datore di lavoro poteva esercitare il diritto di prelazione per l'uso dell'invenzione, per l'acquisto del brevetto, per la richiesta di brevetti all'estero anche se il lavoratore avesse voluto sfruttare personalmente i diritti sull'invenzione. Nella disciplina attuale — art. 64 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale) — il termine «diritto di prelazione» è stato correttamente sostituito con «diritto d'opzione». In argomento cfr., per tutti, G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, in CICU – MESSINEO – MENGONI (diretto da), SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano, 2011, p. 192.

agraria e urbana, consente di realizzare coattivamente l'interesse del preferito all'acquisto del bene⁽¹⁵⁾. Ma al di là della protezione, più o meno intensa, assicurata nella fase patologica del rapporto è la prelazione stessa che talora arricchita nella sua regolamentazione, finisce per assicurare al suo titolare un vero e proprio diritto al bene a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle che potrebbero essere offerte dal terzo⁽¹⁶⁾. In altri casi, invece, il vantaggio non va oltre il diritto di essere preferiti, assicurando all'obbligato, almeno in linea di principio, una prestazione corrispondente a quella che potrebbe ottenere dalla libera contrattazione.

1.2. Le fattispecie di prelazione legale maggiormente rilevanti in ambito privatistico

La peculiarità degli interessi protetti e la specifica qualifica del preferito in rapporto al bene sottoposto a vincolo legale, si riflettono nella disciplina, affatto diversa, che connota le diffuse ipotesi di prelazione cc.dd. ereditaria, agraria, urbana commerciale, precedentemente enunciate, in cui la preferenza si attua attraverso strumenti negoziali. Esse condividono, infatti, soltanto un nucleo minimo di disciplina — il diritto, assistito dalla tutela forte del retratto, attribuito ad un soggetto di essere preferito ad altri, generalmente parità di condizioni, nella stipulazione di un futuro contratto traslativo a titolo oneroso — risultando dunque, per divergente *ratio* e regolamentazione, tra loro non assimilabili.

Appare all'interprete un quadro normativo variegato e complesso: sia per le incertezze applicative create dalla formulazione delle norme, emanate, pur con successive modificazioni e integrazioni, in un contesto, anche dottrinale e giurisprudenziale, assai lontano da quello

(15) Sulla natura del retratto cfr., ad esempio, L.V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, cit., p. 985; G. TAMBURRINO, *I vincoli preliminari nella formazione del contratto*, II ed., Milano, 1991, p. 171 e l'analisi critica di G. CASAROTTO, *Persistenti incertezze*, cit., p. 470.

(16) Ci si riferisce alla prelazione agraria. L'art. 8, legge n. 590/1965 non solo prevede che il pagamento avvenga oltre il termine fissato per l'esercizio della prelazione, ma consente un ulteriore differimento della prestazione pecuniaria qualora sia stata presentata dal coltivatore la domanda per la concessione di un mutuo.

attuale; sia per le esigenze di coordinamento che si pongono in caso di concorso tra prelazioni sul medesimo bene: dovendosi in tal caso distinguere tra concorrenza soltanto apparente ed effettivo conflitto, che legislatore non sempre risolve *ex ante* in modo adeguato, con risposte capaci di dissipare ogni dubbio interpretativo⁽¹⁷⁾.

La ricchezza dei contributi, sul piano teorico e su quello delle elaborazioni delle Corti, giustificano una analisi di queste ipotesi di prelazione, rapida ma sufficiente ai fini della presente indagine: che, soprattutto nel prosieguo, non mancherà di verificare se e in quale misura soluzioni e principi consolidati a margine di fattispecie prelative di fonte legale possano essere utilmente richiamabili, o al contrario recisamente respinti, dinanzi alla prelazione di fonte pattizia

1.2.1. *La prelazione ereditaria. Cenni*

La prelazione ereditaria, come già osservato trattando della sua *ratio*, è considerata il prototipo delle prelazioni legali. L'art. 732 c.c., introdotto dal Legislatore del 1942, attribuisce al coerede, finché dura lo stato di comunione ereditaria, il diritto di essere preferito nelle ipotesi di alienazione delle quote, oltre che un diritto di retratto qualora il trasferimento avvenga senza il rispetto della preferenza. Oltre a quanto precedentemente sottolineato sulla controversa *ratio* della disposizione, merita segnalare che discussa è anche la natura giuridica dello *ius praelationis*. Si tratterebbe di un diritto potestativo per chi riconosce in capo al soggetto passivo un mero *pati* non potendosi opporre al potere del prelazionario di ottenere, attraverso l'esercizio del diritto di prelazione e di retratto, l'acquisizione della quota⁽¹⁸⁾. Ma la soluzione non è conforme all'orientamento dominante secondo

(17) Un esempio è offerto dal conflitto tra prelazione ereditaria e prelazione urbana quando vi sia una perfetta coincidenza tra patrimonio ereditario ed immobile urbano, in relazione al quale prevale per espressa disposizione normativa il retratto successorio (art. 8, comma 8, l. 392/1978). Più complessa invece la situazione descritta dall'art. 8, l. 590/1965, ultimo comma che genericamente dispone: "ai soggetti di cui al primo comma sono preferiti, se coltivatori diretti, i coeredi" creando non poche incertezze interpretative. Si veda ancora P. DIVIZIA, *op. loc. cit.*

(18) S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano, 1959, p. 177 s.s. Si veda l'analisi di R. CALVO, "In facultativis non datur praescriptio": vincoli preparatori, circolazione giuridica ed estinzione dei diritti potestativi, in *Rass.dir.civ.*, I, 24, 2010, fascicolo 1.

cui tra le parti non si crea una situazione di potere e soggezione ma semmai un rapporto obbligatorio connotato da un diritto di credito alla preferenza ed un corrispondente obbligo di preferire⁽¹⁹⁾. Il presupposto di operatività dell'art. 732 c.c. è la permanenza della comunione ereditaria e la volontà del coerede di alienare ad un estraneo la sua quota o parte di essa. Con riguardo alla nozione di "estraneo" è pacifico che vada considerato tale chi non fa parte della originaria comunione ereditaria, sia o no parente del defunto. Chiaramente non è "estraneo", ma coerede, e quindi titolare del diritto di prelazione colui che succede per rappresentazione o sostituzione⁽²⁰⁾. Per "quota" si deve intendere una porzione ideale dell'*universitas*, escludendo che sia soggetta alle prescrizioni di cui all'art. 732 c.c. l'alienazione di un bene determinato o di una quota di esso⁽²¹⁾. La genericità del termine alienare ha creato incertezze interpretative sulla individuazione degli atti di disposizione patrimoniale rispetto ai quali debba ammettersi l'esercizio della prelazione e del retratto. Pare preferibile riferire l'espressione a qualsiasi atto traslativo a titolo oneroso che preveda una prestazione corrispettiva fungibile, quindi suscettibile di essere procurata allo stesso modo sia dal coerede che dal terzo⁽²²⁾.

(19) Sul punto, si diffonde D'Orazi, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, 122. Al soggetto passivo si impone di tenere un certo comportamento diretto a soddisfare la pretesa del prelazionario. Innanzitutto, tale previsione non sarebbe necessaria se il diritto fosse potestativo perché il titolare realizzerebbe *ex se* il risultato della preferenza che non va confuso con l'acquisto coattivo della quota. Del resto, se il conseguimento di tale interesse fosse davvero indifferente alla partecipazione della controparte, nessuna censura dovrebbe muoversi al soggetto passivo che violi i precetti del legislatore alienando a terzi senza il rispetto della prelazione.

(20) Cfr., in dottrina: A. CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, in R. CALVO – G. PERLINGIERI (a cura di) *Diritto delle successioni*, Napoli, 2009, II, p. 1176.

(21) In entrambi i casi l'alienazione non è idonea a far subentrare l'acquirente nella comunione ereditaria. La Suprema Corte assegna all'atto di disposizione del diritto sul singolo bene una efficacia reale sospesa e condizionata all'esito divisionale: cfr., da ultimo, Cass., 23 febbraio 2018, n. 4428, in *Riv.not.*, 2018, p. 757. Sul tema si è espressa anche Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, commentata, tra gli altri, da A. SEMPRINI, *Sulle alienazioni delle quote di un bene ricompreso nella massa ereditaria*, in *Contratti*, 2020, p. 701 ss. che prendendo posizione sulla qualificazione dei diritti sui beni contenuti nella massa ereditaria ha equiparato la disposizione di tali diritti alla disposizione di diritti non ricompresi nell'asse ereditario, dovendosi qualificare tali beni come altrui o eventualmente altrui. In senso critico, cfr. tra gli altri, G. AMADIO, *Coeredità e atti di disposizione della quota (in margine a Cass., Sez.un. 15 marzo 2016, 5068)*, in *Rass.dir.civ.*, 2017, p. 764.

(22) Cfr., L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 981.

È certo che la prestazione di preferenza debba avvenire a parità di condizioni rispetto a quelle offerte dai terzi: il principio è implicito nella dizione dell'art. 732 c.c. che prevede la notifica della proposta di alienazione e l'indicazione del prezzo a cui si intende alienare la quota. Il meccanismo consente di comporre con equilibrio gli opposti interessi delle parti garantendo la prelazione senza menomare la libertà di contrattare dell'alienante. Il coerede è tenuto a rendere nota l'instaurazione del procedimento contrattuale per consentire a chi sia interessato all'acquisto di esercitare il diritto di prelazione.

È discusso, invece, se tale comunicazione rappresenti un onere oppure un obbligo per l'alienante. Di qui ulteriori perplessità ermeneutiche con riguardo al significato da attribuire al termine proposta, e se essa sia o meno revocabile⁽²³⁾.

L'intento protezionistico del legislatore si esprime attraverso l'attribuzione del diritto al retratto, che consente al prelazionario di recuperare la quota alienata al terzo in violazione della preferenza.

1.2.2. *La prelazione agraria. Cenni*

La fisionomia della prelazione ereditaria si riscontra in quella agraria, sebbene le regole siano qui più articolate e per molteplici profili divergenti. La posizione preferenziale è parimenti assistita dal diritto di retratto a cui, come si è precisato mettendo in evidenza *ratio*, si affiancano ulteriori peculiari vantaggi rivolti a favore dei soggetti titolari del diritto, giustificati anche dall'interesse collettivo *a che la terra circoli tra le persone che la utilizzano al meglio assicurando un più efficiente sfruttamento delle risorse economiche*⁽²⁴⁾.

La disciplina della prelazione agraria, nel suo originario impianto — art. 8 l. 590/1965 — è scolpita sulla figura del coltivatore diretto conduttore di fondo altrui, eventualmente affiancato nello svolgimento dell'attività agricola da un nucleo familiare allargato.

Nel corso degli anni il vantaggio della preferenza è stato man mano esteso ad altri soggetti: il coltivatore diretto proprietario del terreno

(23) Per una sintesi delle diverse posizioni anche giurisprudenziali si rinvia a A. ARFANI, *Prelazione ereditaria e retratto successorio*, in *Fam.e dir.*, 2016, p. 655.

(24) L. CORSARO, *Prelazione e retratto*, I, (voce) in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII, Roma, 2001, 2. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v. *supra*, nota 3.

confinante, le cooperative agricole; le società agricole di persone (quando almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di coltivatore diretto) e, in ultimo, ma solo nella veste di proprietario confinante, anche l'imprenditore agricolo professionale (Iap), se iscritto nella gestione previdenziale Inps. Nell'eventualità che i confinanti aventi diritto alla prelazione siano più d'uno si applicano i criteri individuati dal legislatore, intervenuto in passato a colmare un vuoto normativo (art. 7 d.lgs. 228/2001).

Il dettagliato disposto dell'art. 8 l. 590/1965, coordinato con le successive norme di settore, costituisce ancor oggi il fulcro della complessa disciplina della prelazione agraria. Semplificando, ai fini che interessano la presente indagine, possiamo distinguere, in caso di vendita di un terreno agricolo, tra preferenza che spetta all'affittuario che conduce il predio e preferenza assegnata al proprietario del fondo confinante⁽²⁵⁾. La legge subordina il diritto di prelazione alla sussistenza di specifici presupposti oggettivi e soggettivi su cui si è appuntata l'attenzione degli interpreti al fine di chiarirne meglio il significato. Oggetto della prelazione è sempre il fondo rustico, ossia un terreno destinato all'agricoltura che può comprendere anche fabbricati rurali, ossia funzionalmente adibiti a servizio dell'attività agricola svolta sul fondo. La prelazione non opera quando i terreni sulla base dei piani regolatori, anche se non ancora approvati, siano destinati a utilizzazione edilizia, industriale o turistica.

Per quanto riguarda il coltivatore diretto insediato sul fondo egli può vantare il diritto di essere preferito se risulta che si dedichi alla coltivazione di quel predio, e all'allevamento del bestiame, abitualmente e direttamente, impiegando una forza lavorativa — propria e del nucleo familiare — non inferiore a un terzo di quella normalmente occorrente (per la coltivazione e allevamento del bestiame di quel fondo). Le ragioni della prelazione trovano espressione nell'ulteriore connotato della coltivazione almeno biennale, in assenza del quale il proprietario non sarà tenuto a preferire l'affittuario.

La prelazione del confinante soggiace a requisiti ulteriori, essendo riconosciuta solo se sul fondo offerto in vendita non sia insediato un

(25) Cfr., per una accurata analisi, P. TONALINI, *La compravendita del fondo agricolo*, Milano, 2017.

affittuario coltivatore diretto; inoltre il confinante non deve aver venduto fondi nel biennio di imponibile fondiario superiore a lire mille (pari a 0.52 euro), salvo il caso di cessione a scopo di ricomposizione fondiaria. E ancora, il terreno per il quale intende esercitare la prelazione, in aggiunta a tutti gli altri da lui posseduti in proprietà od enfiteusi, non deve superare il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della sua famiglia.

Tra le due prelazioni, quest'ultima è indubbiamente quella che ha suscitato le maggiori incertezze sul piano applicativo⁽²⁶⁾, soprattutto con riguardo ai requisiti oggettivi. Indagata risulta la nozione di fondo confinante, specie quando opere preesistenti, come fossi, strade, canali, tra i due terreni possano metterne in dubbio la contiguità materiale. Come pure nella diversa ipotesi in cui, alienata soltanto una porzione del fondo, il distacco venga creato artificialmente. Una ricca elaborazione sul piano dottrinale e giurisprudenziale, si registra anche margine di connotati che deve rivestire l'insediamento del coltivatore sul fondo oggetto di compravendita, che si ritiene ostativo del diritto di prelazione del confinante solo quando risulti stabile e non provvisorio.

I profili della prelazione agraria che, ai fini del presente lavoro, occorre metter principalmente in luce, riguardano il meccanismo con cui si attua la preferenza, che qui il legislatore si preoccupa di descrivere nel dettaglio. Maturata la decisione di vendere il proprietario deve rendere edotto il beneficiario delle condizioni di vendita. L'art. 8, comma 4°, della citata l. 590/1965 richiede la sussistenza di un programma negoziale vincolante: il proprietario deve infatti notificare al prelazionario, per mezzo di lettera raccomandata, la proposta di alienazione, trasmettendo il preliminare di compravendita completo del nome dell'aspirante acquirente, del prezzo e delle altre pattuizioni rilevanti ai fini di valutare la convenienza dell'affare.

Oggi ci si chiede se il c.d. preliminare di preliminare possa assolvere analoga funzione (quesito a cui parrebbe doversi dare risposta positiva) e se sia compatibile con tali prescrizioni la stipulazione con clausola "per sé o per persona da nominare": la soluzione, affermativa o negativa

(26) Sia consentito rinviare per la disamina delle questioni più controverse in materia di prelazione agraria a M.G. SALVADORI, *La prelazione agraria*, in *Le prelazioni nella prassi notarile*, Milano, 2012, p. 57 ss.

— ritenendo di poter superare il dato testuale — dovrebbe dipendere dalla rilevanza che, nel caso concreto, potrebbe assumere la conoscenza da parte del prelazionario del nome del promissario acquirente, senza distinguere, come invece fa la giurisprudenza, tra conduttore (nei cui soli confronti varrebbe l'interpretazione restrittiva) e confinante⁽²⁷⁾.

Stando alla lettera della legge, oltre a trasmettere il preliminare concluso con il terzo, occorre rivolgere al preferito una proposta di alienazione: che potrà essere accettata o respinta, espressamente o lasciando spirare il termine legale. Non può sfuggire come all'epoca della emanazione della norma, le contrattazioni immobiliari fossero sottoposte all'ossequio di regole diverse rispetto a quelle attuali. La stipulazione di un contratto preliminare e definitivo di vendita per scrittura privata divergeva sul piano sostanziale ma non su quello degli adempimenti formali, rispondendo rispettivamente alle sole prescrizioni degli artt. 1350 e 1351 c.c. Indubbiamente questo spiega il procedimento prescelto dal legislatore connotato da una proposta destinata a perfezionare una vendita in caso di esercizio della prelazione. Tale meccanismo deve misurarsi oggi con la complessa disciplina formale che regola i trasferimenti immobiliari.

Tuttavia, proprio in punto *denuntiatio*, non sfugge come la giurisprudenza, inizialmente ispirata da un rigido formalismo, pare volersi allontanare da quei diffusi enunciati che imponevano la pedissequa osservanza della procedura descritta dall'art. 8 della citata legge. Si proclama, talora, come la trasmissione del preliminare concluso con il terzo, anche se accompagnato dalla proposta di rendersi acquirente, non integri una "proposta" contrattuale ma solo l'adempimento di un onere posto dalla legge a carico dell'alienante⁽²⁸⁾. E in epoca più recente si afferma che *deve ritenersi superflua la trasmissione, al prelazionario, del contratto preliminare di compravendita del terreno, ove risulti che il coltivatore diretto abbia già avuto precedente conoscenza, in qualsiasi modo e per iniziativa del proprietario-venditore, della proposta di vendita e delle relative condizioni, dovendosi in tal caso ritenere realizzata la finalità della legge*⁽²⁹⁾.

Se il proprietario ha alienato ad un terzo violando la prelazione, l'avente diritto può riscattare il fondo dall'acquirente (e da ogni altro

(27) Tra le tante, Cass., 23 marzo 2019, n. 8454 in Ced Cassazione.

(28) Cass., 12 agosto 2000, n. 10789 in *Riv.not.*, 2001, p. 645.

(29) Cass., 13/02/2017, n. 3760, in Ced Cassazione.

successivo avente causa) entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita. Il diritto di riscatto può essere esercitato anche quando il prezzo indicato nella proposta notificata sia superiore a quello risultante dal contratto di compravendita successivamente stipulato (art. 8, quinto comma, della legge 26 maggio 1965, n. 590). Le regole sul pagamento del prezzo dettate in tema di esercizio del diritto di prelazione (art. 8, sesto e settimo comma, della legge 26 maggio 1965, n. 590) si applicano anche all'ipotesi del riscatto (articolo unico della legge 8 gennaio 1979, n. 2). Il riscattante deve pertanto versare il prezzo al terzo acquirente riscattato entro tre mesi dal momento in cui il terzo acquirente ha comunicato la propria adesione alla dichiarazione stragiudiziale di riscatto, oppure, in caso di contestazione, dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto di riscatto. È ammesso un diverso accordo tra le parti, purché formalizzato prima della scadenza del termine di tre mesi.

Uno dei temi più controversi in materia riguarda la possibilità di una rinuncia preventiva al diritto di prelazione agraria, ossia prescindendo dall'eventuale progetto di vendita intrapreso dal proprietario, e dunque dalla *denuntiatio*. La giurisprudenza non dubita che una valida rinuncia possa essere espressa dal coerede, indipendentemente dalla comunicazione di una proposta contenente tutte le condizioni a cui avverrà la vendita, trattandosi di un diritto disponibile che si acquista insieme alla qualità di erede e perciò preesistente alla *denuntiatio*. Diversamente, nella prelazione agraria si ritiene che il diritto sorga in seguito alla comunicazione delle condizioni di vendita; solo con la *denuntiatio* il diritto entrerebbe a far parte del patrimonio del prelazionario, e dunque solo dopo tale momento sarebbe rinunciabile, senza incorrere nella nullità per indeterminatezza dell'oggetto. La soluzione non è convincente per più ragioni: pare non distinguere tra rinuncia alla prelazione e rinuncia all'esercizio del diritto, e soprattutto non considera che nel nostro ordinamento è ammessa la rinuncia a diritti futuri disponibili. Il tema sarà più ampiamente trattato, con riguardo al patto di prelazione, nel capitolo dedicato agli effetti che il medesimo produce⁽³⁰⁾.

(30) Analizza l'istituto della rinuncia nelle varie ipotesi di prelazione: S. UTTIERI, *L'ammissibilità della preventiva rinuncia alla prelazione ereditaria*, in *Notarito*, 2017, 37. In argomento, si veda da ultimo: G. IACCARINO, *La rinuncia nel diritto italiano*, vol. I, Napoli, 2020, p. 41 ss.