

STUDI IN ONORE
DI
GIORGIO CIAN

Tomo I



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2010

GIANGIORGIO CASAROTTO

PERSISTENTI INCERTEZZE E PERVICACI FALLACIE
IN TEMA DI PRELAZIONE REALE

SOMMARIO: 1. Le prelazioni nel BGB e nel codice civile: un confronto impari. — 2. La *denuntiatio* vale proposta? — 3. La *denuntiatio* quale oggetto dell'obbligazione prelazionale. — 4. La configurazione di una specifica prestazione di preferenza. — 5. La prelazione con riscatto, tra Scilla e Cariddi. — 6. Un diritto di prelazione a cui si accompagna un diritto di riscatto/retrato? — 7. Riscatto-retrato? La tesi della surrogazione. — 8. Considerazioni conclusive e prospettive di una ricostruzione della fattispecie « prelazione con riscatto » in termini unitari. La « prelazione reale ».

1. — Diversamente dal BGB ⁽¹⁾, il codice civile italiano non contiene una disciplina organica del diritto di prelazione e neppure un'articolata sua regolamentazione quantomeno in relazione a singole fattispecie, invero limitandosi ad enunciare, all'art. 732, la prelazione del coerede nel caso di alienazione della propria quota da parte di altro coerede, e all'abrogato art. 966 quello del concedente nel caso di cessione del diritto enfiteutico; parimenti, all'art. 1566, espresso in termini di « diritto di preferenza », disciplina con solo brevi tratti l'ipotesi in cui il somministrato si sia pattiziamente obbligato a concedere al somministrante la preferenza nella stipulazione di un nuovo contratto di somministrazione ⁽²⁾.

⁽¹⁾ In uno studio destinato a una raccolta in onore di Giorgio Cian l'*incipit* mi è sembrato d'obbligo!

⁽²⁾ Nel codice una prelazione è ora prevista anche nelle ipotesi dell'art. 2441, comma 3°, introdotto dall'art. 1, *sub* art. 1, l. n. 216/1974 (ed altra esisteva all'abrogato art. 2477 c.c.), ma senza alcuna disciplina della fattispecie (sulle perplessità però in ordine all'identificazione di tali fattispecie quale prelazione v. GRANDE STEVENS, *Il nuovo art. 2441: diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni (o delle obbligazioni convertibili) non optate di società non quotate in Borsa*, in *R. soc.*, 1976, p. 1188 s.; LUCARINI, *Art. 2441 cod. civ., 3° comma: diritto di prelazione o diritto di opzione?*, in *R. d. comm.*, 1977, I, p. 260 ss.); da menzionare ancora la prelazione dell'art. 230 *bis* c.c., introdotto nel codice dalla legge di riforma del diritto di famiglia, disciplinata con un mero richiamo all'art. 732 c.c. Per un quadro d'insieme delle varie fattispecie prelazionali nel diritto italiano, anche non più vigenti, v. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano 1984, p. 1 ss. Da ultimo (ma non sempre puntuale), TAGLIAFERRI, *Prelazioni e retratti*, in *Tratt. dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO-U. MORELLI, *I Proprietà e possesso*, Milano 2008, p. 687 ss.

In particolare, nelle fattispecie della prelazione del coerede e dell'enfiteuta le relative norme si limitano a stabilire il dovere dell'alienante di « *notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo* » e il termine per l'esercizio del diritto. Viene quindi previsto, per l'eventualità di mancanza della notificazione, il diritto di « *riscattare* » la quota ereditaria, ovvero il diritto enfiteutico, « *dall'acquirente e da ogni successivo avente causa* ». Seguono poi prescrizioni complementari per il caso di pluralità di aventi diritto.

Anche nell'ipotesi ricollegata alla somministrazione, sempre con riferimento a quanto concerne l'articolazione della fattispecie, sono solo menzionati l'obbligo del somministrato di comunicare alla controparte le condizioni offertegli da terzi e la dichiarazione del somministrante dell'intenzione di avvalersi del diritto di preferenza.

Il BGB invece, ai §§ 463-473 ⁽³⁾, con riferimento al contratto di compravendita, pone una disciplina ampiamente articolata del *Vorkaufsrecht* ⁽⁴⁾, specificatamente della prelazione obbligatoria (*schuldrechtliches [persönliches] V.*), che costituisce un vero e proprio modello di base per l'istituto, a cui così si richiama, per la regolamentazione del rapporto tra preferito ed obbligato, anzitutto il *dingliches Vorkaufsrecht*, previsto ai §§ 1094-1104 BGB ⁽⁵⁾ (per l'espreso rinvio del § 1098 comma 1°). Pur poi in mancanza di esplicito richiamo, la disciplina della prelazione obbligatoria è ritenuta applicabile anche al *Vorkaufsrecht* dei coeredi, disciplinato dai §§ 2034-2037 BGB, in via integrativa alla sintetica disciplina colà specificamente prevista ⁽⁶⁾. La tecnica legisla-

⁽³⁾ Nuova numerazione, corrispondenti ai precedenti §§ 504 ss. La disciplina dei §§ 463 ss. è collocata nell'ambito della disciplina del *Kaufvertrag* (titolo sulla compravendita e permuta), nel sottotitolo rubricato « *Besondere Arten des Kaufs* ».

⁽⁴⁾ Sul *Vorkaufsrecht*, v., SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht im Privatrecht (Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen)*, Berlin 1975. In particolare, per il *schuldrechtliches Vorkaufsrecht* v. H.P. WESTERMANN, *Vorkauf*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, B. 3, *Schuldrecht* — Besonderer Teil I, 3. Aufl., München 1995, §§ 504 ss., p. 437 ss.; MADER, *Vorkauf*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, B. 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 433-487, Berlin 2004, §§ 463 ss., p. 552 ss.; FAUST, *Vorkauf*, in *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, Band 1, §§ 1-610, München 2003, sub §§ 463 ss., p. 1732 ss.; BÜDENBENDER, *Vorkauf*, in *Dauner Lieb - Haidel - Ring, BGB, Schuldrecht*, T. 1, B. 2, §§ 241-610, Bonn 2005, §§ 463 ss., p. 1435 ss.

⁽⁵⁾ Sul *dingliches Vorkaufsrecht*, v. IMMERWAHR, *Das dingliche Vorkaufsrecht des BGB*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, XL, 2., IV B., Glashütten im Taunus 1967, p. 279 ss., J. WILHELM, *Sachenrecht*, 3° Aufl., Berlin, 2007, p. 851 ss.; BAUR-STÜRNER, *Sachenrecht*, 17. Aufl., München, 1999, p. 243 ss. (v. anche la 18^a ed., 2007, non consultata); H.P. WESTERMANN, *Vorkaufsrecht*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, B. 6, *Sachenrecht* §§ 854-1296, 3. Aufl., München, 1997, §§ 1094 ss., p. 1497 ss.; MADER, *Vorkaufsrecht*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, B. 3, *Sachenrecht*, §§ 1018-1112, Berlin 2004, §§ 1094 ss., p. 757 ss.; WEGMANN, *Vorkaufsrecht*, in *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, München, 2003, sub §§ 611-1296, p. 2040 ss.

⁽⁶⁾ V. LOHMANN, in *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, München, 2003, § 2034, p. 1457; v. LÜBTOW, *Erbrecht*, 2. Hb., Berlin 1971, p. 823. Quella del § 2034 ss. costituiva l'unica ipotesi di prelazione legale originariamente prevista dal BGB Su tale fattispecie, v. ancora KIPP-COING, *Erbrecht*, 14. Bearb., Tübingen 1990, p. 624; LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, 5. Aufl., München 2001, p. 1098 ss.; BROX, *Erbrecht*, 22. Aufl., Köln 2007, p. 322 ss.; WERNER, *Rechtliche Stellung des Erben*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 5: *Erbrecht*, 13. Aufl., Berlin 2002, §§ 2034 ss., p. 569 ss.; DÜTZ, *Erbrecht*, §§ 1922-2385, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 9, 3. Aufl., München 1997, § 2034 ss., p. 631 ss.

tiva in parola ritorna per la prelazione a favore del conduttore di locali ad uso abitativo, istituita in epoca relativamente recente dal novellato § 577 BGB⁽⁷⁾, che a sua volta fa espresso richiamo alle norme sul *Vorkauf*. D'altro canto la disciplina dei §§ 463-473 viene ancora ritenuta applicabile in via analogica anche a tipologie contrattuali diverse dalla compravendita e così, con riferimento alle corrispondenti fattispecie contrattuali oggetto di preferenza, al *Vormietrecht* e al *Vorpachtrecht*⁽⁸⁾.

Il rinvio (più o meno ampio) alla disciplina del *schuldrechtliches Vorkaufsrecht* è inoltre costante anche per le fattispecie extracodice, e così (per ricordare solo le principali) per la prelazione dell'imprenditore agricolo prevista dai §§ 4 ss. RSiedlG⁽⁹⁾, per quella a favore del superficiario di cui al § 31 ErbbauVO⁽¹⁰⁾, per quella attribuita al Comune (*Gemeinde*) dai §§ 24 ss. BauGB⁽¹¹⁾, per quella conferita al *Mieter* e al *Nutzer* dal § 20 VermG⁽¹²⁾ e al *Nutzer* dal § 57 SchuldRAnpG⁽¹³⁾ (14).

Nel diritto italiano la mancanza nel codice di un modello, adeguatamente delineato, della disciplina della prelazione ha fatto invece sì che le varie e numerose ipotesi via via introdotte in leggi speciali siano caratterizzate, oltre che da regolamentazioni a loro volta scarsamente organiche, da previsioni che variamente divergono anche sugli elementi fondamentali della fattispecie⁽¹⁵⁾.

(7) Il diritto di prelazione del § 577 è stato introdotto con la *Mietrechtsreformgesetz* del 19 giugno 2001.

(8) V. MADER, *Vorkauf*, cit., p. 565.

(9) *Reichssiedlungsgesetz* dell'11 agosto 1919, ora « *Reichssiedlungsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 2331-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, geändert durch Artikel 7 Abs. 14 des Gesetzes vom 19. Juni 2001* (BGBl. I S. 1149) ».

(10) *Verordnung über das Erbbaurecht (ErbbauVO)* del 15 gennaio 1919, come modificato dalla l. 9 giugno 1998 (BGBl. I S. 1242).

(11) « *Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 2004* (BGBl. I S. 2414), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3316) ».

(12) « *Vermögensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Februar 2005* (BGBl. I S. 205), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 19. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3230) ».

(13) *Gesetz zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet* del 21 settembre 1994 (BGBl. I S. 2538).

(14) Il *Vorkaufsrecht* è disciplinato anche nell'ABGB austriaco, nella ripartizione intitolata ai *Besondere Arten oder Nebenverträge eines Kaufvertrages*, ai §§ 1073-1079, in particolare prevedendo il § 1073 che « *Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht. In Rücksicht auf unbewegliche Güter kann es durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden* » e il § 1079 che « *Hat der Besitzer dem Berechtigten die Einlösung nicht angeboten, so muß er ihm für allen Schaden haften. Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechts kann die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden, und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt* »; per il diritto austriaco v. FAISTENBERGER, *Das Vorkaufsrecht*, Salzburg 1967.

(15) La carenza nelle stesse varie ipotesi legali di una disciplina della fattispecie prelazionale ispirata a criteri uniformi è riscontro ricorrente, deducendosene anche l'impossibilità di identificare un modello per la prelazione volontaria (« *singolari, slegate, e incomplete* », per SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, t. 2°, 3ª ed., Torino 2004, p. 344 e già in SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2°, Torino 1975, p. 730 [nel prosieguo, data la sostanziale identità delle due opere, si citerà, ove uguali, solo la più recente]).

Ciò in particolare si riscontra — per quanto concerne anzitutto le ipotesi di prelazione con riscatto, che costituiscono l'oggetto specifico della nostra trattazione e che, avendo ad oggetto la proprietà (o il diritto di enfiteusi) ⁽¹⁶⁾ sono sostanzialmente comparabili con il *Vorkauf* — nelle fattispecie della prelazione agraria ⁽¹⁷⁾ e di quella urbana ⁽¹⁸⁾, che, aggiuntesi a quella codicistica della prelazione tra coeredi (art. 732 c.c.), rappresentano le ipotesi di maggiore frequenza applicativa, nonché le tipologie attorno alle quali si è vivacizzato il dibattito sui temi che veniamo a considerare nel presente scritto ⁽¹⁹⁾.

Com'è noto, l'art. 732 e l'art. 966 costituirono una novità del codice del 1942, in quanto il primo codice civile unitario italiano ⁽²⁰⁾, richiamandosi al principio della li-

⁽¹⁶⁾ Fa espresso riferimento all'enfiteusi l'art. 8 della l. n. 590/65.

⁽¹⁷⁾ Istituita con l'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, successivamente variamente modificata, in particolare per quanto specificamente concerne le questioni di cui ci stiamo occupando, dagli artt. 7 ed 8 della l. 14 agosto 1971, n. 817 (le più recenti modifiche sono state introdotte dall'art. 7 del d. legisl. 18 maggio 2001, n. 228, dall'art. 2, comma 3° e dall'art. 8 del d. legisl. 29 marzo 2004, n. 99, sulle quali v. CASAROTTO, *La difficile prelazione delle società (cooperative e di persone)*, in *R. d. agr.*, 2009, I, p. 201 ss.). Si può ricordare anche un'altra fattispecie agraria, prevista dagli artt. 4 e 6 della l. 29 maggio 1967, n. 379, di rilievo tuttavia più limitato, attinente all'esperienza specifica della riforma fondiaria, con una disciplina della prelazione e del riscatto del tutto analoga (per i profili di nostro specifico interesse) a quella dell'art. 8, l. n. 590/65 (per tale fattispecie sia consentito il rinvio al ns. *Il diritto di prelazione allo scadere del trentennio dall'assegnazione delle terre di riforma*, in *R. d. agr.*, 1984, I, p. 317 ss.).

⁽¹⁸⁾ Artt. 38 e 39, l. 27 luglio 1978, n. 392.

⁽¹⁹⁾ Il riferimento alla proprietà e alla compravendita è del resto proprio della tradizione, come testimoniano CORRADINUS, *Tractatus de jure praelationis*, Editio quarta, Venetiis, ex typographia Balleoniana, 1722, q. 1, n. 1, p. 7: « Ego vero dico, quod praelatio est ius emendi, vel habendi rem alteri venditam, aut alio aequivalenti titulo datam pro aequali pretio, et cum iisdem pactis, et conditionibus intra tempus a lege definitum » e R.-J.POTHIER, *Traité des retraits*, in *OEuvres*, par M. Dupin Aîné, t. 2°, Bruxelles 1831, n. 73, p. 16: « Les contrats, qui donnent ouverture au retrait, sont le contrat de vente, les contrats ou actes équipollens à vente, ou dans lesquels la nature du contrat de vente prédomine ».

⁽²⁰⁾ Extracodice già esistevano peraltro varie fattispecie, variamente strutturate, e così, in tema di brevetti, nel r.d. 29 giugno 1939, n. 1127, art. 24 (sulla cui qualificazione v. però anche le perplessità già di SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 345), sul vincolo alberghiero (artt. 1 e 3 della l. 24 luglio 1936, n. 1692) e specialmente quella della l. 1° giugno 1939, n. 1089, artt. 31-33, sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico, ora sostituita dagli artt. 60-62 del d. legisl. 22 gennaio 2004 n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio, che delinea una fattispecie di prelazione dai contorni tipologici incerti, che — nelle linee essenziali — attribuisce al Ministero per i beni e le attività culturali, ovvero, a seconda dei casi, alla regione o altro ente pubblico territoriale, la facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali alienati a titolo oneroso, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione, prevedendo un esercizio della prelazione, da effettuarsi in ogni caso con provvedimento notificato sia all'alienante ed all'acquirente, e ciò entro sessanta giorni dalla denuncia di trasferimento (che è imposta dall'art. 59 in via generale e quindi anche a prescindere dalla prelazione), ovvero, qualora la denuncia sia stata omessa o presentata tardivamente oppure risulti incompleta, nel termine di centottanta giorni dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa, statuendosi infine che (in entrambe le ipotesi) la proprietà passa allo Stato dalla data dell'ultima notifica; in pendenza del termine per l'esercizio della prelazione l'atto di alienazione è assoggettato *ex lege* a condizione sospensiva (su tale fattispecie, cfr. DE MARIA, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di Cammelli, Bologna 2004, p. 28 ss. mentre su quella previgente v. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *R.*

bertà delle convenzioni, vide con sfavore la prospettiva di vincoli agli atti di disposizione dei beni e limitò il retratto alla sola ipotesi della cessione di crediti litigiosi (artt. 1546 ss. c.c.), dove si giustificava con la necessità di offrire « un'efficace protezione contro i disonesti traffici che in questo campo si sono sempre praticati »⁽²¹⁾.

I retratti erano invece già presenti nel codice francese che, pur fra le polemiche⁽²²⁾, riconobbe il retratto successorio, quello litigioso e quello di divisione⁽²³⁾. Ma mentre il legislatore francese aveva disciplinato il retratto riprendendo la sua tipologia storica più consueta⁽²⁴⁾, di diritto esercitabile solo successivamente al trasferimento

rim. d. pubbl., 1976, p. 3 ss., *ivi* alla p. 38; PIVA, voce *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 93 ss., *ivi* alla p. 107 ss.). Per queste ed altre fattispecie, v. il ns. *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova 1988, p. 7 s., FURGIUELE, *Contributo*, cit., p. 2 s., e SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 345 ss.

⁽²¹⁾ Così si legge in DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 7^a ed., Messina-Milano 1935, III, p. 192 s., che precisa come il retratto litigioso si applicasse a ogni specie diritto, sia di credito che reale, mentre era escluso dall'art. 43 c. co. per le obbligazioni commerciali; v. anche, ampiamente, TRITONIJ, voce *Retratto litigioso*, in *Dig.*, XX, I, Torino 1911-1915, p. 1370 ss., spec. p. 1374. Sulle logiche dei retratti storici, invisi all'800 poiché espressione « dei complessi organigrammi gentilizi e feudali in punto di ripartizione del dominio immobiliare e pertanto contraddittoria rispetto ai principi del liberismo economico » e le contrapposte « tendenze neocorporative » in atto nell'odierna società industriale, interessanti i settori di attività di impresa marginale, ai quali ultimi vengono ricondotte le prelazioni moderne, v. FURGIUELE, *Contributo*, cit., p. 4 s.

⁽²²⁾ Di cui è testimonianza in DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XVI, *Traité des successions*, 4^o, Paris, 1867, nn. 11 e 13, p. 10 ss.; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6^a ed., X, Paris 1954, § 621 *ter*, p. 123 s., nota 1; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Tratt. teorico-pratico di Diritto civile, Successioni*, III (trad. it.), Milano, s.d., p. 134 ss.; LAURENT, *Principii di diritto civile*, 2^a ed., X, Roma e a. loc., 1919, n. 341, p. 276, bolla il retratto successorio come « un diritto puramente arbitrario fondato su cattive ragioni ».

⁽²³⁾ Ciò avvenne con gli artt. 841 (retrato successorio), 1699 (retrato litigioso), 1408, comma 2^o (retrato di divisione, per la comunione legale tra coniugi); sulla vicenda storica del retratto in Francia v. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato*, cit., p. 132 s. Com'è noto, il *retrait successoral* è stato sostituito ad opera della l. n. 76-1286 del 31 dicembre 1976, da una prelazione (attuali artt. 815-14 ss. c.c.) sanzionata con la sola nullità della vendita *irrequisito domino* (art. 815-16 *cod. civ.*), con azione esperibile solo da parte del titolare della violata prelazione e prescrivibile in cinque anni (mentre il retratto di divisione è stato abrogato dalla l. n. 65-570 del 13 luglio 1965). A tale nuova tipologia si sono sostanzialmente conformate anche le fattispecie extracodice (e così, per la prelazione urbana, disposta dagli artt. L. 221-1 ss. del *Code de l'Urbanisme*, per il caso di violazione dell'obbligo preferenziale è parimenti prevista solo una nullità del contratto, da far valere nel termine di cinque anni — art. L. 213-2); si sottolinea anzi la distanza che ormai intercorre fra le fattispecie moderne e l'istituto tradizionale, così che per « *des retraits que connaissait l'Ancien Droit [...] le droit de préemption est, a certains égards, l'héritier* » (DUPEYRON, in DUPEYRON, THERON, BARBIERI, *Droit Agraire*, 1, Paris 1985, p. 349). La combinazione di un diritto di prelazione a cui faccia seguito un diritto di surrogazione, in qualche modo paragonabile nella sua funzione a un retratto, si rinviene ormai unicamente nella prelazione agraria, dove è stabilito (ma ciò solo con riferimento a specifiche ipotesi di violazione del diritto di prelazione: cfr. art. L. 412-10 *cod. rur.*) che « *le tribunal paritaire, saisi par ce dernier, doit annuler la vente et déclarer ledit bénéficiaire acquéreur aux lieu et place du tiers* ».

⁽²⁴⁾ La configurazione cioè dell'antico retratto successorio, come questo sarebbe venuto a formarsi nel diritto medioevale francese sullo spunto di due costituzioni imperiali romane, rispettivamente di Anastasio e di Giustiniano, relative alla facoltà del debitore di liberarsi del suo obbligo nei confronti dell'acquirente del credito rimborsandogli il minore prezzo da lui pagato all'originario creditore (con gli interes-

del bene a un terzo e immediatamente nei confronti dell'acquirente, il codificatore italiano del 1942 prescelse il modello articolato su un diritto di prelazione anteposto al retratto⁽²⁵⁾, che sorge già nei confronti dell'alienante e diretto a rendere meno gravoso il vincolo sul bene⁽²⁶⁾, consentendo la definizione dell'acquisto in un momento anteriore alla conclusione del contratto tra obbligato alla preferenza e terzo, e che solo in presenza di una vendita *irrequisito domino* può convertirsi nella potestà di *riscattare* il bene dall'acquirente⁽²⁷⁾. A questa novità non si è tuttavia accompagnata una regolamentazione articolata né della prelazione (il raffronto con quella dei §§ 463 ss. BGB rende immediatamente evidente l'inadeguatezza della disciplina degli artt. 732 e 966 c.c.), né del riscatto.

È facile quindi comprendere come, nella situazione così descritta, il diritto di prelazione sia stato ricondotto alla corrispondente fattispecie obbligatoria che, se pur essa priva di una disciplina organica (in corrispondenza alla mancanza nel codice italiano di una specifica considerazione dei rapporti giuridici preparatori)⁽²⁸⁾, trovava riscontro nella richiamata previsione dell'art. 1566, ma soprattutto era ben nota alla pratica contrattuale, mentre il riscatto (che nei testi normativi compare tuttavia solo nella for-

si): cfr. C.I. 4, 35, 22 (a. 506) e 23 (a. 531-532): cfr. TRITONIJ, voce *Retratto litigioso*, cit., p. 1372; BURDESE, *La divisione ereditaria*, nel *Tratt. Vassalli*, XII, 5, Torino 1980, p. 50. Sulla configurazione storica del retratto, v. GIONFRIDA, *Prelazione e retratto del concedente ed affrancazione del fondo enfiteutico*, in *Il circolo giuridico*, 1947, p. 73 ss. *ivi* alla p. 87 ss.; VENERI, *Della prelazione tra coeredi e del retratto successorio*, Milano 1969, p. 10 ss.; ANDREOLI, *Il retratto successorio*, Siena 1946, p. 1 ss.; PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, III, Torino 1894, p. 414 ss., specialm. alle p. 420 ss.; LEICHT, *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, II — *Diritti reali e di successione*, Milano 1960, § 14, p. 118 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato*, cit., p. 132 ss.

⁽²⁵⁾ La tradizione già peraltro conosceva fattispecie di retratto precedute da un diritto di prelazione, come da testimonianze di GIONFRIDA, *Prelazione*, cit., p. 87 ss., specialm. p. 94 s.

⁽²⁶⁾ Così FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, II, *Delle successioni*, sub artt. 713-768, 2^a ed., Bologna-Roma 2000, p. 245; TALASSANO, *Diritto di prelazione e retratto successorio*, in *F. pad.*, 1946, I, c. 191; BURDESE, *La divisione*, cit., p. 50.

⁽²⁷⁾ Da qui il rilievo che mentre ai retratti arcaici era sotteso un diritto di prelazione, che essi realizzavano *ex post*, cioè successivamente alla vendita al terzo, modernamente si è piuttosto in presenza di un diritto *ex ante*, che nel retratto trova lo strumento di garanzia della sua realizzazione; cfr. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano 1950, p. 175 s., che rileva come « non si possa parlare di retratto senza la necessità, più o meno avvertita, di riferirsi a un criterio di preferenza »; GIONFRIDA, *Prelazione e retratto*, cit., p. 87 s.; adde SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Paris 1979, pp. 264 ss. e 270 ss.; TALLON, voce *Retrait*, in *Dalloz, Rép. dr. civ.*, IV, Paris, 1954. Si può anzi richiamare al riguardo la ricostruzione della derivazione storica del retratto quale trasformazione di un diritto di prelazione degli appartenenti al gruppo familiare, che costituiva un vincolo alla facoltà di disporre, la cui origine risalirebbe direttamente alla più antica proprietà collettiva (cfr. O.F.v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, *Sachenrecht*, Leipzig 1905, p. 771 ss.; BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova 1933, p. 260 s.). Significativamente DUPEYRON, *Droit Agraire*, cit. p. 349, parla della prelazione quale erede dei retratti dell'*Ancien Droit*.

⁽²⁸⁾ Ciò è detto fatta salva la questione della riconducibilità o meno della prelazione alla categoria dei rapporti giuridici preparatori, negata da G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, p. 31.

ma verbale di *riscattare*) fu identificato con l'istituto tradizionale del retratto, così come proposto dalla dottrina francese, risalendosi, attraverso questa, alla definizione, colà dominante, di Pothier⁽²⁹⁾.

L'art. 8 della l. n. 590/65, sulla prelazione agraria, ha fundamentalmente seguito lo schema delle fattispecie codicistiche, anch'esso limitandosi a prevedere (per i profili di nostro immediato interesse) l'obbligo di notificare la *proposta* di alienazione, con l'indicazione del prezzo, e quindi il termine per l'esercizio del diritto da parte del coltivatore, a cui segue, per il caso di mancanza di tale comunicazione (a cui si aggiunge, rispetto al modello codicistico, l'ipotesi della comunicazione di un prezzo superiore a quanto risultante dal contratto di compravendita con il terzo), la possibilità di esercitare il riscatto. Con la successiva modifica introdotta dall'art. 8 della l. n. 817/71 è stato previsto che la notifica della *proposta di alienazione* avvenga *trasmettendo il preliminare di compravendita* con il terzo⁽³⁰⁾: specificazione non priva di rilievo (a cui faremo cenno avanti), ma che non muta lo schema fondamentale della fattispecie.

Il quadro però si complica e sembra anzi modificarsi in profondità nella disciplina della prelazione urbana, in quanto l'art. 38 della l. n. 392/78 non prevede più una *proposta*, bensì una *comunicazione*, che il proprietario-locatore, che *intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato*, è tenuto a dare al conduttore (con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario), specificandosi inoltre che detta comunicazione deve contenere, oltre all'indicazione delle condizioni della cessione, anche *l'invito ad esercitare o meno il diritto di prelazione*.

È poi prescritto che l'esercizio del diritto di prelazione avvenga con un atto (notificato al proprietario anch'esso a mezzo di ufficiale giudiziario) con il quale il conduttore *offra* condizioni uguali a quelle comunicategli. Completa il quadro (sempre per i profili di nostro attuale interesse) la previsione che, a seguito dell'esercizio della prelazione, il versamento del prezzo deve effettuarsi (entro il termine prescritto) *contestualmente alla stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare*.

L'art. 39, questo invece senza apprezzabilmente discostarsi dallo schema delle fattispecie anteriori, prevede il diritto di riscattare il bene per il caso in cui il proprietario alienante abbia omesso la notifica, ovvero abbia comunicato un corrispettivo superiore a quello risultante dall'atto di trasferimento al terzo (segue la disciplina del pagamento del prezzo).

Le incertezze e ancor più le contraddittorietà — le fallacie, di cui tratteremo nel presente scritto — trovano la loro origine anzitutto in tale inadeguato quadro normativo.

2. — Le due diverse configurazioni normative della fase di prelazione da ultimo tratteggiate hanno ben presto ridestato vecchie diatribe sulla ricostruzione teorica del

⁽²⁹⁾ R.-J.POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 3, p. 1. Su tale ricostruzione torneremo *infra*.

⁽³⁰⁾ Con l'ulteriore specificazione che nel medesimo devono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo di vendita e le altre pattuizioni, compresa una clausola per l'eventualità della prelazione.

rapporto tra alienante e preferendo e invero all'interpretazione nel frattempo consolidatasi per le fattispecie codicistiche, in cui la *denuntiatio* era ed è intesa nei termini di proposta contrattuale (da formularsi dal soggetto passivo della preferenza all'avente diritto a prelazione) e che sembrava ormai pacificamente acquisita anche per la fattispecie agraria, si è venuta a sovrapporre la rappresentazione della *denuntiatio* quale mero atto notiziatório, affermatasi per la prelazione urbana, che anzi da un certo momento e fino a un recente, nuovo *revirement* della Corte di Cassazione, è stata recepita anche per la fattispecie agraria.

Ricordiamo così più dettagliatamente, per quanto concerne intanto la tesi tradizionale ⁽³¹⁾, che viene configurato un obbligo del soggetto passivo, una volta concretizzata la vicenda con il terzo, di effettuare la *denuntiatio* (per la prelazione agraria, dopo la modifica apportata dall'art. 8 della l. n. 817/71, questa deve seguire alla conclusione di un contratto preliminare tra proprietario e terzo), dichiaratamente nella medesima identificandosi una *proposta contrattuale*, alla quale si applicano poi i requisiti, formali e sostanziali, per tale tipo di atto ordinariamente previsti (qualora si tratti di diritti immobiliari). Ad essa fa riscontro — se il preferito intenda acquistare — l'atto di esercizio del diritto, che in corrispondenza viene qualificato quale accettazione, da cui immediatamente deriva la conclusione del contratto oggetto dell'obbligo di preferenza.

Per l'altra ricostruzione teorica della fattispecie, quella plasmata sulla disciplina della prelazione urbana, si è invece affermato che l'art. 38 della l. n. 392/78, prevedendo l'obbligo della *denuntiatio* al momento del sorgere, nel proprietario, dell'intenzione di trasferire a titolo oneroso l'immobile locato, configura una sorta di *interpello*, che — sia per i meccanismi che la *denuntiatio* aziona, sia per l'indeterminatezza che la situazione presenterebbe — non concretizza però una proposta contrattuale, con la conseguenza che l'adesione del conduttore non determina ancora il perfezionarsi della fattispecie acquisitiva ⁽³²⁾. Per effetto della dichiarazione del conduttore di esercitare il diritto di prelazione sorgerebbe infatti unicamente l'obbligo per entrambe le parti di

⁽³¹⁾ Per l'art. 732, fra le più recenti sentenze riaffermanti la natura di proposta contrattuale della *denuntiatio*, v. Cass. 27 novembre 2006, n. 25041 (in *F. it.*, 2007, I, 1182) a cui *adde*, fra le molte conf., Cass. 4 novembre 1982, n. 5802 (in *F. it.*, 1983, I, 683); Cass. 6 ottobre 1978, n. 4461. Anche in questa fattispecie tuttavia non sono mancate oscillazioni e così Cass. 11 agosto 1982, n. 4537 ha negato la natura contrattuale e affermato la validità di una comunicazione delle condizioni della progettata cessione, anche se effettuata da terzi, incluso il propositosi acquirente. Per la prelazione agraria, v. ad es., Cass. 14 febbraio 1981, n. 915; Cass. 28 ottobre 1976, n. 3957, in *F. it.*, 1977, I, 1495; Cass. 15 settembre 1983, n. 5568; Cass., sez. un., 21 giugno 1984, n. 3654, in *G. it.*, 1985, I, 312; Cass. 18 novembre 1987, n. 8485. Come preciseremo però *infra* § 5, l'identificazione del momento in cui sorge il diritto di prelazione è radicalmente mutata nell'interpretazione giurisprudenziale successiva.

⁽³²⁾ Così Cass. 9 maggio 1985, n. 2897, in *F. it.*, 1985, I, c. 3105, con nota di PIOMBO, *Cenni critici sulla struttura della prelazione urbana ex art. 38 l. n. 392/78*; Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5357, in *F. it.*, 1990, I, 1563, con nota di PIOMBO, *Le sezioni unite della cassazione definiscono la struttura della prelazione urbana ex art. 38 legge 392/78*, nonché la coeva Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5359, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1307, con nota di TRIOLA, *Ancora sulla natura della denuntiatio in tema di cosiddetta prelazione urbana*.

addivenire, entro il termine posto dalla norma, alla stipula del previsto contratto (con contestuale pagamento del prezzo), precisandosi anzi che, in mancanza di adempimento, ciascuna parte può ricorrere alla tutela specifica di cui all'art. 2932 c.c. ⁽³³⁾.

L'atto d'interpello, dovuto dal proprietario, è prevalentemente ritenuto non revocabile ⁽³⁴⁾, né in pendenza del termine entro il quale il conduttore può manifestare la volontà di rendersi acquirente né, a maggior ragione, dopo la dichiarazione di prelazione ⁽³⁵⁾ (tale vincolatività, così sorgente già anteriormente alla dichiarazione di esercizio della prelazione, era stata tuttavia in precedenza da altra pronuncia negata) ⁽³⁶⁾, con la conseguenza che questo *particolare meccanismo* ⁽³⁷⁾, predisposto dalla norma in parola per assicurare al conduttore l'esercizio del diritto di prelazione, potrebbe invero fin dall'inizio apparire alquanto farraginoso.

La predetta configurazione degli effetti della *denuntiatio* e dell'esercizio del diritto di prelazione non è stata tuttavia univoca e in altre decisioni, pur sempre ferma restando l'affermazione della natura non contrattuale della *denuntiatio*, si è assunto che l'adesione del conduttore comporta immediatamente il perfezionamento della vicenda traslativa, come conseguenza del riconoscimento di una natura potestativa alla dichiarazione unilaterale di esercizio del diritto; corrispondentemente al successivo contratto, contestuale al versamento del prezzo, si è attribuito il limitato valore di una consacrazione documentale ⁽³⁸⁾.

In altra decisione ancora, a conferma di sempre riaffioranti in certezze, ricompare anche per l'ipotesi prelazionale in parola la tesi della *denuntiatio* costituente proposta contrattuale che, a seguito dell'accettazione espressa con l'esercizio del diritto, senz'altro perfeziona il contratto con il preferito (al quale peraltro è stata singolarmente attribuita natura di preliminare di compravendita) ⁽³⁹⁾.

⁽³³⁾ Cass., sez. un., 1989/5359, cit., e Cass. 9 luglio 1994, n. 6509.

⁽³⁴⁾ *Rectius*: i sui effetti non sono più eliminabili.

⁽³⁵⁾ Cass., sez. un., 1989/5359, cit. Analoga irrevocabilità di per sé potrebbe però sostenersi anche con riferimento alla prospettiva contrattualistica, come sostenuto ad es., in tema di prelazione fra coeredi, da Cass. 27 novembre 2006, n. 25041 e Cass., 4 novembre 1982, n. 5802.

⁽³⁶⁾ Per Cass., 14 marzo 1998, n. 2427, il locatore potrebbe legittimamente revocare l'offerta di prelazione prima che intervenga l'adesione del conduttore ed ancorché non sia trascorso il termine di sessanta giorni assegnato al conduttore stesso per accettare, non sussistendo alcun obbligo a contrarre del locatore.

⁽³⁷⁾ L'espressione si rinviene in Cass., sez. un., 1989/5359, cit.

⁽³⁸⁾ Cass. 17 aprile 1986, n. 2726 e Cass. 10 aprile 1986, n. 2521, entrambe in *F. it.*, 1986, I, c. 2163, con nota di PIOMBO, *Ancora sul meccanismo della prelazione legale del conduttore nel caso di vendita di immobili non abitativi*, add. Cass. 12 novembre 1996, n. 9881 e Cass. 14 aprile 1995, n. 4284, nelle quali la ricostruzione in parola ha consentito di negare l'acquisto del prelazionante in casi in cui la *denuntiatio* era stata effettuata in carenza dei requisiti per la sussistenza della prelazione.

⁽³⁹⁾ Cass. 16 giugno 1988, n. 4103. La configurazione negoziale, in simmetria con il modello codicistico e già accolto per la prelazione agraria, era stata riproposta in sede di primo commento alla l. n. 392/78 anche da ALOISO, in *Comm. Bianca ed altri*, Padova, 1980, sub art. 38, p. 449 e da noi in *I nuovi problemi della prelazione urbana*, in *R. d. civ.*, 1978, II, p. 633 ss., in cui si delineava anche il coordinamento tra il perfezionamento del contratto attraverso l'esercizio della prelazione e la previsione dell'art. 38, sulla stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare contestuale al pagamento del prezzo.

Come già anticipato, l'interpretazione data alla fattispecie disciplinata dall'art. 38 della l. n. 382/78 per un certo periodo influenzò anche la giurisprudenza in materia agraria, originando un'adesione ⁽⁴⁰⁾ alla prospettazione della *denuntiatio* come atto non negoziale (o quantomeno non contrattuale), nonostante che, come evidenziato nelle pronunce più recenti, l'art. 8, l. n. 817/71, novellando il comma 5° dell'art. 8, l. n. 590/65, con la sua formulazione contrasti ogni lettura diversa da quella in termini immediatamente contrattualistici ⁽⁴¹⁾.

Per le due contrapposte tesi ora ricordate sembrerebbe tuttavia possibile rinvenire un'origine comune, ripensandosi alla costruzione teorica prospettata da una risalente dottrina ⁽⁴²⁾, che può pregiarsi di una costante e particolare considerazione anche nelle trattazioni successive e che a nostra volta non possiamo non ricordare. Per essa, nel rapporto di prelazione vanno fundamentalmente individuate due prestazioni, collocatesi in distinte sequenze temporali, essendo il soggetto passivo tenuto, prima, a denunciare al soggetto attivo la vicenda o il suo progetto e, poi, a concludere con lui un contratto. Ciascuna prestazione viene concepita come subordinata a una distinta condizione: quando si concretizzi un progetto di vendita, il soggetto passivo è tenuto a provvedere alla *denuntiatio*, intesa quale atto con contenuto e natura di mera comunicazione della vicenda con il terzo; una volta che questa abbia avuto luogo, perfezionando in tal modo, con l'adempimento della prima prestazione, anche la corrispondente fase del rapporto, allora l'evento dedotto nella seconda condizione si realizza quando il soggetto attivo comunichi al soggetto passivo la propria intenzione di esercitare positivamente la prelazione: se ciò avviene, il soggetto passivo risulta tenuto a concludere il contratto con il soggetto attivo invece che con il terzo ⁽⁴³⁾. Si puntualizza

⁽⁴⁰⁾ A partire da Cass. 8 luglio 1991, n. 7527, in *Nuova g. civ. comm.*, 1992, I, 153, con nota di JESU, *Natura, forma e contenuto della denuntiatio, dell'accettazione e della rinuncia*.

⁽⁴¹⁾ La riconversione dell'interpretazione in materia agraria alla tesi contrattualistica è stata compiuta da Cass. 30 novembre 2005, n. 26079 (commentata da FARACE, *Nuovo revirement della Corte di Cassazione sulla forma della denuntiatio nella prelazione agraria*, in *R. d. agr.*, 2006, II, 129 e da BOLOGNINI, *Sulla forma della denuntiatio e della rinuncia al diritto ad essere preferiti nell'acquisto del fondo nella prelazione agraria*, in *D. giur. agr. alim. e amb.*, 2007, I, 109) che, incidentalmente anticipata da Cass. 19 maggio 2003, n. 7768, ha trovato poi conferma in Cass. 27 novembre 2006, n. 25135 e nelle pronunce successive. In effetti, l'art. 8, l. n. 817/71, che ha novellato sul punto l'art. 8, comma 4°, l. n. 590/65, prescrive che « Il proprietario deve notificare con lettera raccomandata al coltivatore la proposta di alienazione trasmettendo il preliminare di compravendita... », così che i due autonomi riferimenti, dall'un lato a una proposta di alienazione, dall'altro lato al preliminare di compravendita (quest'ultimo incontestabilmente da identificarsi nel preliminare che il proprietario è tenuto a stipulare con il terzo ai fini degli adempimenti impostigli dall'*iter* procedimentale della prelazione) fanno sì che la proposta di alienazione prevista dalla norma non possa essere identificata che con l'atto che il proprietario è tenuto a compiere nei riguardi del preferito, definitivamente così precludendo quella lettura della norma precedente (che peraltro ricalcava quella dell'art. 732 c.c.), che rendeva in qualche modo configurabile una *denuntiatio* intesa come (mera) comunicazione al preferendo di una proposta intercorsa tra proprietario e terzo.

⁽⁴²⁾ Da D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., p. 142 ss.

⁽⁴³⁾ Questa ricostruzione riecheggia anche in giurisprudenza; cfr. Cass. 28 agosto 1952, n. 2778: « il patto di prelazione (regolato dagli artt. 1326 e 1328 stesso codice) obbliga solo mediatamente ad addi-

che le due prestazioni, costituenti il contenuto di un'unica obbligazione, non sono però sullo stesso piano, perché quella che ha per oggetto la *denuntiatio* mira soltanto a porre il soggetto attivo in condizione di esercitare, volendolo, l'influenza sulla vicenda e viene pertanto qualificata come prestazione complementare rispetto a quella principale, di concludere il contratto con il preferito ⁽⁴⁴⁾. Ciò non toglie però che la *denuntiatio* abbia pur sempre la capacità di estinguere senz'altro il rapporto di preferenza, nel caso in cui il preferito non comunichi al soggetto passivo la propria intenzione di esercitare positivamente la prelazione, non realizzandosi così l'evento dedotto nella seconda condizione, alla quale è subordinato l'obbligo di concludere il contratto.

La ricostruzione *bifasica* così delineata trova tuttavia una semplificazione funzionale nella stessa prospettazione dell'A. in considerazione, che rileva che, in presenza di un'obbligazione di preferire, non può dubitarsi dell'esistenza, in chi effettua la *denuntiatio*, di una volontà diretta al trasferimento del bene, così che, ferma l'osservanza delle forme prescritte e sempre che l'atto compiuto dal soggetto passivo contenga gli elementi propri di una proposta contrattuale, la *denuntiatio* medesima equivale a proposta contrattuale, con la conseguenza che la comunicazione del preferito di voler esercitare positivamente la prelazione, giunta a conoscenza dell'alienante, immediatamente segna il momento della conclusione del contratto, dato l'avvenuto incontro delle volizioni contrattuali.

Mentre quest'ultima ricostruzione — è allora agevole convenire — sostanzialmente corrisponde a quella accolta per le fattispecie codicistiche e per quella agraria (superata la temporanea devianza), a quella bifasica sembra invece nelle sue linee di fondo rifarsi la tesi che abbiamo visto proposta per la prelazione urbana ⁽⁴⁵⁾. E se la prima risulta apprezzabile per la sua linearità e, dal profilo sostanziale, per l'immediatezza del perfezionamento del rapporto, la seconda — più complessa e che già era apparsa sovrabbondante allo stesso ricordato A. che l'aveva teorizzata, in quanto fa seguire alla *denuntiatio* e alla dichiarazione di esercizio della prelazione l'obbligo, a carico di entrambe le parti del rapporto prelazionale, di concludere il contratto, procrastinando

venire alla stipula del contratto ove l'altra parte eserciti il diritto potestativo di accettare l'offerta». La ricostruzione teorica in termini di contratto di compravendita sottoposto a duplice condizione si ritrova anche nella dottrina tedesca (pur sottolineandosi la molteplicità di possibili configurazioni convenzionali, che possono allora fare concludere per diverse tipologie): cfr. SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht*, cit., p. 64 e MADER, *Vorkauf*, cit., Rn. 26, p. 561 s. H.P. WESTERMANN, *Vorkauf*, cit., Rn. 7, p. 441 sottolinea però anche l'inutilità della riconduzione a tipologie diverse di un istituto già di per sé dotato di propria configurazione giuridica.

⁽⁴⁴⁾ Similmente per GRECO-COTTINO, *Vendita*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna-Roma 1981, p. 38 s., l'obbligo di prelazione « non si esaurisce e non si adempie con la semplice *denuntiatio* — che è un gradino del complesso *iter* esecutivo del negozio — ma col dare concretamente al promissario, se si verifica la condizione, la preferenza nella conclusione del contratto e, in ogni caso, e visto che l'obbligo è unilaterale, con il tener ferma la proposta fino alla scadenza del termine pattuito per l'esercizio della prelazione senza concludere il contratto con il terzo ».

⁽⁴⁵⁾ Che avemmo già ad ipotizzare, per criticarla appunto dal profilo funzionale, nel ns. *I nuovi problemi della prelazione urbana*, cit., p. 640 s.

così lo stesso perfezionamento della fattispecie acquisitiva — sembra però, come visto, trovare argomenti nella ricordata previsione dell'art. 38 della l. n. 392/78, della *stipulazione del contratto di compravendita* (ma alternativamente anche solo di un *contratto preliminare*), successiva alla *denuntiatio* e all'esercizio del diritto (e contemporanea al pagamento del prezzo per l'acquisto).

La norma introduttrice la fattispecie prelazionale in parola sembra essersi ispirata alla poco anteriore legge francese, che ha sostituito nel *code civil* il retratto successorio con la prelazione ora disciplinata dall'art. 815/14⁽⁴⁶⁾, il quale analogamente prevede, a carico del prelazionario che ha esercitato il suo diritto, la successiva redazione di un atto di vendita, il tutto collocato però in un compiuto contesto normativo, che stabilisce anche un termine di due mesi dalla comunicazione di esercizio del diritto di prelazione per tale adempimento, in mancanza del quale l'acquisto del preferito si caduca (*sa déclaration de préemption est nulle de plein droit*) a seguito di una messa in mora da parte del venditore e del successivo infruttuoso decorso di quindici giorni.

La puntuale prospettiva funzionale di tale disciplina più non si rinviene però in quella dell'art. 38 della l. n. 392/78, che si limita a sancire il collegamento tra detto contratto e il pagamento del prezzo, con anzi una formulazione della norma a dir poco involuta, che pone in primo luogo il termine per detto pagamento e solo in connessione a questo la stipulazione del contratto in parola, così che, alla fine, la funzione di tale contratto — se cioè esso valga a completare la fattispecie acquisitiva prelazionale, o semplicemente costituisca atto meramente riproduttivo di un acquisto già perfezionatosi con l'esercizio della prelazione — rimane non ben definita. In questa ambiguità parallelamente sfornita di riscontri normativi univoci resta, in ultima analisi, anche la prospettazione della *denuntiatio* quale atto comunicativo (cioè non contrattuale), sostenuta dalla ricordata, prevalente interpretazione⁽⁴⁷⁾. L'alternativo accenno nell'art.

⁽⁴⁶⁾ Loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976, art. 3. L'art. 815-14 del *code civil* sulla prelazione ereditaria prevede la notifica ai coeredi, da parte di quello che intende cedere i suoi diritti, di un atto stragiudiziale in cui siano riportate le condizioni del contratto con il terzo, a cui corrisponde una dichiarazione del coerede prelazionario « *qu'il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés* », e alla quale deve fare seguito una « *réalisation de l'acte de vente* » nel termine di due mesi, pena la decadenza del prelazionario (previa diffida del cedente). Su tale evoluzione normativa, v. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, in MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Paris 1983, p. 198 ss.

⁽⁴⁷⁾ La giurisprudenza tende a riconoscere che la *denuntiatio* non integra una proposta contrattuale rivolta al conduttore, in quanto non implica l'invito alla formazione di un consenso sul trasferimento del bene, ma costituisce solo l'ottemperanza di un obbligo legale d'informativa, al fine di mettere in grado il conduttore di esercitare il diritto potestativo di prelazione accordatogli dalla legge, mentre attribuisce alla dichiarazione di esercizio del diritto natura potestativa, con conseguente capacità di direttamente perfezionare la fattispecie acquisitiva senza passare per la mediazione del contratto; corrispondentemente, i successivi contratti, dalla norma menzionati, vengono intesi quale mera « consacrazione documentale » dell'acquisto già operato: cfr. Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5359; nel medesimo senso già Cass. 10 aprile 1986, n. 2521; Cass. 17 aprile 1986, n. 2726. E ancora: la *denuntiatio* è atto di interpello dovuto dal proprietario per Cass. 14 aprile 1995, n. 4284 e atto dovuto non negoziale per Cass. 12 novembre 1996, n.

38 a un « contratto preliminare » è poi di ancor più incerta comprensione e sembrerebbe valere a sostituire all'obbligo a contrarre di fonte legale, per la tesi in esame scaturente dalla dichiarazione di esercizio della prelazione, un analogo obbligo di fonte convenzionale, a cui si aggiunge l'ulteriore anomalia della previsione di un contemporaneo pagamento del prezzo, che risulta così anticipato rispetto allo stesso sorgere della relativa obbligazione ⁽⁴⁸⁾. Ma è chiaro che qui è anzitutto questione di dare senso logico alla disposizione in parola ⁽⁴⁹⁾, piuttosto che farne elemento per la ricostruzione teorica della fattispecie ⁽⁵⁰⁾.

Sembra ancora interessante sottolineare — ormai avviandoci alla conclusione di questa parte dedicata alla struttura del rapporto prelazionale e all'individuazione della natura e funzione della *denuntiatio*, così come queste si rinvencono generalmente proposte — che l'ondivaga prospettazione ricostruttiva che abbiamo riscontrato in tema di prelazione agraria è scaturita, nell'esperienza giurisprudenziale, non tanto da pro-

9881 (le sentenze in parola concernono la questione dell'esercizio del diritto in mancanza dei presupposti e statuiscano, sulla base della natura potestativa e non contrattuale della fattispecie, l'immediata inefficacia in tale caso dello stesso esercizio del diritto).

⁽⁴⁸⁾ Anomalia sottolineata anche da G. CIAN, *Le prelazioni a favore del conduttore nella locazione ad uso non abitativo*, in *Le locazioni per uso non abitativo* — Atti del Convegno di Milano, 5 luglio 1979, Padova 1979, p. 108 s., *ivi* alla p. 108.

⁽⁴⁹⁾ Di tale singolare disciplina non è stata tuttavia individuata apprezzabile ragione, ma a nostro avviso la logica della norma è rinvenibile nel superamento, attraverso la stipulazione del successivo contratto, definitivo o preliminare che sia, della vicenda strettamente prelazionale, nel senso che i rapporti tra le parti risultano a quel punto immediatamente disciplinati dal contratto, ciò che dovrebbe porre il prelazionante al riparo da tardive contestazioni in ordine alla sussistenza del diritto preferenziale (salvo unicamente la possibilità di un annullamento del contratto per *error iuris*, così come del resto ordinariamente avviene nelle ipotesi di contratto dovuto). La giurisprudenza non ha però accolto tale soluzione e attraverso il riconoscimento della natura potestativa alla dichiarazione di esercizio della prelazione ne ha immediatamente subordinata l'efficacia all'effettiva esistenza dei requisiti per l'attribuzione del diritto (cfr. Cass., sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5359, Cass. 1986/2726, 1986/2521, 1996/9881 e 1995/4284, *citt.*). Analogo problema si pone nella prelazione agraria, aggravato dall'incondizionata necessità del pagamento del prezzo nei termini di legge per lo stesso perfezionamento della fattispecie acquisitiva, secondo la specifica disciplina di quell'ipotesi, ove la giurisprudenza è ferma nel ritenere nullo l'acquisto contrattuale qualora il diritto prelazionale risulti inesistente (sulla questione cfr. anche *infra*, alla nota 181).

⁽⁵⁰⁾ G. CIAN, *Le prelazioni a favore del conduttore*, *cit.*, p. 108 s., valorizza nella lettura della disposizione in parola la questione del rapporto tra momento traslativo della proprietà e pagamento del prezzo, ritenendo « evidente e affiorante dallo stesso testo dell'art. 38 la preoccupazione del legislatore di saldare tra loro i due momenti, o quanto meno di non anticipare il primo rispetto al secondo » e, coniugando tale prospettiva con la configurazione della situazione susseguente all'atto di esercizio della prelazione, viene a concepire l'effetto della *denuntiatio* e dell'adesione del preferito come formazione di un contratto preliminare, che obbliga alla stipulazione del successivo contratto definitivo previsto appunto dall'art. 38, al quale ultimo riconosce sempre efficacia traslativa, interpretando il riferimento al « preliminare » come preliminare improprio o compromesso « qualora le parti concordemente lo abbiano prescelto, decidendo di non procedere per il momento, per loro speciali ragioni, al rogito notarile », peraltro ammettendo che « così si va incontro a qualche forzatura della lettera dell'art. 38 ». Ci si consenta anche il rinvio al ns. *I nuovi problemi della prelazione urbana*, *cit.*, p. 641 s. FURGIUELE, *Contributo*, *cit.*, p. 123 ne ricava invece la conferma della natura di mero atto di interpello della *denuntiatio*.

blematiche direttamente concernenti il perfezionamento della fattispecie, bensì principalmente con riferimento a una questione che di per sé potrebbe apparire secondaria, quella cioè della validità di una rinuncia al diritto preferenziale, in connessione alla forma con la quale è stata formulata la *denuntiatio*. Poiché detta rinuncia viene (a ragione) ritenuta ammissibile solo a seguito della *denuntiatio* medesima, quale imprescindibile fatto attualizzante il diritto preferenziale e non sostituibile con una conoscenza della progettata vicenda negoziale dal preferendo *aliunde* o irritualmente acquisita (con, a monte, l'assunto dell'irrinunciabilità di un diritto non ancora sorto), nella costruzione della fattispecie in termini contrattuali, per la quale la *denuntiatio* dovrebbe allora necessariamente rivestire, ai sensi dell'art. 1350 c.c., la forma scritta, si è ritenuta invalida una rinuncia alla prelazione facente seguito a una comunicazione orale (e, parallelamente, a una notizia della vicenda non proveniente dall'alienante), mentre l'adesione alla natura non negoziale dell'atto (per il periodo in cui prevalse tale tesi) consentì l'affermazione della soluzione opposta⁽⁵¹⁾. È peraltro singolare notare che, in tema di prelazione urbana, dove è invece consolidata la ricostruzione in senso non negoziale, ciononostante si pervenga alla soluzione nel senso della necessità di una *denuntiatio* formale: tale conclusione è però colà fondata immediatamente sulla prescrizione dell'art. 38, che prevede, come già specificato, una comunicazione tramite atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, anche se la regola viene temperata dall'ammissione di modalità equipollente per struttura ed effetto, compendiabile nella consegna al conduttore di un atto scritto del locatore, contenente con certezza le indicazioni prescritte dalla legge e l'invito ad esercitare o meno la prelazione⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Così, in particolare, per i casi decisi dalle due sentenze, pietre miliari delle due contrapposte tesi sulla prelazione agraria, cioè Cass. 1991/7527 per la *denuntiatio*-mera comunicazione a forma libera, e Cass. 2005/26079 per l'altra concezione. La medesima prospettiva problematica si rinviene anche in sentenze rese sull'art. 732 c.c.: ad es., Cass. 27 novembre 2006, n. 25041, cit. Le sentenze su questioni diverse sono isolate e per lo più concernono un'eccezione di decadenza del preferito dall'acquisto in prelazione (per irregolarità della dichiarazione di esercizio, ovvero per la mancanza del pagamento del prezzo nei termini di legge), precludente l'esercizio del riscatto, alle volte respinta per la mancanza di una valida *denuntiatio* in forma scritta (così nella fattispecie decisa da Cass. 2006/25135, cit.), altre volte all'opposto accolta, quando le irregolarità della *denuntiatio* sono state ritenute non essenziali (v. Cass. 9 agosto 1995, n. 8730 e Cass. 8 maggio 2001, n. 6378). Su queste tematiche v. anche GERMANÒ, *Sulla denuntiatio nella prelazione*, in *R. d. agr.*, 1994, II, p. 276 ss.; BOLOGNINI, *Sulla forma della denuntiatio*, cit., p. 110 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass. 18 marzo 1987, n. 2721, Cass. 17 novembre 1998, n. 11552, Cass. 6 agosto 2002, n. 11776, che rilevano come nell'art. 38 della l. n. 392/78 il vincolo formale della modalità della *denuntiatio* e dell'esercizio della prelazione sia preordinato alla certezza obiettiva delle posizioni giuridiche sostanziali inerenti alla vicenda contemplata, con la conseguenza che l'eventuale conoscenza diversamente acquisita non fa sorgere il diritto di prelazione ed il conduttore non può validamente rinunciarvi. Nella prelazione agraria invece, con riferimento alla tesi non negoziale della *denuntiatio*, un analogo riconoscimento di un valore precettivo cogente alla prescrizione della trasmissione della *denuntiatio* tramite lettera racc. con avviso di ricevimento è stato respinto sulla base del principio della libertà delle forme (della dichiarazione, nonché della sua comunicazione) quando la medesima non sia prevista a pena di nullità (Cass. 1991/7527, cit.). In precedenza tuttavia era prevalsa la lettura più rigorosa della prescrizione normativa e Cass. 5 marzo 1988, n. 2306 aveva statuito che la portata innovativa e la perentoria tassatività dell'art. 8 della l. n. 817/

Alla fine, se in questo variegato quadro delle configurazioni della fattispecie prelazionale⁽⁵³⁾ permangono le perplessità ed incertezze interpretative sinteticamente ricordate e che abbiamo ritenuto di poter ricondurre alla mancanza di un modello (o, eventualmente, di più modelli) adeguatamente disciplinante l'istituto, ci sembra di poter concludere, in considerazione della perdurante coesistenza di entrambe le due fondamentali prospettive teoriche della fase prelazionale, che la questione del valore della *denuntiatio* quale proposta contrattuale, ovvero quale mero atto comunicativo (con effetti poi variamente configurati), è da collocarsi nell'ambito delle specificità normative delle singole ipotesi, senza quindi costituire elemento idoneo a tipologicamente caratterizzare un virtuale modello unitario della prelazione con riscatto⁽⁵⁴⁾.

Ciò che dal profilo funzionale si rivelerà invece essenziale e che costituisce infatti l'elemento costante nell'una come nell'altra configurazione della *denuntiatio*, è l'oggettivazione attraverso la medesima dello stesso contenuto del diritto del preferito; ma per comprovare tale conclusione dovremo prima affrontare altri aspetti dell'istituto.

3. — Abbiamo già anticipato come la lettura delle due fattispecie codicistiche di prelazione con riscatto fin dall'origine sia stata nel senso che al retratto, nella sua con-

71 escludono che possa farsi validamente ricorso a forme e modi equipollenti, addirittura configurandosi una nullità assoluta della comunicazione, neppure suscettibile di sanatoria per effetto dell'adesione del coltivatore.

(53) Se ne può anzi aggiungere un'ulteriore, ricavata da Cass. 15 marzo 2007, n. 5991, per la quale la dichiarazione d'accettazione della *denuntiatio* da parte del coltivatore avrebbe come conseguenza immediata la « modificazione soggettiva del rapporto, cioè la sostituzione del coltivatore stesso nella posizione dell'acquirente », in cui riecheggia l'assunto francese, per il quale « *le droit de préemption est [...] fondamentalement un droit de substitution de son titulaire à un contractant* » (così SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, cit., p. 108 ss.).

(54) Di « pluralità di tecniche legali espressive di prelazione », la cui molteplicità costituirebbe « il frutto piuttosto di un'oscillante scelta dogmatica del legislatore sul più generale atteggiarsi dello strumento disciplinato, che non di specifiche esigenze necessariamente riferibili al criterio di rilevanza e di trattamento normativo degli interessi coinvolti nelle diverse situazioni », parla FURGUELE, *Contributo*, cit., p. 134. Con riferimento invece alla prelazione convenzionale, è affermazione ricorrente che la *denuntiatio* senz'altro costituisca proposta contrattuale (cfr., ad es., Cass. 25 gennaio 1979, n. 586, Cass. 26 febbraio 1988, n. 2045; in dottrina, con specifico riferimento alla tesi in termini di preferenza, cfr. ORLANDO CASCIO, *La struttura*, cit., p. 294), ma data appunto la mancanza di un modello normativo, nulla impedisce che le parti configurino diversamente l'obbligo del soggetto passivo e così, ad es., di formulare, tramite la *denuntiatio*, un'opzione (si tratterà della proposta di un contratto di opzione, che ricade nelle previsioni dell'art. 1333 c.c.), ovvero una tipologia ancora diversa, in cui la *denuntiatio* svolga una funzione di mero interpellato, a cui seguirà, in caso di dichiarazione positiva del preferendo e sempre che il soggetto passivo non preferisca desistere del tutto dall'intenzione di concludere il contratto, la formazione del contratto dovuto. In termini analoghi v. anche SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 347; analogamente NATUCCI, *Formazione*, in *Tratt. Roppo*, I, Milano 2006, p. 415 s; che aggiunge l'ipotesi dell'*invitatio ad offerendum*, e DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano 1950, p. 108 ss. Sono però costruzioni che richiederebbero ulteriore considerazione, potendosi anzi subito evidenziare come la prospettiva di un'opzione contrasti con l'indeterminatezza contenutistica del contratto che ne è oggetto; per simili considerazioni, v. *infra*, al § successivo.

figurazione tradizionale di diritto sorgente successivamente al perfezionamento della fattispecie negoziale traslativa con il terzo, sia stata anteposta la fase prelazionale, con *natura obbligatoria* e di per sé non differenzianti dall'ordinaria fattispecie convenzionale, in un rapporto che era, e correntemente è, inteso per lo più nei termini di represso quale *sanzione* per l'inosservanza dell'obbligo prelazionale, ovvero più genericamente come *rafforzamento* del vincolo prelazionale ⁽⁵⁵⁾.

Ma proprio in tale concezione della prima fase della vicenda prelazionale in termini obbligatori si annida il maggiore equivoco in ordine alla ricostruzione teorica della fattispecie, dal quale poi discendono, a cascata, le qualificazioni degli ulteriori sviluppi della medesima, che considereremo criticamente nel presente scritto.

Addentrando nell'analisi di questa prima fase dell'istituto, si deve subito specificare che la problematica concernente l'identificazione della natura, contenuto e caratteristiche del rapporto preferenziale è dibattuta in termini del tutto analoghi sia per le fattispecie (necessariamente di fonte legale) a cui segue poi il riscatto, sia per quelle esclusivamente obbligatorie (di fonte convenzionale, ovvero anche per esse legale), a ragione della (quasi) generale convinzione che si tratti del medesimo tipo di rapporto ⁽⁵⁶⁾. Le seconde d'altro canto, come abbiamo già segnalato, condividono con le fattispecie con riscatto il destino della carenza di un modello normativo dai contorni delineati, che valga ad indirizzare la ricostruzione teorica ⁽⁵⁷⁾.

La prospettiva un tempo prevalentemente sostenuta, nelle sue linee fondamentali riconduceva la prelazione a un *obbligo* ad effettuare la *denuntiatio* (a prescindere in questo dalla configurazione che si ritenesse di dare alla medesima, come proposta o come atto meramente comunicativo della progettata vicenda negoziale), sottoposto a condizione sospensiva, costituita dal concretizzarsi della vicenda con il terzo ⁽⁵⁸⁾. Nel-

⁽⁵⁵⁾ Anticipiamo che l'analisi della configurazione del rapporto tra prelazione e riscatto farà oggetto della trattazione che svolgeremo *infra*, al § 6.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., spec. pp. 101 ss., 120, 133, 142 ss., 165 ss., 178 ss., 178 ss., 286 ss.; ORLANDO CASCIO, *La struttura della prelazione e del riscatto nell'enfiteusi*, in *R. trim.*, 1952, p. 99 ss.; G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990, pp. 1 s. e 4 s.; SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 344 ss.; FURGIUELE, *Contributo*, cit., p. 7 ss. Anche G. CIAN, *Le prelazioni a favore del conduttore*, cit., p. 103, con riferimento sia alle varie fattispecie legali, che anche « in una certa misura » a quella convenzionale, sottolinea che « Tutte queste prelazioni [...] quantunque diverse per contenuto, *ratio* legislativa e modalità procedurali hanno certamente in comune problemi e principi generali, che legittimano riferimenti, a fini interpretative, dall'una all'altra, ed applicazioni analogiche ».

⁽⁵⁷⁾ Sono da richiamare le puntuali considerazioni di SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 346, che sottolinea la « pittoresca varietà di strutture » delle prelazioni codicistiche e contemporaneamente la diversificata molteplicità di possibili configurazioni e contenuti di quella convenzionale.

⁽⁵⁸⁾ La tesi era senz'altro prevalente in giurisprudenza: cfr. Cass. 18 luglio 1952, n. 2778, in *F. it.*, 1953, I, 1296 Cass. 25 maggio 1956, n. 1790, in *F. it.*, 1956, I, 1297 e Cass. 15 gennaio 1957, n. 79, in *Giur. sic.*, 1957, II, 65; Cass. 26 aprile 1968, n. 1270. In dottrina, fra gli altri, RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano 1962, p. 67; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, I, Milano 1973, p. 497 s.; analogamente D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., spec. pp. 124 s e 144 s. Parallelamente, il patto di preferenza veniva per lo più ricondotto a un'ipotesi di preliminare unilaterale condizio-

laprelazione convenzionale, a tutela del diritto preferenziale, sostanzialmente inteso come diritto al contratto, generalmente poi si riconosceva la possibilità di ricorrere all'esecuzione forzata in forma specifica, offerta dall'art. 2932 c.c. (ma anche su tale punto le divergenze sono lungamente persistite) ⁽⁵⁹⁾.

Le varie formulazioni si scontravano però inevitabilmente con la difficoltà, alla fine risultata insuperabile, dell'identificazione del fatto che possa costituire l'oggetto della delineata condizione ⁽⁶⁰⁾ e che sia a tale fine dotato di un'univocità idonea a giustificare il sorgere del vincolo di preferenza a carico dell'alienante e contemporaneamente non sia meramente occasionale (come dovrebbe invece dirsi per la presenza di una proposta irrevocabile, o per la concessione di un diritto di opzione, o per la conclusione di un contratto preliminare) e che, ovviamente, si collochi in un momento in cui sia ancora possibile utilmente offrire la conclusione del contratto al preferendo. In questo non si riusciva infatti ad andare al di là dell'indicazione di una serie di fatti *prima* dei quali la *denuntiatio* deve avere luogo, già essi risultando preclusivi per l'utile effettuazione della comunicazione in parola, e di altri invece che, per la mancanza di una sufficiente definitività, non sono ancora idonei a giustificare l'obbligo di effettuare la stessa ⁽⁶¹⁾. D'altro canto, che non si tratti di una situazione legata a prospettive particolaristiche è testimoniato dall'analogia conclusione alla quale, con riferimento ai *Vorrechtsverträge* (o *Vorhandverträge*, tenendoli in questo distinti dal *Vorkaufsrecht*, per il quale l'efficacia meramente obbligatoria nel sistema tedesco del contratto di compravendita consente di senz'altro identificare il *Vorkaufsfall* con la conclusione

nato (con varie configurazioni); possiamo ricordare in questo senso già L. COVIELLO, *sen.*, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 3.2, Milano 1902, p. 101; MESSINEO, *Il contratto*, cit., pp. 495 e 499; TAMBURRINO, *I vincoli preliminari nella formazione progressiva del contratto*, Milano 1954, p. 202 ss. Sull'identificazione del fatto condizionante con la decisione dell'obbligato ad addivenire al contratto oggetto di preferenza incombe peraltro anche la censura di costituire una condizione meramente potestativa; in questi termini, ad es., BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, 2^a ed., Milano 1948, p. 136 s., che con riferimento al patto di prelazione così si esprime: « la verità è che in questo patto non sussiste affatto una promessa di vendita. Il promittente non si è impegnato a vendere al promissario, ma solo a preferirlo se vorrà vendere; è quindi libero di non vendere a nessuno e quindi neppure al promissario. Si può concludere che non vi è dunque alcuna promessa di contratto futuro, che implicherebbe l'obbligo nel promittente fin d'ora di stipularlo. Tutt'al più vi sarebbe una promessa di vendere 'se vorrà disporre della cosa a favore d'altri': una costruzione distrutta dalla natura di questa condizione meramente potestativa (art. 1355) »; analogamente Cass. 12 aprile 1999, n. 3571. L'obiezione è respinta da SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 343.

⁽⁵⁹⁾ Sulla questione v. *infra*, al § 4.

⁽⁶⁰⁾ Si può peraltro precisare che nelle fattispecie di fonte legale la vicenda con il terzo dovrebbe più correttamente assumersi direttamente come elemento della fattispecie costitutiva dell'obbligo, ma la problematica corre su binari identici (o quantomeno paralleli), trattandosi sempre di individuare in quale concreta manifestazione della vicenda negoziale la previsione normativa possa trovare riscontro.

⁽⁶¹⁾ Cfr. il ns. *La prelazione nell'accesso*, cit., p. 52 ss.; per varie prospettive, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 68; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 335; DE MARTINI, *Profili*, cit., p. 115 ss.; GRECO-COTTINO, *Vendita*, cit., p. 43; D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., p. 144; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano 1974, p. 102; FURGIUELE, *Contributo*, cit., p. 58 ss.

del contratto con il terzo, a cui segue, in caso di esercizio della prelazione, l'obbligo a carico dell'alienante di trasferire al prelazionante la proprietà del bene oggetto di preferenza: cfr. § 463 BGB) ⁽⁶²⁾, è pervenuto nella dottrina tedesca uno degli A. ⁽⁶³⁾ che maggiormente ha analizzato le caratteristiche del rapporto prelazionale, il quale — premessa la specificazione della necessità che la « *Veräußerungswille in irgendeiner Weise erklärt worden ist, sich also in einer Handlung oder Äusserung manifestiert hat* » e affermata la necessità che l'obbligato si sia « *fest entschlossen* » a cedere il bene oggetto di preferenza, a tale fine richiedendo la presenza di *ernsthafter Vertragshandlungen* — ha dovuto anch'egli concludere ammettendo che « *eine präzise Formel wird man schwerlich finden können* ».

Conclusione di questo è che gli unici elementi certi ed immancabili, nonché idonei ad attestare l'esistenza della vicenda contrattuale con il terzo, oggetto di prelazione, e a cui pertanto non rimane che fare riferimento, sono risultati essere o lo stesso compimento della *denuntiatio*, ovvero la vendita *irrequisito domino*, cioè gli stessi fatti che costituiscono, il primo, adempimento dell'obbligazione di preferire, e il secondo inadempimento della stessa ⁽⁶⁴⁾. Ma a ciò si è immediatamente contrapposta l'impossibilità logica di configurare un'obbligazione il cui sorgere rimane confinato tra l'adempimento e l'inadempimento della medesima ⁽⁶⁵⁾.

A ben vedere però la problematica non può neppure circoscriversi all'identificazione del fatto condizionante l'obbligo di effettuare la *denuntiatio*, in quanto ben ancor prima è la stessa configurazione di un obbligo a contrarre, propria delle tesi che stiamo esaminando, che già di per sé immediatamente si scontra con la radicale ed esiziale obiezione, che fino a quando non sussista, espressa in un modo che sia obiettivamente riscontrabile, la determinazione di vendere da parte del proprietario, manca addirittura l'individuazione dei termini oggettivi dell'acquisto in prelazione e così dell'obbligazione a contrarre dell'alienante ⁽⁶⁶⁾: ciò appunto perché il tratto identifi-

⁽⁶²⁾ V. *amplius infra*, al § 8.

⁽⁶³⁾ HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Berlin-Tübingen 1965, p. 339 ss.

⁽⁶⁴⁾ Il secondo profilo, relativo all'inadempimento, potrebbe in realtà non risultare così perentorio come invece per lo più assunto; si vedano ad es. le considerazioni di DE MARTINI, *Adempimento, inadempimento ed esecuzione specifica della promessa di prelazione*, in *Giust. civ.*, 1952, p. 163 ss., *ivi* alla p. 173 s. (anche in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna 1953). Si può anche puntualizzare che l'inadempimento deriva non tanto dal contratto di vendita *irrequisito domino*, quanto piuttosto dall'impossibilità ad adempiere che dal medesimo deriva, ciò che tuttavia potrebbe non valere per il caso in cui il contratto con il terzo sia inefficace, come ad es. di regola avviene nella prelazione societaria (cfr. *infra*, al par. successivo), ovvero nel caso in cui sia condizionato proprio al mancato esercizio della prelazione da parte dell'avente diritto (v. però anche *infra*, alla nota 87). Cass. 17 luglio 1991, n. 7948 ammette tuttavia questa possibilità solo per un compromesso, ma non anche per la stipulazione in forma pubblica di un contratto definitivo.

⁽⁶⁵⁾ Il rilievo si rinviene anche in G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 334 e già in PULEO, *I diritti potestativi (Individuazione delle fattispecie)*, Milano 1959, p. 188 ss., in particolare a p. 190.

⁽⁶⁶⁾ Questa considerazione è stata da noi svolta già nel ns. *La prelazione nell'accesso*, cit., p. 68 ss. e ora si rinviene anche in H.P. WESTERMANN, *Vorkaufrecht*, cit., p. 1500, che così rileva: « *Beim dinglichen*

cativo dell'istituto è il necessario riferimento a un'altra vicenda, sviluppatasi tra il soggetto passivo e un terzo, che *per relationem* costituisce l'oggetto del diritto preferenziale ⁽⁶⁷⁾. E non si tratta neppure solo della determinazione dell'entità del corrispettivo, ma potenzialmente anche di quella dello stesso concreto oggetto del diritto, come comprovano specialmente la disciplina e l'esperienza della prelazione agraria, per la quale, secondo l'espressa previsione normativa, la prelazione può riguardare l'acquisto sia della proprietà, sia del solo diritto di enfiteusi del fondo, in dipendenza appunto di che cosa sia assunto nel contratto tra proprietario e terzo; d'altro canto, si è anche più volte concretamente presentato il caso in cui il soggetto passivo del rapporto ponga in vendita — com'è indiscutibile sua facoltà — solo una parte del fondo su cui verte il diritto del preferito, a questa rimanendo allora limitato anche l'acquisto in prelazione ⁽⁶⁸⁾.

Quella medesima impossibilità, già riscontrata con riferimento al fatto condizionante, di individuare un fatto che, nella sua tipologica immancabilità, sia idoneo ad esternare la volontà dell'obbligato a concludere il contratto (che non può non includere anche i termini oggettivi del medesimo), e che contemporaneamente si collochi in un momento anteriore alla *denuntiatio* ovvero, all'opposto, alla vendita *irrequisito domino*, ha allora come ben più radicale conseguenza la constatazione che ci si ritrova alla fine con la prospettazione di un'obbligazione che, anteriormente a tali due alternative vicende, non è ancora determinata nel suo contenuto e che conseguentemente non può in realtà neppure ritenersi ancora sorta ⁽⁶⁹⁾. E questa situazione di indeterminatezza contenutistica della configurata obbligazione — sempre parallelamente alla conclusione a cui siamo pervenuti per il fatto condizionante — è d'altro canto destinata a permanere fino al momento di un comportamento che se dall'un lato determina il sorgere dell'obbligazione medesima, dall'altro lato ne costituirebbe alternativamente, nel caso della *denuntiatio*, l'adempimento, ovvero, qualora la determinazione sia in-

Recht einen doppelt bedingten Kauf anzunehmen, stößt wiederum auf das Bedenken, dass der Inhalt der Verpflichtung des Eigentümers [...] erst aus dem Kaufvertrag, der als erste Potestativbedingung darzustellen wäre, hervorgeht ».

⁽⁶⁷⁾ Riteniamo infatti che tale riferimento alle condizioni di un contratto il cui contenuto sia ancora da determinarsi e che andrà individuato nel momento della sua predisposizione in vista della sua stipulazione con un terzo costituisca il tratto identificativo della fattispecie prelazionale, che la distingue dalle ipotesi dei contratti preparatori dell'opzione e del preliminare (unilaterale); ciò non significa tuttavia che la prelazione debba necessariamente essere a parità di condizioni, poiché — ferma la *relatio* — si potrebbe, ad es., prospettare il caso che l'acquisto del preferito debba avvenire a metà del prezzo convenuto con il terzo (l'ipotesi è tratta da Cass. 30 luglio 1954, n. 27839). In senso analogo, v. ampiamente G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, cit., p. 2.

⁽⁶⁸⁾ V. Cass. 20 settembre 1971, n. 2616, in *F. it.*, 1972, I, 670; Cass. 22 luglio 1976, n. 2923.

⁽⁶⁹⁾ Puntualizziamo che la questione si presenta identica sia quando la *denuntiatio* venga concepita come la prestazione principale, come avviene nella tesi contrattualistiche, sia quando venga invece intesa come atto meramente partecipativo, che evidentemente parimenti richiede la determinazione contenutistica, in quanto costituisce un atto fondante una sequenza che, qualora il preferito eserciti il suo diritto, direttamente conduce alla conclusione del successivo contratto, perfezionante la fattispecie.

vece conseguenza della stessa vendita *irrequisito domino*, il suo sostanziale inadempimento ⁽⁷⁰⁾: soluzione, anche per tale verso, palesemente inaccettabile.

Né, a superare la predetta obiezione di inconfigurabilità dell'obbligazione, varrebbe invocare la specificità del rapporto prelazionale, caratterizzato dall'assoluta libertà che l'obbligato alla preferenza conserva in ordine alle condizioni del contratto da stipularsi con il preferito, per derivarne che la loro individuazione possa avvenire nel momento stesso dell'adempimento e quindi dedurne l'esistenza quantomeno di una determinabilità che valga a rendere configurabile il rapporto fin da un momento anteriore, poiché ciò significherebbe ammettere una determinazione del contenuto dell'obbligo interamente rimessa all'arbitrio del debitore, invece inammissibile in quanto ontologicamente incompatibile con il concetto stesso di obbligazione ⁽⁷¹⁾.

Inevitabile conclusione di queste considerazioni è allora che le tesi che identificano il *proprium* del rapporto prelazionale con l'*obbligazione* del soggetto passivo di effettuare la *denuntiatio* non possono che venire definitivamente accantonate.

4. — Da questa situazione, così senza sbocco nelle ricostruzioni teoriche della fattispecie finora esaminate (quelle cioè di un obbligo a contrarre, variamente configurato), la prelazione volontaria (obbligatoria) e quella legale con riscatto sono però uscite seguendo vie diverse.

Nella prelazione obbligatoria le diatribe teoriche, abbandonata l'impercorribile via dell'obbligo condizionato, hanno portato alla fine a un condiviso riconoscimento al rapporto di prelazione di una propria specificità, sviluppata attorno al concetto di scelta prioritaria (o preferenziale) del contraente, con una tesi che, già invero da tempo prospettata in dottrina ⁽⁷²⁾, è stata accolta anche dalla giurisprudenza a partire da unadeci-

⁽⁷⁰⁾ V. peraltro quanto considerato *supra*, alla nota 64.

⁽⁷¹⁾ Possiamo richiamare al riguardo le precisazioni di BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2^a ed., Milano 2000, p. 338, il quale, richiamando la previsione dell'art. 1285 c.c. in tema di obbligazione alternativa, ma che assume come espressione di un principio generale, precisa che la determinazione del rapporto può essere rimessa a una delle parti unicamente nei limiti in cui la medesima non si presti ad alterare la posizione dell'altra parte; la possibilità di una determinazione delle condizioni del contratto da concludere da parte dell'obbligato era negata già da STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, in *R. d. civ.*, 1932, p. 106, che osservava che « se l'obbligato fosse libero di fissare a suo arbitrio le condizioni del futuro contratto da concludere, la coazione a contrarre perderebbe, si può dire, la sua efficacia pratica »; nello stesso senso GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 181, nota 53. Puntuale è anche l'osservazione di Cass. 12 aprile 1999, n. 3571: « Se la prelazione è priva, per sua natura, dei contenuti essenziali per un rapporto finale (prezzo, tempi di consegna del bene e altre modalità della futura vendita), a maggior ragione non la si può considerare un contratto preliminare, seppur condizionato. Peraltro, ove così fosse, riguardata la condizione *ex parte promissoris*, essa renderebbe sistematicamente nullo il patto di prelazione trattandosi di condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.) ».

⁽⁷²⁾ Cfr. DE MARTINI, *Profili*, cit., p. 105 ss., che nei termini che seguono contrappone all'obbligo di concludere un contratto quello di preferenza: « la prestazione di conclusione del contratto concerne l'attività di conclusione, in sé considerata, come oggetto d'un obbligo di concludere il contratto, [...] un dover concludere che impegna il promittente, non tanto a scegliere o meno un contraente, quanto piuttosto a porre in essere tutta la fattispecie contrattuale. La prestazione di scelta, dipendente dal contratto di prela-

sione della S.C. del 1975⁽⁷³⁾, che specificò che il patto di prelazione non impegna il promittente a concludere il contratto (nella specie, vendita), ma solo a preferire *ceteris paribus* il promissario, se e in quanto questi si deciderà a compierlo. Conseguentemente, il promittente è tenuto a una duplice prestazione: l'una, avente contenuto positivo o di fare (*denuntiatio*), consiste nel comunicare al preferendo il maturato proposito di addivenire al contratto secondo le condizioni (offerta da terzi o comunque) da lui richieste, unitamente a un congruo termine, entro il quale l'interpellato dovrà deliberare se, intendendo o no valersi dell'accordata preferenza, accetta o ripudia l'offerta; per l'altra, avente contenuto negativo o di non fare (dovere di astensione), deve astenersi dallo stipulare il contratto con soggetti diversi dal promissario senz'averlo prima informato o, avendolo informato, senz'attendere la risposta nel termine all'uopo stabilito.

Si specifica ulteriormente che delle due obbligazioni, quella che assume effettiva rilevanza e il cui inadempimento può ledere il diritto del contraente preferito è soltanto la seconda (dovere di astensione), dal momento che il promittente, non libero di vendere ad altri, è libero però di non vendere a nessuno; parallelamente, l'inadempimento si ha unicamente allorché il promittente, trascurando il promissario, addivenga al negozio con il terzo.

L'attuazione di tali comportamenti, si precisa ancora, estingue per adempimento l'obbligazione di preferenza, indipendentemente dal fatto che il preferito abbia profitato o meno della possibilità di fare proprio il regolamento devolutogli, dal momento che l'interesse tipicamente tutelato è appunto alla preferenza, mentre l'acquisto rappresenta solo uno dei possibili sviluppi della vicenda, dipendente dal fatto del preferito e quindi non in obbligazione.

zione, al contrario, pur attenendo alla conclusione del contratto e consistendo sempre in un *facere*, è circoscritta alla scelta del contraente, ad un'attività cioè che prescinde da obblighi di conclusione del contratto e che a tal conclusione fa riferimento solo perché è episodio di questa, fatto cioè che solo in relazione ad essa si può verificare: si tratta in definitiva di obbligo e di prestazione che incidono non sulla messa in essere di tutta la fattispecie contrattuale, bensì soltanto sull'inserimento in questa di un certo elemento soggettivo, qualora, beninteso, la medesima sia messa in essere» (l'A. ha peraltro successivamente modificato la sua opinione, sostanzialmente riportando la prelazione nell'ambito dell'obbligo a contrarre: cfr. il suo *Adempimento, inadempimento*, cit., p. 163 ss.). La tesi ebbe, nelle sue varie configurazioni, ampio seguito, ma fu poi in larga misura abbandonata (ricordiamo ancora ORLANDO CASCIO, *La struttura*, cit., p. 290 ss., specialm. alla p. 294 ss.; GIONFRIDA, *Prelazione*, cit., p. 73 ss.; DE RUGGIERO, *Contratti speciali*, Messina 1933-34, p. 68; FRAGALI, in *Comm. D'Amelio e Finzi, Libro delle obbligazioni*, I, Firenze 1948, p. 341 ss.; DEGNI, *La compravendita*, 3^a ed., Padova 1939, n. 44, p. 134, DE GREGORIO, voce *Vendita*, in *Nuovo D.*, XII, 2, Torino 1940, p. 886 ss., specialm. alla p. 982 s.). Ora la tesi in parola è assolutamente maggioritaria: v. tra gli altri, BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano 1984, pp. 19 e 44 s.; G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, cit., p. 3 s.; NATUCCI, *Formazione*, cit., p. 403 s.; SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 347 s., invocando l'autonomia negoziale, prospetta invece un pluralità di configurazioni del patto e quindi una corrispondente molteplicità di identificazioni del rapporto.

⁽⁷³⁾ Trattasi di Cass. 23 gennaio 1975, n. 265, in *G. it.*, 1975, I, 836, con nota di CATRICALÀ; *ibidem*, 1976, I, 1206, con nota di PEREGO; in *F. it.*, 1975, I, 836 con nota di CALABRESE; conf., fra le altre, Cass. 5 gennaio 1979, n. 586; Cass. 20 giugno 1986, n. 4116, in *G. it.*, 1987, I, 1454; Cass. 12 aprile 1999, n. 3571; Cass. 18 luglio 2002, n. 10435, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2867.

Vale sottolineare come risulti del tutto estranea alla ricostruzione ora in esame la struttura della condizione: il diritto del preferito non è infatti condizionato alla vicenda con il terzo, ma trova attuazione nell'obbligo (incondizionato) del soggetto passivo di offrire al preferito, prima di concludere con il terzo, la possibilità di fare proprio il regolamento di interessi definito per la vicenda negoziale oggetto di preferenza. L'indiscutibile carattere di eventualità che caratterizza la prelazione non è infatti nel rapporto di preferenza, bensì nel verificarsi o meno dell'intera vicenda; il rapporto di preferenza di per sé sussiste, come vincolo di scelta, e sussiste incondizionato, fin dal momento in cui venga concluso il patto di prelazione (o, nella prelazione obbligatoria di fonte legale, si verifichi la situazione a cui *ex lege* è ricollegato il sorgere del diritto).

Così ricostruita la fattispecie, nel senso di *obbligo di scelta soggettiva prioritaria nella conclusione di un contratto*, a cui corrisponde un potere del preferito di decidere se acquisire o meno il regolamento di interessi nel medesimo delineato, deve tuttavia secondo noi anzitutto rivalorizzarsi la prospettiva positiva della prelazione, come effettivamente diretta a realizzare l'acquisto (ovvero a concludere il diverso contratto oggetto di preferenza).

La discussione sul contenuto positivo o negativo dell'obbligazione di preferire dura da sempre ⁽⁷⁴⁾ e, per le fattispecie volontarie, si deve alla fine convenire che non è identificabile un'omogeneità dell'interesse del promissario ⁽⁷⁵⁾. Nelle fattispecie legali la *ratio* assume invece contorni più precisi e se così nella prelazione ereditaria l'istituto mira ad escludere dalla comunione soggetti non graditi ⁽⁷⁶⁾, è incontestabile che, per

⁽⁷⁴⁾ Per un'ampia esposizione delle finalità dell'istituto, anche in prospettiva storica, v. BONILINI, *La prelazione*, cit., p. 9 ss. quanto alle fattispecie legali, e a p. 19 ss. per quelle volontarie.

⁽⁷⁵⁾ Così sostanzialmente anche SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 355 s., che fa l'esempio di chi ottenga una promessa di prelazione nell'acquisto (ma invero il discorso potrebbe essere esteso anche a un contratto di locazione) da parte del proprietario dell'appartamento vicino e che ciò può fare sia per evitare che questo vada in mano a persone sgradite, sia perché senz'altro gli interessa la proprietà di quello, ma Caio per ora non vuole alienarlo e la prelazione gli garantisce allora quantomeno una prospettiva futura. Considerazione analoga si rinviene in G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 322 ss., che sottolinea che il promissario « non ha avuto forza sufficiente per vincere la riluttanza attuale della controparte nei confronti della futura introduzione del nuovo assetto di interessi e per trasformarsi quindi in oggetto di volontà comune » pervenendo tuttavia alla conclusione che « l'interesse che viene effettivamente soddisfatto con la concessione di un diritto di prelazione non è quello diretto alla conclusione di un contratto, ma quello di ottenere uno strumento idoneo a evitare la conclusione dello stesso contratto da parte di terzi ». Invece nelle ipotesi (statutarie) societarie si è per lo più individuato come interesse tipico quello, sostanzialmente negativo, di escludere l'ingresso di soggetti sgraditi nelle relative compagini (per la fattispecie societaria cfr. M. GIAN, *Clausola statutaria di prelazione e conferimento di azioni in società interamente posseduta*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2004, I, p. 693 ss., *ivi* alla p. 700 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, in *G. comm.*, 1998, I, p. 22; STANGHELLINI, *I limiti statutarî alla circolazione delle azioni*, Milano 1997, p. 132 ss. e già GRECO, *Sul patto di prelazione per la cessione di una quota di accomandante*, in *R. d. comm.*, 1948, II, p. 239 s.).

⁽⁷⁶⁾ Cfr., per tutti, BURDESE, *La divisione*, cit., p. 51 ss., VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, in *Prelazione e retratto*, seminario coordinato da G. Benedetti e L.V. Moscarini, Milano 1988, p.

contro, la finalità delle prelezioni agraria e urbana è l'acquisto in positivo del bene con il quale l'attività è esercitata, per il rafforzamento e consolidamento dell'azienda⁽⁷⁷⁾. Alla fine, dunque, non rimane che riconoscere la carenza di un interesse che possa dirsi tipico dell'istituto prelezionale⁽⁷⁸⁾, anche se ci sembra opportuno evidenziare che l'interesse individuale o la *ratio legis*, quali essi siano, si realizzano pur sempre attraverso la possibilità di acquisto del bene (o la conclusione del diverso contratto oggetto di preferenza), così che la prospettiva nella direzione positiva trova conferma quantomeno nella dinamica funzionale dell'istituto⁽⁷⁹⁾.

A ciò corrisponde la necessità di una rivalutazione anche del ruolo delle *denuntiatio*, che rappresenta la dichiarazione in cui viene ad espressione la volontà di alienare (contenutisticamente determinata) del soggetto passivo del rapporto, concretizzata nel regolamento di interessi, la cui effettuazione rende possibile al preferito di acquisire il regolamento stesso. Non si tratta, evidentemente, di riesumare la configurazione della *denuntiatio* quale *specifico* contenuto della prestazione preferenziale e si può anzi convenire con le affermazioni che la *denuntiatio* di per se stessa non soddisfa ancora l'interesse sostanziale del preferendo (si pensi a una vendita al terzo successiva alla *denuntiatio* e prima della scadenza dello *spatium deliberandi*), e che essa costituisce soltanto un presupposto perché tale interesse possa soddisfarsi⁽⁸⁰⁾, ma d'altro canto è pari-

49 ss.; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 232 ss., con ampie citazioni. Similmente, nel diritto tedesco, con riferimento ai §§ 2034 ss. BGB, LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., p. 1098.

(77) Per la prelazione urbana, v. G. CIAN, *Le prelezioni a favore del conduttore*, cit., p. 99 s.; BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 494; già ALOISIO, in *Equo canone*, a cura di Bianca ed altri, Padova 1980, sub art. 38, p. 444 s., nonché il ns. *I nuovi problemi della prelazione urbana*, cit., p. 639 ss. Parimenti deve riconoscersi per le due fattispecie di prelazione, in tema di locazioni urbana ed agraria, per il rinnovo del rapporto alla scadenza (rispettivamente art. 40, l. n. 392 del 1978 e art. 4 *bis*, l. 3 maggio 1982, n. 203, introdotto dall'art. 5, d. legis. 18 maggio 2001, n. 228) e per le quali l'interesse tutelato è quello della conservazione dell'avviamento e del mantenimento dell'attività d'impresa nel luogo in cui è stata svolta. Per la prelazione agraria, cfr. il ns. *La prelazione nell'accesso*, cit., pp. 17 ss e 229 ss.; CARROZZA, *La prelazione agraria: tipi, fondamento e gerarchia*, in *R. d. civ.*, 1981, I, p. 707 ss.; CARPINO, voce *Prelazione agraria*, in *Nov. D., Appendice*, V, Torino 1984, p. 1144 ss.; in giurisprudenza, Cass., sez. un., 15 luglio 1991, n. 7838.

(78) Già BRUGI, voce *Congruo o Protomiseo*, in *Dig.*, VIII, 2, Torino 1895-1898, p. 27, definiva la prelazione « proteiforme istituto ».

(79) Significativamente mentre agli antichi retraits è stato riconosciuto un carattere puramente difensivo e conservatore, i moderni diritti di prelazione sono stati definiti « *des armes offensives dirigées contre le cédant ou le retrayé* », già da TALLON, *Retraits et préemptions. Contribution à l'étude des retraits*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 208 ss., *ivi* alla p. 217. La prospettiva in senso positivo era già sostenuta con decisione da PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 215.

(80) Così G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, cit. p. 4. Rilevano ancora G. GABRIELLI, *op. loc. cit.* e BONILINI, *La prelazione*, cit., p. 43 s., a conferma che la *denuntiatio* non è oggetto di autonoma obbligazione, che l'omissione di essa non determina di per sé alcuna conseguenza rilevante, se il contratto col terzo non venga concluso e che se viceversa lo sarà, l'inadempimento deriva da tale conclusione, e non già dalla mancanza della *denuntiatio*: la ragione della prima considerazione ci sembra però riconducibile al fatto che, in carenza di *denuntiatio* (e, ovviamente, della vendita *irrequisito domino*) la vicenda prelezionale non si è neppure realizzata; quanto alla seconda, essa non vale a confermare l'obbligazione negativa, con-

menti vero che, senza di essa, non può attuarsi quella messa a disposizione del preferendo della possibilità di concludere il contratto, in cui si sostanzia la scelta prioritaria oggetto dell'obbligo prelazionale⁽⁸¹⁾. Si deve infatti ribadire, richiamando anche quanto già sopra rilevato⁽⁸²⁾, che la volontà di contrarre o meno, così come la determinazione del contenuto negoziale, prima e in luogo di una loro — ormai però tardiva — oggettivazione attraverso la conclusione del contratto definitivo con il terzo, non possono risultare che da un'apposita manifestazione di volontà dell'obbligato, necessariamente da identificarsi nella *denuntiatio*, dal momento che la sua libertà, di avvenire o no al contratto oggetto di preferenza, e di determinare a quali condizioni contrarre, di per sé perdura fino al momento della conclusione del contratto di cessione del bene: prima della *denuntiatio*, o senza di essa, non c'è pertanto riconoscibilità di un diritto attuale del preferito, né possibilità per costui di fare altrimenti valere il suo diritto⁽⁸³⁾.

Ma per garantire, oltre dunque il compimento della *denuntiatio*, l'effettività della preferenza non è necessario configurare, addirittura come prioritario, un ulteriore obbligo negativo, di *non contrarre*⁽⁸⁴⁾, essendo sufficiente rilevare — parallelamente alle

figurando la vendita *irrequisito domino* senz'altro violazione dell'obbligazione di preferenza, intesa appunto come obbligo dell'offerta prioritaria al preferito della conclusione del contratto oggetto di preferenza. Che nella prelazione convenzionale la *denuntiatio* costituisca « l'unica positiva prestazione dovuta dal promittente » è affermazione che si rinviene anche in Cass. 26 febbraio 1988, n. 2045, in *Nuova g. civ. comm.*, 1989, I, 29.

⁽⁸¹⁾ Assume G. GABRIELLI (*op. loc. ultt. citt.*) che la fase della *denuntiatio* potrebbe anche venir omessa, senza che si verifichi l'inadempimento, potendo avvenire che il promittente invii direttamente una proposta, a prescindere da qualsiasi offerta di terzi, e che il promissario la accetti. Ma l'A. stesso osserva che in simili casi, in realtà, non è stata adempiuta l'obbligazione di preferire, ma essa si è estinta per impossibilità sopravvenuta (o, forse meglio, per conseguimento dello scopo), così in definitiva confermando che la vicenda non è neppure qualificabile in termini di prelazione.

⁽⁸²⁾ Nella parte finale del par. precedente.

⁽⁸³⁾ Cfr., in tema di prelazione legale, Cass. 5 ottobre 1991, n. 10429: « Il diritto di prelazione agraria [...] sorge per effetto della *denuntiatio* del proprietario del fondo e non per il solo fatto della stipulazione del contratto preliminare di vendita del fondo ad un terzo, senza che al di fuori di tale comunicazione possa rilevare ai fini dell'esercizio della prelazione la conoscenza che l'avente diritto possa avere *aliunde* del detto preliminare (o della sua proposta da parte del proprietario al terzo) »; conf. Cass. 19 maggio 2003, n. 7768 e Cass. 7 giugno 1995, n. 6370 (in *D. giur. agr. e amb.*, 1995, II, 405), che nega la possibilità di un efficace esercizio del diritto nell'ipotesi in cui la *denuntiatio* non sia riconducibile al proprietario. Solo in casi del tutto marginali ed occasionali, come la conclusione con il terzo di un preliminare (eventualmente condizionano all'esercizio della prelazione, come nella previsione dell'art. 8, l. n. 590/65, come modif. dall'art. 8, l. n. 817/71) si potrebbe porre la questione della possibilità di una diretta iniziativa del preferito in caso di ritardo nell'effettuazione della *denuntiatio* (v. anche *infra*, note 90, 91 e 92).

⁽⁸⁴⁾ Nel senso criticato invece BONILINI, *La prelazione*, cit., p. 41, per il quale « dal patto di prelazione [...] non scaturisce affatto, per il promittente, o per l'onerato, un obbligo positivo di concludere il contratto che quelle clausole contemplano, bensì scaturisce un'obbligazione negativa di non concludere con tutti i soggetti diversi dal beneficiario ». Osserva invece correttamente NATUCCI, *Formazione*, cit., p. 411 (che peraltro a p. 406 espressamente qualifica il patto di prelazione come *pactum de non contrahendo*), che nel patto di prelazione vi è qualche cosa di più di un semplice divieto di alienazione, in quanto non si tratta

analoghe conclusioni teoriche in tema di obbligo a contrarre ⁽⁸⁵⁾ — che la prestazione non consiste nella dichiarazione negoziale dell'obbligato di per sé considerata, bensì nella possibilità di efficacemente concludere il contratto che essa offre, così che la vanificazione di quest'ultima comporta senz'altro inadempimento dell'obbligo preferenziale.

Un vero obbligo di *non contrarre* non pare in realtà nella fattispecie neppure puntualmente riscontrabile ed infatti la specifica prospettazione che se ne dà è nel senso di un non contrarre *prima* (o *senza*) di avere effettuato la *denuntiatio* (e cioè *fino a quando non sia scaduto il termine per l'esercizio della prelazione*): ne risulta allora una configurazione di un *non facere* quantomeno assai singolare, dato che, se la prelazione non viene concretamente esercitata, il contrarre, già prospettato come vietato, diviene lecito.

Parallelamente, quella retrocessione della collocazione funzionale della prestazione di *non contrarre* in una posizione quantomeno secondaria, che consegue alle considerazioni che stiamo svolgendo, trova specifica corrispondenza nel già rilevato superamento, nella prelazione, della prospettiva di un interesse all'altrui astensione dal contrarre, che di per sé è invece proprio delle obbligazioni negative.

Tutto ciò ci conduce a ripensare la ricostruzione teorica della fattispecie, così come sopra riferita, evidenziando, in prima battuta, come la prospettazione di due distinte obbligazioni (ciò sembrerebbe da assumersi almeno per la configurazione più

solo dell'interesse a che il concedente non contragga con altri, ma dell'interesse a che questi, non contraendo con altri, contragga invece con il preferito; in sostanza, nel patto di preferenza il divieto di alienazione assume un valore strumentale. Aggiunge l'A. che la differenza tra il divieto di contrarre e il patto di prelazione rileva in modo particolarmente evidente nella fase del risarcimento del danno, in quanto nel primo caso sarà risarcito l'interesse costituito dal pregiudizio sofferto dal creditore per la stipulazione con il terzo, nel secondo (patto di prelazione) dovrà essere compensato, invece, il pregiudizio patito dal prelazionario per non aver concluso il contratto con il concedente (quindi la lesione dell'interesse positivo); peraltro, per l'A., il danno dovrà essere rapportato alla maggior o minore probabilità che la prelazione fosse esercitata (p. 420; nel senso di risarcimento del danno per inadempimento, cfr. Cass. 26 aprile 1968, n. 1270 e Cass. 23 gennaio 1975, n. 265). La prospettiva strumentale dell'astensione dalla conclusione del contratto con terzi, intesa in stretta correlazione con l'obbligo di preferire, che in sua assenza risulterebbe privo di rilievo giuridico, si ritrova ancora in VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di prelazione*, Milano 1988, p. 76.

⁽⁸⁵⁾ BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 185: « L'impegno delle parti non si esaurisce [...] nel manifestare il consenso idoneo a perfezionare il contratto definitivo, in quanto chi assume un obbligo in ordine alla conclusione di un contratto assume per ciò stesso l'impegno in ordine alle prestazioni che ne sono oggetto ». Analogamente Cass., sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624, che richiamando « l'essenza e la funzione del contratto preliminare di vendita, quali sono state individuate nelle più recenti elaborazioni dottrinali, che hanno superato la concezione tradizionale dell'istituto e che qualche riflesso hanno avuto anche in giurisprudenza », conferma che « Il contratto preliminare non è più visto come un semplice *pactum de contrahendo*, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un *sia pure futuro dare*: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti ».

diffusa) in realtà dovrebbe venire quantomeno corretta nel senso dell'identificabilità di due comportamenti — l'effettuazione della *denuntiatio* e la temporanea astensione dal contrarre — che risultano funzionalmente tra loro collegati ai fini dell'adempimento dell'unica obbligazione di preferenza, ossia della scelta prioritaria che in questa si sostanzia. L'uno e l'altro costituiscono così il contenuto complesso dell'unica prestazione caratterizzante il rapporto di prelazione, attraverso il cui compimento si realizza la concreta e utile messa a disposizione del preferito del regolamento contrattuale, con la conseguente realizzazione dell'interesse alla preferenza, che il rapporto specificamente persegue, ma il secondo di essi — l'astensione dal contrarre — risulta del tutto ancillare al primo, in quanto immediatamente e solamente diretto a garantire alla *denuntiatio* il suo spazio funzionale ⁽⁸⁶⁾.

È poi certamente vero che solo con la vendita *irrequisito domino* (o, che è lo stesso, con l'offerta al terzo di condizioni più favorevoli di quelle prospettate al preferente) si concretizza l'inadempimento, ma ciò non per violazione di uno specifico obbligo a non contrarre, ma perché solo in quel momento si è realizzato il fatto contrario all'unico obbligo effettivamente esistente, quello cioè di prioritariamente offrire al preferito la conclusione del contratto (alle condizioni effettivamente spettategli).

Emerge ancora da quanto fin qui puntualizzato, specificatamente dal fatto che solo la vendita *irrequisito domino* concretizza l'inadempimento, un'ulteriore caratteristica specifica dell'obbligazione di preferenza, per cui il momento dell'effettuazione della *denuntiatio*, quale indispensabile strumento per consentire la realizzazione dell'interesse del preferito, è quello identificabile unicamente attraverso l'antiorità dell'atto rispetto all'attribuzione definitiva al terzo del regolamento di interessi oggetto della preferenza ⁽⁸⁷⁾: la *denuntiatio* non ha quindi una *propria* dimensione temporale, se non appunto quella, relazionale, di *antiorità* rispetto al perfezionamento del contratto con il terzo.

Consegue ulteriormente, dato che il momento dell'adempimento semplicemente precede la vendita al terzo, cioè l'inadempimento definitivo, che non è neppure confi-

⁽⁸⁶⁾ Analogamente FURGIUELE, *Contributo*, cit., p. 99 s.: « Obbligo di non contrarre e diritto al contratto, prospettazione negativa e positiva, non si collocano l'una rispetto all'altra in posizione di reciproca alternativa, ma concorrono, purché esattamente configurate, a disegnare l'immagine complessiva del rapporto e delle diverse, concomitanti, situazioni giuridiche facenti capo ai soggetti dello stesso. Più in particolare al potere per il preferito di pervenire all'instaurazione del vincolo contrattuale si accompagna e ne è strumento di protezione l'obbligo del soggetto passivo, come già di effettuazione della *denuntiatio*, anche di non conclusione del contratto con terzi in pendenza di prelazione ». Non supera invece la prospettiva negativa, svalutando la *denuntiatio* a un *facere* meramente strumentale, BONILINI, *La prelazione*, cit., p. 41 s.

⁽⁸⁷⁾ Ancora lecito sarebbe però un contratto con il terzo condizionato al mancato esercizio della prelazione, essendo l'inadempimento costituito solo da una cessione del diritto impediente la prelazione e ormai irreversibile. Per Cass. 17 luglio 1991, n. 7948 e Cass. 26 giugno 1980, n. 4017 ciò tuttavia sarebbe ammissibile solo nel caso di contratto definitivo di compravendita per scrittura privata, restando invece esclusa la possibilità di una vendita stipulata in forma pubblica, ancorché sottoposta alla condizione sospensiva dell'esercizio della prelazione da parte del titolare.

gurabile un *ritardo nell'adempimento*, in corrispondenza al rilievo sostanziale che — ripetiamo ancora — la libertà del soggetto passivo persiste fino al limite della conclusione del rapporto definitivo, trovando un vincolo unicamente in ordine alla scelta del contraente (nel senso appunto della prioritaria offerta del contratto al preferendo) ⁽⁸⁸⁾.

Queste considerazioni ci portano alla fine a concludere che il contratto con il terzo, piuttosto che essere oggetto di una specifica prestazione negativa, segna il momento *prima* del quale la *denuntiatio* deve essere effettuata, così che la sua conclusione, in mancanza della *denuntiatio*, comporta il definitivo inadempimento dell'obbligo di preferenza.

Si conferma così anche che l'obbligo effettivamente caratterizzante la fattispecie è quello di offrire al preferendo la possibilità di concludere in via prioritaria il contratto e ciò necessariamente attraverso la *denuntiatio* ⁽⁸⁹⁾, e il termine per l'adempimento è dato dal rapporto di anteriorità rispetto alla cessione definitiva del diritto al terzo.

Precisiamo, a conclusione di queste riflessioni in ordine all'identificazione dell'obbligazione di preferire, che dalla rappresentazione del vincolo preferenziale nei termini proposti dalla tesi oggi dominante si trae anche la negazione al promissario del rimedio dell'esecuzione in forma specifica previsto dall'art. 2932 c.c. ⁽⁹⁰⁾. Possiamo da parte nostra ribadire che prima e senza la *denuntiatio*, per quanto detto, non è riconoscibile un diritto al contratto del preferito, in particolare perché di questo non risulta ancora neppure identificabile il possibile contenuto, mentre una volta avvenuta la vendita *irrequisito domino* il bene oggetto della prelazione, almeno di regola, non può es-

⁽⁸⁸⁾ Similmente, quindi, a quanto avviene nelle obbligazioni negative, ma senza che si debba identificare quella di preferenza — caratterizzata nella sua collocazione temporale dal solo limite relazionale con la vendita al terzo — con quelle.

⁽⁸⁹⁾ Né può, per altro verso, assumersi che la *denuntiatio* possa non risultare necessaria quantomeno con riferimento a una vendita diretta del bene al preferito, dal momento che tale ipotesi non può ritenersi configurare un'attuazione della fattispecie prelazionale — così anche G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, cit., p. 4; v. anche *supra*, alla nota 81.

⁽⁹⁰⁾ Fra le altre, oltre alla fondamentale Cass. 23 gennaio 1975, n. 265, cit., v. Cass. 1 aprile 1987, n. 3124; Cass. 12 aprile 1999, n. 3571, in *R. not.*, 1999, II, 1283, che tutte motivano nel senso che l'obbligazione di formulare la proposta attraverso la *denuntiatio*, nel caso di vendita ad un terzo del bene oggetto del patto di prelazione, sorge e si esteriorizza in uno al verificarsi del suo inadempimento, senza che dal promissario pretermesso possa conseguirsene l'esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c., ma soltanto il risarcimento del danno, non essendo più coercibile a seguito della vendita al terzo del bene promesso. *Adde* ancora Cass. 18 luglio 2002, n. 10435, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2867 e Cass., 15 marzo 2007, n. 5991 (peraltro in tema di prelazione agraria, cioè con riscatto) che negano l'azione di cui all'art. 2932 c.c. con l'argomento invece che la prelazione non è assimilabile ad un obbligo a contrarre; ma già Cass. 28 agosto 1952, n. 2778, pur qualificando il patto di prelazione come preliminare unilaterale, affermava che nel caso di patto di prelazione l'eventuale inadempimento non dà al promissario un diritto diverso da quello del risarcimento dei danni; nello stesso senso anche Cass. 13 maggio 1982, n. 3009, cit. Contro la possibilità di un'esecuzione in forma specifica v. anche, fra gli altri, TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali*, cit., p. 141; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 158. Fondamentalmente in questo senso anche SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 353 ss.

sere conseguito dal terzo acquirente, per l'insuperabile relatività del vincolo preferenziale ⁽⁹¹⁾; nei limiti pertanto in cui il contratto con il terzo risulti effettivamente preclusivo della realizzabilità dell'acquisto da parte del preferendo possiamo convenire che nelle fattispecie semplicemente obbligatorie, prive cioè di riscatto, l'ordinaria sanzione per l'inadempimento è unicamente quella risarcitoria ⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ Altre posizioni, pur correttamente distinguendo l'obbligo di preferenza da quello a contrarre, sembrerebbero tuttavia valorizzare la determinazione contenutistica del rapporto derivante dal contratto concluso con il terzo e ammettono la tutela prevista dall'art. 2932 quantomeno quando, per le contingenti peculiarità della fattispecie, l'acquisto del terzo non sia opponibile al prelazionario pretermesso. Si fa così anzitutto l'ipotesi di vendita di un immobile ad un terzo, non ancora trascritta (Cass. 30 marzo 1963, n. 794, in *F. it.*, 1963, I, 1 145); in dottrina v. PEREGO, *Il patto di prelazione e l'art. 2932 cod. civ.* (nota a Cass. 1975/265, cit.), in *G. it.*, 1976, I, 1, 1212; v. ancora RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 69 s.; MESSINEO, *Il contratto*, cit., p. 498; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. Rescigno*, 2^a ed., Torino 1998, p. 405 s. Si deve peraltro ricordare che già in via generale si tende a riconoscere che il requisito della « possibilità » posto dall'art. 2932 impedisca il ricorso all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre quando il bene sia già stato alienato a un terzo (su tale rilievo, cfr. Cass. 8 maggio 1991, n. 5119; Cass. 2 febbraio 1983, n. 915, ma, *contra*, Cass. 16 dicembre 1992, n. 13282; in dottrina BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. Cendon*, Torino 1991, p. 199 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 329 s. nota 102). Altra ipotesi richiamata è quella di una clausola statutaria di prelazione sulla circolazione delle partecipazioni sociali, per la quale viene anzi alle volte configurato un (piuttosto singolare) diritto di riscatto (cfr. M. CIAN, *Clausola statutaria di prelazione*, cit., p. 724 ss.; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e cooperative*, Torino 2003, p. 62; ID., *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Torino 2002, p. 242 s.; G. FERRI, *Soppressione a maggioranza del diritto di prelazione attribuito ai soci nello statuto sociale?*, in *R. d. comm.*, 1980, II, 255 ss.; ANGELONI, *Il patto di prelazione fra soci nello vendita di azioni o di quote di società*, in *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di A. Sfratta*, I, Padova 1962, p. 3 ss.), ovvero (più convincentemente) si ammette il ricorso all'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre, ai sensi dell'art. 2932 c.c. SACCO, in SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 356 specifica che il negozio di cessione della quota o dell'azione dall'un lato non produce effetti reali se urta contro lo statuto, dall'altro lato è sufficiente a rendere attuale il diritto del promissario verso il promittente, così deducendo che il promissario può agire contro il promittente per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di offrire in cessione ai soci, contenuto nello statuto; in quest'ultimo senso v. MELI, *La clausola di prelazione negli statuti delle società per azioni*, Napoli 1991, p. 174 ss.; in giurisprudenza Cass. 26 febbraio 1988, n. 2045, in *Nuova g. civ. comm.*, 1989, I, 29. Da valorizzare è ancora l'annotazione di SACCO (*op. ult. cit.*, p. 357), che con riferimento al riconoscimento dell'esperibilità dell'art. 2932 nelle ipotesi ora considerate osserva che la difendibilità del diritto del prelazionario attraverso il rimedio in parola si concilia con una concezione positiva dell'obbligo del promittente (« ti offrirò in vendita, se metterò in vendita ») mentre una concezione negativa (« non venderò se non dopo averti offerto ») non potrebbe far sorgere un problema di esecuzione in forma specifica. Sempre Sacco, questa volta in una prospettiva più generale (p. 355) affaccia ancora la possibilità, qualora il terzo per la sua mala fede sia corresponsabile con l'onerato inadempiente, di sanzionare la sua responsabilità, ex art. 2058 c.c., con un obbligo di risarcire il danno in natura, trasferendo il bene al preferito. Cfr. anche, con varie articolazioni, G. GABRIELLI, voce *Prelazione (patto di)*, cit., p. 3 s.

⁽⁹²⁾ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 317 ss., pur anch'egli escludendo la configurazione della prelazione come obbligo a contrarre sospensivamente condizionato (e, parallelamente, la configurazione del patto di prelazione come preliminare unilaterale condizionato), ritiene tuttavia « ragionevole ammettere che il patto dia luogo talora al sorgere di un vero e proprio diritto al contratto, purché, beninteso, si verifichino alcune condizioni del tutto particolari », cioè « quando sia stato attribuito a terzi un diritto di credito o un diritto potestativo alla conclusione del contratto » (p. 337), cioè quando il promittente « abbia concluso con un terzo lo stesso contratto in via preliminare o abbia concesso al terzo un'opzione o,

Alla fine — ci sembra significativo sottolineare tale conclusione — nella prelazione obbligatoria la *denuntiatio* conferma la sua necessarietà e la sua centralità ai fini della realizzazione dell'interesse del preferito e per tale via se ne può ribadire il suo tradizionale essere *de natura praelationis* ⁽⁹³⁾.

5. — Altra via, dicevamo, si è percorsa invece per la prelazione con riscatto.

In questa si è senz'altro consolidata l'interpretazione per la quale il diritto di prelazione *sorge* con l'effettuazione della *denuntiatio* ⁽⁹⁴⁾, così come, parallelamente, il di-

infine, gli abbia indirizzato una proposta irrevocabile » (p. 335), ciò costituendo inadempimento dell'obbligo di preferire. Osserva infatti che « quando si realizzi una qualsiasi delle tre ipotesi indicate, l'obbligo di non preferire altri al promissario è già stato violato; e, d'altra parte, non appare più necessario tutelare la libertà di non contrarre del promittente, dal momento che egli stesso vi ha già irrimediabilmente rinunciato a favore di un terzo. Sussistono, dunque, ambedue le condizioni perché il diritto del promissario si trasformi in diritto al contratto ». Nelle predette ipotesi riconosce anzi al prelazionario la facoltà di esercitare il suo diritto al contratto, leso dal promittente, « nel modo più efficace ed immediato », ossia « per effetto della sola dichiarazione del beneficiario della prelazione, senza bisogno del consenso dell'inadempiente », dal momento che il ricorso all'art. 2932 « rappresenterebbe una lungaggine davvero ingiustificata » (p. 338 s.). La possibilità di esecuzione in forma specifica, con l'assunto che l'omissione della *denuntiatio* al prelazionario costituisce inadempimento dell'obbligo di preferire, si rinviene in Cass. 26 febbraio 1988, n. 2045; ma, in giurisprudenza, è ormai soluzione superata dalla più recente configurazione del rapporto prelazionale. Anche da parte nostra riteniamo in linea di principio possibile accordare al titolare della prelazione una tutela specifica del suo interesse all'acquisto (nei limiti ovviamente in cui questo sia concretamente realizzabile), ma, per quanto abbiamo valorizzato in ordine alla libertà dell'obligato sia a non contrarre fino a quando a ciò egli autonomamente non si determini, sia a liberamente stabilire il contenuto del negozio che intende concludere, ciò presuppone che egli abbia oggettivamente concretizzato e manifestato tali determinazioni attraverso una vicenda negoziale ormai definitivamente compiuta (e pertanto, alla luce delle attuali riflessioni in ordine al contratto preliminare — cfr. *supra*, alla nota 85 — tenderemmo ad ammettere in tale ipotesi l'esperibilità dell'azione in parola — *contra* però Cass. 5 ottobre 1991, n. 10429, Cass. 19 maggio 2003, n. 7768). Non dunque l'inadempimento, che nella prospettiva di Gabrielli verrebbe singolarmente ad intensificare il diritto del preferendo, creando cioè un diritto al contratto che originariamente non sussisteva — e che l'A. cit. giustifica con (pragmatici, ma dogmaticamente insoddisfacenti) *non si vede perché* e con *appare ragionevole* — bensì tale concretizzazione (quindi anche contenutistica) della vicenda negoziale è il presupposto dell'emergere del diritto al contratto del preferendo. Si può anzi evidenziare come siffatta prospettiva trovi riscontro nelle fattispecie legali di prelazione riferentesi a contratti di locazione-affitto, disciplinate dall'art. 40, l. 27 luglio 1978, n. 392 e, ipotesi ancora più significativa, dall'art. 4 *bis* della l. 3 maggio 1982, n. 203 (introdotto dall'art. 5 del d.legisl. 18 maggio 2001, n. 228), il quale ultimo espressamente prevede la possibilità del preferito di instaurare il rapporto di affitto attraverso un dichiarazione unilaterale che recepisca le condizioni del contratto *irrequisito domino* (rimane tuttavia ancora aperta la questione dei limiti dell'opponibilità al terzo del contratto così concluso).

⁽⁹³⁾ Così CORRADINUS, *Tractatus*, cit., q. IV, n. 1, p. 14 « *Breviter respondendum puto, quod quotiescumque lex disponit, rem vendendam esse potius uni, quam alteri quamvis nihil de denunciazione dicat, adhuc denunciatio necessaria fit* », che soggiungeva che « *denunciatio [...] non suppletur per scientiam aliunde habitam* » (q. IV, n. 41, p. 18).

⁽⁹⁴⁾ Cass. 30 novembre 2005, n. 26079: « la *denuntiatio* da parte del proprietario venditore che determina l'insorgenza del suo diritto »; Cass. 5 ottobre 1991, n. 10429: « Il diritto di prelazione agraria [...] sorge per effetto della *denuntiatio* del proprietario del fondo e non per il solo fatto della stipulazione del contratto preliminare di vendita del fondo ad un terzo »; Cass. 27 novembre 2006, n. 25141: « rituale co-

ritto di riscatto *sorge* per effetto della vendita *irrequisito domino* ⁽⁹⁵⁾; tali affermazioni sono anzi convalidate dal costante riferimento al momento della *denuntiatio*, ovvero a quello della vendita *irrequisito domino*, per la stessa verifica della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento del diritto preferenziale ⁽⁹⁶⁾.

Contemporaneamente, per quanto attiene alla fase di prelazione, la *denuntiatio* continua a venire considerata la fondamentale prestazione (o quantomeno una delle fondamentali) a cui il venditore è tenuto nei riguardi del preferendo (a prescindere in questo dalle diverse, già considerate configurazioni della *denuntiatio* medesima, in relazione alle varie fattispecie).

Per le considerazioni già svolte sopra non possiamo però che ribadire, come l'affermazione di un obbligo che *nasce* con il compimento di quella che è la sua fondamentale prestazione, cioè la *denuntiatio*, sia assunto impossibile; ma abbiamo parimenti già appurato che ogni alternativa è sbarrata dall'impossibilità di individuare un fatto, diverso dalla *denuntiatio* medesima, che valga a dare l'indispensabile concretezza contenutistica alla prestazione del soggetto passivo (prima cioè ancora che la prospettazione di un'obbligazione già sorta naufraghi sugli scogli dell'impossibile identificazione del fatto condizionante la medesima) ⁽⁹⁷⁾.

Neppure d'altro canto potrebbe pensarsi di trasportare alla prelazione con riscatto la tesi che abbiamo visto affermarsi per la prelazione (meramente) obbligatoria: un'obbligazione sostanzialmente negativa, così come prospettata in quella soluzione — non concludere con il terzo il contratto oggetto di prelazione senza prima avere effettuato la *denuntiatio* — risulta infatti del tutto inadeguata, per la sua minore valenza, a configurare quella che, nell'ora ipotizzato riferimento alla prelazione con riscatto, costituirebbe la fattispecie primaria, la cui violazione legittima senz'altro il preferendo ad acquisire il bene oggetto del suo diritto attraverso l'esercizio del riscatto (come ve-

municazione della volontà del proprietario di alienare il fondo (c.d. *denuntiatio*), comunicazione che, di tale diritto, determina l'insorgenza ».

⁽⁹⁵⁾ *Ex multis* Cass. 22 maggio 1996, n. 4739; Cass. 6 aprile 2006, n. 8090.

⁽⁹⁶⁾ Ciò si evidenzia principalmente in tema di prelazione agraria, a ragione della pluralità dei requisiti posti dalla corrispondente normativa: v. Cass. 2006/8090, cit.; Cass. 29 aprile 2006, n. 10039.

⁽⁹⁷⁾ Si può ancora osservare come la conclusione a cui siamo pervenuti, appunto la negazione di un diritto al contratto, sia diretta conseguenza del principio consensualistico proprio del diritto italiano (e francese), mentre nel diritto tedesco, vigendo il principio degli effetti esclusivamente obbligatori del contratto, è regola espressa (§ 463 BGB) che il *Vorkaufsrecht* è esercitabile non appena l'obbligato abbia concluso il contratto di compravendita con il terzo e ciò avviene con dichiarazione unilaterale potestativa rivolta all'obbligato (§ 464 BGB), che ha per effetto la formazione di un contratto di compravendita tra prelazionante e venditore, alle stesse condizioni da quest'ultimo convenute nel contratto con il terzo (precisano H.P. WESTERMANN, *Vorkauf*, cit., p. 464 e FAUST, *Vorkauf*, cit., p. 1738, che non si tratta di un subentro del prelazionante nel contratto già concluso, ma della formazione di un nuovo ed autonomo contratto). Il § 469 prevede poi un obbligo di comunicazione da parte dell'obbligato, che potremmo raffrontare con la *denuntiatio*, ma che espressamente può essere sostituito da un'analoga comunicazione dell'acquirente, che però non è presupposto per l'esercizio della prelazione (che, come detto, può senz'altro avvenire in via potestativa immediatamente a seguito del perfezionamento del contratto), ma assolve alla limitata funzione di far decorrere il termine per l'esercizio del diritto (v. *amplius, infra*, al § 8).

dremo ⁽⁹⁸⁾, la prospettiva del riscatto quale fattispecie secondaria, in vario modo sanzionatoria del violato obbligo di preferenza, è altro caposaldo della prevalente ricostruzione della prelazione reale); solo infatti un diritto *positivo* all'acquisizione del bene in prelazione può giustificare l'acquisizione medesima tramite il riscatto. Ma anche al di là delle possibili variazioni sulla configurazione del rapporto prelazionale — il riferimento concerne quindi anche la prospettiva nei termini di una preferenza orientata nella direzione di un'obbligazione positiva, da noi sopra tratteggiata — è invero incontestabile che se il riscatto, come pacifico, costituisce immediatamente un diritto all'acquisto del bene oggetto di preferenza, non si può concepire un diritto di prelazione che abbia un contenuto più limitato, come invece avviene per le attuali configurazioni della prelazione obbligatoria in termini di (mera) preferenza, per le quali, come specificato, espressamente si nega l'esistenza di un diritto al contratto e così, con coerente consequenzialità, la sua realizzabilità coattiva attraverso l'esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c.

La strada della ricostruzione teorica della fattispecie in termini obbligatori sembra dunque, tra le insuperabili strettoie di Scilla (*la prelazione, se seguita da riscatto, deve necessariamente essere diritto all'acquisto del bene*) e di Cariddi (*non può configurarsi un diritto all'acquisto del bene che sorga con la denuntiatio e di cui la denuntiatio contemporaneamente costituisca la principale prestazione*, secondo la conclusione a cui siamo pervenuti al § 3°), restare senza sbocco.

Ma, a questa, si devono aggiungere ulteriori considerazioni.

E così, anzitutto, quella che mentre l'essenziale caratteristica funzionale del rapporto obbligatorio è la soddisfazione dell'interesse del creditore attraverso la prestazione, nel caso della prelazione con riscatto la *denuntiatio*, che del delineato rapporto obbligatorio costituisce la prestazione (o quantomeno la via obbligata per l'adempimento), risulta alla fine addirittura indifferente per il titolare del diritto: se la *denuntiatio* non ha luogo, egli infatti parimenti realizza il suo interesse attraverso il riscatto. Né potrebbe identificarsi un interesse anche solo di tipo temporale, dal momento che, come già abbiamo potuto riscontrare, il tempo utile per la *denuntiatio* coincide con l'attimo precedente la conclusione del contratto con il terzo e quindi con il sopravvenire dell'esperibilità del riscatto, così che tale attimo è del tutto indefinibile.

Al quadro così delineato, si aggiunge la riflessione, in altro ordine di considerazioni, che costituisce consolidata regola del diritto applicato ⁽⁹⁹⁾ che il riscatto rappresenti l'unica reazione esperibile avverso la mancata effettuazione della *denuntiatio*, escludendosi così l'ammissibilità di una pretesa risarcitoria per inadempimento ⁽¹⁰⁰⁾, in nessun ca-

⁽⁹⁸⁾ V. *infra*, al § successivo.

⁽⁹⁹⁾ Regola da noi condivisa, per quanto specificheremo *infra*, al § successivo.

⁽¹⁰⁰⁾ Così già GIONFRIDA, *Prelazione*, cit., p. 109, nota 109; D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., p. 287 (« al comportamento anti-giuridico del soggetto passivo, il soggetto attivo può opporre una sola reazione: l'esercizio del reatrito in senso positivo »); nello stesso senso Cass. 29 settembre 1997, n. 9546; *contra* CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977, p. 35, che, esclusa la natura sanzionatoria del reatrito, dall'assunta natura obbligatoria del rapporto di prelazione con dogmatica linearità deriva che « non si

so riconosciuta: neppure in quello, specifichiamo, in cui si verifichi una decadenza dal riscatto per inosservanza del termine per l'esercizio, derivante dall'incolpevole ignoranza della stessa esistenza del contratto con il terzo, decadenza che la *denuntiatio* avrebbe invece evitato⁽¹⁰¹⁾; neppure in quello in cui il riscatto non sia più esperibile perché un requisito per il riconoscimento del diritto, esistente al perfezionamento del contratto con il terzo, e quindi senz'altro nel momento in cui la *denuntiatio* avrebbe dovuto avere luogo, sia venuto meno prima dell'esercizio del riscatto (così allora, sempre per diritto vivente, risultando il riscatto non più esperibile, richiedendosi la persistenza dei requisiti fino al momento della dichiarazione di esercizio del diritto)⁽¹⁰²⁾.

Alla constatazione, che da ciò deriva, che la violazione dell'obbligazione risulta così privata della sua stessa ordinaria sanzione *risarcitoria*, si deve d'altro canto aggiungere quella, parimenti eclatante, che poiché lo stesso riscatto, che di quell'inadempimento è considerato appunto l'unica sanzione, per espressa e costante specificazione normativa va esercitato necessariamente ed esclusivamente nei confronti del terzo (o addirittura dei successivi aventi causa), l'inadempimento stesso rimane costantemente privo di ogni e qualsiasi sanzione *a carico del debitore inadempiente*, che anzi al riscatto, per consolidato riconoscimento, resta addirittura del tutto estraneo⁽¹⁰³⁾. Le conseguenze dell'inadempimento ricadono così interamente ed esclusivamente su un soggetto terzo rispetto all'obbligazione violata, cioè l'acquirente, senza poi che neppure venga in considerazione l'esistenza o meno di un suo comportamento colpevole: un *responsabile* quindi *senza debito* per l'inadempimento altrui⁽¹⁰⁴⁾, a cui fa da singolare contraltare il *debito senza responsabilità* dell'alienante.

E infine: nelle ricordate ipotesi di violazione del diritto prelazionale in cui il riscatto rimane escluso per la sopravvenuta carenza di alcuno dei presupposti della prelazione, non ricorrerebbero né risarcimento del danno, né riscatto: la violazione dell'obbligazione di preferire resterebbe quindi addirittura priva di sanzione alcuna⁽¹⁰⁵⁾.

La situazione si presenta così in termini diametralmente opposti a quelli invece

comprende perché all'inadempimento dell'obbligo non debba seguire la conseguenza (se si vuole, la sanzione) ad esso connaturale, vale a dire il risarcimento del danno ».

⁽¹⁰¹⁾ Così (con singolare motivazione) Cass. 29 settembre 1999, n. 10760. Una domanda risarcitoria in luogo del riscatto è esclusa anche nell'ipotesi in cui venditore e riscattato abbiano dolosamente celato la cessione del bene (Cass. 14 gennaio 1984, n. 310, in *Giur. agr. it.*, 1984, 96), ammettendosi invece la tutela aquiliana (Cass. 16 maggio 1991, n. 5519 e Cass. 29 settembre 1997, n. 9546).

⁽¹⁰²⁾ Così, fra le più recenti, Cass. 18 novembre 2005, n. 24453; Cass., 19 gennaio 2006, n. 1019; Cass. 22 gennaio 2004, n. 1103.

⁽¹⁰³⁾ Fino al punto che si nega anche una sua legittimazione passiva nel giudizio sorto a seguito dell'esercizio del riscatto medesimo: v. Cass., sez. un., 1° luglio 1997, n. 5895.

⁽¹⁰⁴⁾ Una mancanza di colpa dell'acquirente per avere ignorato l'esistenza di un diritto di prelazione è invero agevolmente configurabile soprattutto nell'ipotesi, più complessa, della prelazione agraria. Di ipotesi di responsabilità senza debito parla GIONFRIDA, *Prelazione e retratto*, cit., p. 106 s. ma è critico già PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 216 s. È d'altro canto affermazione che evidentemente, a ragione dell'eccezionalità della separazione tra debito e responsabilità, richiederebbe adeguata giustificazione.

⁽¹⁰⁵⁾ Per simili considerazioni v. già GIONFRIDA, *Prelazione e retratto*, cit., p. 106 s.

propri della fattispecie prelazionale obbligatoria, in cui abbiamo visto che l'adempimento dell'obligato rappresenta l'unica ed insostituibile via per pervenire alla soddisfazione dell'interesse del preferendo, al quale ultimo altrimenti e in ogni caso compete (esclusa anche, quantomeno per la tesi prevalente e quantomeno in via generale, la tutela dell'art. 2932 c.c.) il risarcimento dei danni.

Ci sembra allora immediato ed incontestabile esito delle considerazioni ora svolte — un obbligo che sorge quando non può sorgere, una prestazione poco significativa per la stessa soddisfazione dell'interesse creditorio, un inadempimento che resta fondamentalmente senza sanzione — la negazione stessa della riscontrabilità nella prelazione, nelle ipotesi in cui ricorra il riscatto, di un rapporto obbligatorio, così che la costantemente ripetuta configurazione di un'obbligazione di preferire costituisce un'altra delle principali e pervicaci fallacie, che ancora contraddistinguono l'interpretazione dell'istituto che ci occupa.

Da questa conclusione, si può d'altro canto immediatamente trarre la deduzione che nella prelazione con riscatto la *denuntiatio*, indubbiamente atto « dovuto », non possa, in alternativa, che ritenersi oggetto di un *onere*, in conformità del resto alla stessa considerazione prospettica, già sopra ricordata ⁽¹⁰⁶⁾, che alla fase di prelazione era stata data alla comparsa nel nuovo codice della disciplina degli artt. 732 e 966, come diretta cioè ad attenuare la gravosità del vincolo del retratto tradizionale, consentendo la definizione del diritto del preferito già nella prima fase della fattispecie, considerazione poi però generalmente trascurata a beneficio della comoda ed acquietante prospettiva teorica, di un'anteposizione della prelazione obbligatoria, ben nota nella pratica contrattuale, all'istituto del retratto della tradizione.

6. — La critica delle concezioni dominanti in tema di prelazione con riscatto non può però fermarsi alla configurazione della prima fase, ma deve necessariamente coinvolgere altra radicata convinzione, cioè *la stessa strutturazione della fattispecie in due distinti diritti, quello appunto di prelazione e quello di riscatto*.

Del rapporto, assunto come intercorrente tra i medesimi, si danno diverse qualificazioni.

⁽¹⁰⁶⁾ La qualificazione in termini di onere si ritrova già in PULEO, *I diritti potestativi*, cit. p. 225, SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim.*, 1981, p. 697 ss., *ivi* alla p. 704; DE MARTINI, *Adempimento*, cit., p. 178 s., SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *R. d. civ.*, 1966, II, p. 620 ss., *ivi* alla p. 630; è ripresa da BURDESE, *La divisione*, cit., p. 62, che sottolinea come conseguenza della mancata effettuazione della *denuntiatio* sia « soltanto il perdere, finché dura lo stato di comunione ereditaria, del diritto dei coeredi di riscattare dall'estraneo compratore o da ogni successivo avente causa la quota ereditaria a lui eventualmente alienata nel frattempo », mentre l'offerta in prelazione vale a far decorrere il termine breve decadenziale. E già CORRADINUS, *Tractatus*, cit., q. IV, n. 41, p. 18, osservava che la *denuntiatio* è richiesta « *non ad solum finem certiorandi sed ad effectum restringendi tempus, et ut is, qui denunciatur, faciat id, ad quod non est de jure obligatus* », talché « *denunciatio ista non est certificatoria, sed incitatoria, quae non suppletur per scientiam aliunde habitam* ». Fondamentalmente la sola funzione di far decorrere il termine per l'esercizio del diritto ha la comunicazione prescritta dal § 469 BGB (v. anche *supra*, alla nota 97).

La più diffusa, a cui più volte abbiamo fatto riferimento, è quella che vede nel riscatto la *sanzione* per la violazione del diritto di prelazione. Ma già l'accoglimento della nostra conclusione, nel senso appunto dell'inesistenza nella fattispecie con riscatto di una fase obbligatoria, in una con la riproposizione delle medesime ragioni che ci hanno portato all'esclusione di quella, cioè che (oltre ad essere configurabili ipotesi in cui è addirittura esclusa ogni sanzione per l'inadempimento) con il riscatto la configurata sanzione sarebbe rivolta solo al terzo, mentre il debitore ad esso resta estraneo, ci sembrano inesorabilmente condannare la prospettiva in parola. Del resto, mai neppure si è fatto questione, per riconoscere il riscatto, di verifica dei presupposti anche di imputabilità dell'inadempimento, come necessario per ogni ipotesi sanzionatoria, bensì solo di sussistenza in capo al riscattante dei requisiti dalle varie fattispecie previsti per il diritto di preferenza, oltretutto valutati al momento della stessa vendita al terzo ⁽¹⁰⁷⁾.

Altre volte il riscatto è stato prospettato quale strumento di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre, violato dalla vendita *irrequisito domino* ⁽¹⁰⁸⁾, ma anche questa tesi presuppone l'esistenza di un rapporto obbligatorio primario; inoltre di nuovo rimane senza spiegazione l'esperibilità dell'azione sempre e necessariamente avverso un soggetto diverso dal debitore.

In alternativa alle tesi ora ricordate e in una prospettiva più allargata, il rapporto tra i due diritti è stato definito nei termini, del tutto generici, di riscatto quale diritto ausiliario, quale strumento di rafforzamento del vincolo prelazionale, o simili, delinendosi allora un'alternativa tra l'esperibilità dell'uno o dell'altro diritto, in dipendenza dell'effettuazione o meno della *denuntiatio* ⁽¹⁰⁹⁾.

Procedendosi dunque alla verifica della configurazione del rapporto tra i due momenti della vicenda, l'attenzione deve anzitutto concentrarsi sull'identificazione della fattispecie che dischiude la via al riscatto, per la quale, una volta escluse le ora considerate prospettive sanzionatoria e di esecuzione specifica (nelle quali cioè il riscatto avrebbe a presupposto l'inadempimento dell'— inesistente — obbligazione di preferire), evidentemente dovrà ricercarsi una propria autonoma configurazione.

Dobbiamo a questo riguardo considerare che se nelle fattispecie codicistiche la norma sul riscatto faceva riferimento immediatamente e semplicemente alla mancanza della *denuntiatio*, in quelle agraria e urbana rinveniamo, accanto a questa prima, una seconda ipotesi, consistente nell'indicazione nella comunicazione in parola di un prezzo superiore a quanto poi risultante dalla vendita al terzo.

⁽¹⁰⁷⁾ App. Venezia, 19 febbraio 2008, n. 218 (inedita) ha respinto l'eccezione del riscattato che il riscattante non aveva provato l'assenza della *denuntiatio*, affermando che compete invece al riscattato (pur, si rammenti, estraneo al rapporto prelazionale) l'onere di dimostrare l'effettuazione della medesima da parte dell'alienante « in mancanza della quale prova essi retraenti ben potevano invocare la pretermissione *contra legem* che, come tale, li legittimava automaticamente al riscatto del bene non legittimamente alienato a terzi »).

⁽¹⁰⁸⁾ Così GIONFRIDA, *Prelazione e retratto*, cit., p. 108 s.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. *amplius* il ns. *La prelazione nell'accesso*, cit., p. 156 ss.

Tale menzione di specifiche ipotesi a cui è ricollegata la possibilità di riscattare il bene oggetto di preferenza porta allora a concludere che il riscatto necessariamente compete solo in tali casi, che oltre tutto difficilmente potrebbero ritenersi estensibili per analogia, a ragione dell'indubbia eccezionalità della fattispecie, che vede un terzo assoggettato al riscatto per una vicenda attinente al precedente rapporto prelazionale, al quale egli era estraneo. Ne consegue che dovrebbero risultare prospettabili delle ipotesi in cui il riscatto non è per contro esperibile, nonostante l'insoddisfazione del diritto del preferito: si pensi così, per fare alcuni esempi (tratti dall'esperienza giurisprudenziale) al caso in cui la *denuntiatio* sia stata regolarmente effettuata — e quindi siamo agli antipodi della previsione normativa — ma anteriormente alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto abbia luogo la vendita al terzo ⁽¹¹⁰⁾, ovvero anche all'ipotesi in cui detta vendita sia stata conclusa (e il titolo sia stato utilmente trascritto), successivamente alla stessa dichiarazione di esercizio del diritto da parte del preferito ⁽¹¹¹⁾. In queste situazioni d'altro canto, escluso il riscatto, certamente non potrebbe negarsi il diritto del preferito al risarcimento del danno (basti pensare che, nella seconda prospettata, la pretesa risarcitoria troverebbe titolo già immediatamente nella violazione del contratto perfezionatosi per effetto dell'esercizio della prelazione) ⁽¹¹²⁾: ma ciò, come visto e come diremo, doppiamente non è ⁽¹¹³⁾.

La soluzione ora delineata è invero quella adottata dal legislatore francese per la prelazione agraria, disciplinata dagli artt. L 412-1 ss. del *Code rural*, nel quale per il caso di violazione della prelazione sono previsti la nullità della vendita e il risarcimento dei danni, a cui si affianca un diritto di surrogazione del preferito all'acquirente, esperibile limitatamente ai casi specificamente previsti (ricollegati a una violazione della prelazione successivamente all'offerta di vendita) ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹⁰⁾ È la fattispecie decisa da Cass. 28 marzo 2001, n. 4499.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. Cass. 7 gennaio 1984, n. 136; Cass. 23 aprile 1983, n. 2822; Cass. 28 marzo 2001, n. 4499. Cfr. anche CARPINO, voce *Prelazione agraria*, cit., p. 1156 s. Potrebbero forse ritenersi invece comprese nella previsione normativa, sulla base di un'interpretazione meramente estensiva della medesima, l'ipotesi di un prezzo indicato nella *denuntiatio* uguale a quello risultante dall'atto di cessione al terzo ma in cui sia stata poi concessa al terzo una dilazione senza interessi nel pagamento (in questo senso, con riferimento all'art. 8, l. n. 590/65, cfr. Cass. 11 settembre 1972, n. 2724, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1894) e quella in cui il prezzo indicato nell'atto di cessione, uguale a quello della *denuntiatio*, sia tuttavia simulatamente maggiorato.

⁽¹¹²⁾ Questo deve dirsi anzitutto per le configurazioni della *denuntiatio* quale proposta, ma invero anche in quelle alternative per effetto dell'esercizio del diritto, a seguito della *denuntiatio*, pur sempre sorgerebbe un obbligo a contrarre, la cui violazione dovrebbe essere, come di regola, sanzionabile anche in via risarcitoria.

⁽¹¹³⁾ Quanto all'esclusione della sanzione risarcitoria v. *supra*, alla fine del § precedente.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., criticamente su tale soluzione legislativa, DUPEYRON, *Droit Agraire*, cit., p. 387 s. (che così considera: « *La sanction de droit commun étant celle prévue par l'article L. 412-12 C.R. (ancien art. 800) (nullité et dommages et intérêts), la jurisprudence n'admet justement la substitution que dans les cas énumérés. Cette solution a parfois surpris. On a pu relever qu'en cas de défaut de notification, la violation de la loi est plus grave que dans les hypothèses régies par l'article L. 412-10 C.R. (ancien art. 798), alors pourtant que ce texte prévoit une sanction plus forte* ») e LORVELLEC, *Droit rural*, Paris 1988, p. 101 s. Critici anche SAVATIER, *Les baux ruraux*, Paris 1973, n. 198, p. 115 e MEGRET, *Droit Agraire*, Paris 1973, t. 2, n. 635.

Ma si deve prendere atto che non è questa la soluzione accolta dal legislatore italiano, che anzitutto non ha comminato alcuna invalidità per la vendita *irrequisito domino*, come immediatamente comprovano la stessa esperibilità del riscatto nei riguardi dell'acquirente o del successivo avente causa e l'estraneità al riscatto medesimo dell'alienante, nonché l'incontestata conservazione *inter partes* degli effetti della compravendita, così che l'alienante trattiene il prezzo ricevuto (e il riscattante deve il prezzo del riscatto al riscattato) e l'acquirente può agire contro l'alienante per evizione ⁽¹¹⁵⁾.

D'altra parte, gli interpreti italiani, sia in dottrina che in giurisprudenza, affermano l'esperibilità del riscatto in tutti i casi di violazione della prelazione e parallelamente (in dottrina però con voci contrarie) escludono la concorrenza di un diritto al risarcimento del danno (anche nei casi più particolari sopra ricordati, di vendita al terzo successivamente alla *denuntiatio*, a seguito o meno dell'esercizio del diritto di prelazione), ciò motivando essenzialmente con l'esistenza nelle fattispecie di un interesse non solo individuale, ma del gruppo (nella fattispecie del coerede), ovvero senz'altro di ordine socioeconomico generale (in quella del conduttore commerciale e particolarmente nell'ipotesi agraria) ⁽¹¹⁶⁾. A nostra volta condividiamo, per queste ragioni sostanziali che la fondano, tale conclusione, che abbiamo anzi già ritenuto costituire espressione di una consolidata regola di diritto vivente.

Consegue allora la necessità di prendere atto che se il riscatto, dall'un lato, non può configurarsi come sanzione per la violazione del diritto preferenziale, o come realizzazione coattiva del medesimo (secondo le conclusioni a cui siamo già sopra pervenuti), dall'altro lato non gli si può neppure riconoscere un'*autonoma* sfera di applicazione, distinta cioè da quella della prelazione. Questa immediatamente quindi si identifica, sia per la prelazione che per il riscatto, nella fattispecie per la quale è di volta in volta accordato il diritto preferenziale e si risolve nella *mera alternatività dell'una o dell'altra modalità di esercizio del diritto preferenziale*, introdotta dalla *specificazione normativa*, per il riscatto, della carenza (o dell'irregolarità) della *denuntiatio*.

Il che però equivale a dire che *non si tratta di due diritti distinti*, bensì del *medesimo diritto*, diversamente esercitabile (e già abbiamo evidenziato come nella stessa lettera delle varie norme non si rinvenga mai il termine riscatto o retratto, ma unicamente la forma verbale « riscattare »).

Tale conclusione d'altro canto consente — proprio perché non si tratta più di un diritto distinto e che risulterebbe inestensibile per analogia — di riconoscere che le ipotesi di riscatto vanno al di là delle previsioni testuali delle singole disposizioni (vendita *irrequisito domino*; indicazione nella *denuntiatio* di un prezzo maggiorato), per

⁽¹¹⁵⁾ La tesi della nullità non ha invero più effettivi fautori, ma se ne ritrova cenno nei termini di vicenda eliminabile in SARASSO, *Sull'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590*, in *R. d. agr.*, 1968, II, p. 425 ss. La validità e la persistente efficacia del contratto *irrequisito domino*, oltre ad essere alla base della stessa teoria della surrogazione, costituiscono riconoscimento comune (per tutti, FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 280; CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., p. 21).

⁽¹¹⁶⁾ Così già D'ORAZI, *Della prelazione*, cit., pp. 287 e 335 s.; cfr. *amplius supra*, alla fine del § precedente e alla nota 101.

comprendere anche i casi sopra considerati, in cui la *denuntiatio* sia stata effettuata, ma essa non abbia potuto conseguire il risultato a cui essa è funzionalmente diretta, cioè — secondo la conclusione a cui siamo sopra pervenuti — di efficacemente consentire l'acquisto in prelazione ⁽¹¹⁷⁾.

Possiamo quindi specularmente affermare che il riscatto *non* ricorre unicamente quando, anteriormente alla cessione del bene al terzo, il diritto del preferendo abbia trovato realizzazione nella fase di prelazione, a seguito del compimento della *denuntiatio*, e ciò sia quando vi sia stato l'acquisto (effettivo e definitivo) del bene da parte del preferito, sia per estinzione del diritto preferenziale, a seguito del decorso del termine per il suo esercizio ⁽¹¹⁸⁾.

Ma le affermazioni a cui siamo così pervenuti, dell'inesistenza per il riscatto di un'autonoma sfera di applicazione e quindi dell'inconfigurabilità di due distinti diritti, e della mera alternatività delle modalità di esercizio dell'unico diritto di preferenza, ci dischiudono la necessità di un'analisi più approfondita della natura stessa del riscatto.

7. — Il riscatto è coralmemente identificato con il *retrato* ⁽¹¹⁹⁾, così come questo è stato tradizionalmente configurato, nei termini di diritto potestativo ad attuazione negoziale, il cui effetto è la sostituzione del retraente al retrattato nel contratto da costui concluso con l'alienante.

Storicamente, tale configurazione è stata formulata con riferimento al retratto puro, cioè al diritto di acquisto del bene non preceduto da un diritto di prelazione, che sorgeva in conseguenza della vendita al terzo, per il quale vigeva appunto il principio che il retraente *vice fungitur emptoris*, ovvero quello corrispondente per cui *censetur*

⁽¹¹⁷⁾ Facciamo riferimento, in particolare, delle ipotesi di vendita al terzo dopo la *denuntiatio* e prima della scadenza del termine per l'esercizio del diritto, ovvero di vendita dopo lo stesso esercizio del diritto quando, secondo le regole di diritto comune (e quindi essenzialmente per il regime della trascrizione), ormai prevalga l'acquisto del terzo.

⁽¹¹⁸⁾ CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., all'affermazione della sussistenza di due distinti ed autonomi rapporti, funzionalmente collegati, fa seguire la considerazione che l'esclusione del retratto deriva immediatamente da incompatibilità dell'effetto, dal fatto cioè che essendosi già prodotto, per altra via, l'effetto cui il retratto è preordinato, viene meno la ragion d'essere del retratto stesso; ma è spiegazione che non risolve adeguatamente la correlazione tra le due fattispecie e quindi neppure giustifica l'assunta esistenza di due distinti diritti.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr., *ex multis*, con riguardo al retratto successorio, Cass. 21 agosto 1953, n. 2824, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, II, p. 260; Cass. 23 febbraio 2007, n. 4224; con riguardo al riscatto di fondi rustici, Cass. 4 giugno 1988, n. 3800, in *Giur. agr. it.*, 1989, p. 666; con riguardo al riscatto di immobili urbani, Cass. 3 aprile 1993, n. 4039, *F. it.*, 1993, I, 3053. In dottrina è uso corrente la stessa denominazione del riscatto quale retratto: BURDESE, *La divisione*, cit., p. 66 (« diritto di riscatto o retratto, che compete [...] »); FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., specialm. p. 277 ss.; BONILINI, voce *Retratto successorio*, in *Dig., Disc. priv. — sez. civ.*, p. 423; CORSARO L., voce *Prelazione e riscatto (fondi rustici)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990, p. 12 ss.; PAOLONI, voce *Prelazione e riscatto (fondi rustici)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, *Agg.*, Roma 2000, p. 4; CARPINO, voce *Prelazione e riscatto (Immobili urbani)*, *ibidem* (1990), p. 7 ss.; invece DURANTE, a dispetto della sottointitolazione: voce *Prelazione e riscatto (Retratto successorio)*, *ibidem* (1990), evita accuratamente (p. 5 s.) l'uso del termine retratto.

emptor et subrogatur in locum emptoris ⁽¹²⁰⁾, configurazione che ha poi trovato la sua conferma nel passo di Pothier ⁽¹²¹⁾ in cui si qualifica il retratto quale *droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, et de devenir acheteur à sa place, il suit de là que l'effet du retrait lignager est que, par le retrait, tous les droits actifs résultant du contrat qu'avait l'acheteur étranger, cessent en sa personne, et passent en celle du lignager retrayant* e a cui costantemente la dottrina francese ha poi fatto riferimento ⁽¹²²⁾.

Per quanto concerne l'istituto che ci occupa, è agevole convenire che per garantire al riscattante un'integrale soddisfazione dell'interesse non realizzato nella fase di prelazione, nulla possa apparire più idoneo di uno strumento giuridico il cui risultato consista nella realizzazione immediata, sullo stesso piano degli effetti giuridici, del rapporto a cui il riscattante aveva diritto: su questa premessa funzionale si fonda la configurazione, ancor oggi largamente prevalente, di una sostituzione, o surrogazione, con effetto retroattivo del riscattante in quel contratto che fin dall'inizio con lui, e non già con il terzo, avrebbe dovuto essere concluso dall'alienante ⁽¹²³⁾.

Tale costruzione consente infatti di affermare che il riscattante acquista i diritti direttamente dal cedente, così che diviene agevole giustificare la fondamentale necessità funzionale di rendere non opponibili al riscattante eventuali diritti costituiti dal riscattato ⁽¹²⁴⁾ (e così anche, ci sembra di poter ritenere, l'eventuale ipoteca legale già iscritta a favore dello stesso alienante) ⁽¹²⁵⁾, assicurando in tal modo all'istituto l'idoneità ad integralmente espletare quella funzione ripristinatoria del violato diritto di prelazione, che ad esso concordemente si affida. Consente ancora di affermare che il retrattato

⁽¹²⁰⁾ ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Retrait-retrayant*, n. 3 (non consultato), richiamato da GIONFRIDA, *Prelazione e retratto*, cit., p. 102.

⁽¹²¹⁾ POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 423, p. 86. Per le varie configurazioni teoriche del retratto nella dottrina francese v. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, cit., p. 266 ss.

⁽¹²²⁾ Come confermato anche da TALLON, voce *Retrait*, cit., n. 29, p. 713; cfr. del medesimo A. anche *Retraits et préemptions*, cit., p. 208 ss. In COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris 1929, vol. III, p. 566, il retratto è definito come « *droit de s'approprier le marché passé par une autre personne e de se rendre acquéreur à sa place* ».

⁽¹²³⁾ Nella dottrina tedesca, in senso contrario alla configurazione della vicenda prelazionale quale diritto a subentrare al posto del terzo nel contratto intervenuto tra questo e l'obbligato, cfr. già KOHLER, *Lehrbuch des BGB*, II, Berlin 1906, II, T. I, p. 300.

⁽¹²⁴⁾ Ovvero anche, nel caso di riscatto esercitato avverso un successivo acquirente, con riferimento a diritti costituiti da costoro. Per la soluzione in parola, cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, III, *Régimes matrimoniaux, Successions, Donations et testaments*, Paris 1913, nn. 2459 e 2461, p. 582; JOSSE-RAND, *Cours de droit civil positif français*, III, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, Paris 1930, n. 1062, p. 569. Si precisava al riguardo che il retratto produce nei riguardi di tali acquisti conseguenze analoghe a quelle dell'avveramento di una condizione risolutiva: cfr. COLIN-CAPITANT, *Cours*, cit., III, p. 612; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successioni*, cit., n. 2670, p. 194.

⁽¹²⁵⁾ La questione dell'ipoteca era invero già considerata per il retratto da POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 433, p. 89, nonché, n. 298, a p. 63, che la riteneva tuttavia resistere al retratto; ma v. *infra*, in questo stesso paragrafo, quanto osserveremo sull'obbligo del riscattante di rimborsare in ogni caso il riscattato, ciò che risulta evidentemente incompatibile con la persistenza del potere espropriativo del venditore, che costringerebbe il riscattante o a pagare una seconda volta, ovvero a subire l'espropriazione del bene.

non ha obbligo alcuno nei riguardi del retraente e, in particolare, si sottolinea come non sia tenuto alla garanzia per evizione ⁽¹²⁶⁾.

In realtà, per il retratto, nella dottrina d'Oltralpe, e neppure solo in quella recente ⁽¹²⁷⁾, non si è mancato di osservare che tale sostituzione non ha luogo in modo pieno ed assoluto e che il retraente non assume la veste di contraente in seno a detto atto di vendita, né acquista il diritto direttamente dal venditore, bensì attraverso il retrattato ⁽¹²⁸⁾. La predetta coscienza del carattere relativo dell'affermata surrogazione del retraente al retrattato ha consentito poi di riconoscere che permane l'efficacia della compravendita nei rapporti diretti fra l'alienante e il retrattato e che quest'ultimo resta pur sempre debitore verso il primo per il prezzo eventualmente non ancora versato ⁽¹²⁹⁾; corrispondentemente si è specificato che il retraente non assume obbligo alcuno nei riguardi dell'alienante ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁶⁾ La regola dell'inesistenza di obblighi del retrattato e del retraente, derivanti dall'esercizio del retratto, non è, si direbbe, intaccata neppure dal riconoscimento del dovere del primo di rilasciare l'eredità (la fattispecie a cui la dottrina francese faceva precipuo riferimento è infatti quella del retratto successorio), in quanto questo veniva ricollegato immediatamente al fatto che « *l'acheteur [...] cesse, par le retrait, d'avoir un titre pour retenir l'héritage; et il est, en conséquence, obligé de le délaïsser au retrayant, en la personne duquel la loi transfère le titre en vertu duquel cet acheteur le possédait* »: POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 423, p. 86.

⁽¹²⁷⁾ Si vedano già le considerazioni di BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato*, cit., n. 2674, p. 196.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 424, p. 87: « *quoique le retrayant soit censé acheter l'héritage directement du vendeur, néanmoins cet héritage ne passe pas directement de la personne du vendeur en celle du retrayant; il ne passe au retrayant que par le canal de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait: jusqu'au retrait cet acheteur en est véritablement propriétaire* »; v. inoltre le critiche alla tesi della sostituzione svolte da BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato*, cit., n. 2679, p. 200 s., che qualifica come finzione la retroattività dell'acquisto del retraente; v. ancora H. et L. MAZEAUD - J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4°, *Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris 1963, n. 1615, p. 1256.

⁽¹²⁹⁾ POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 428, p. 88 e n. 300, p. 63.

⁽¹³⁰⁾ Così già POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 426, p. 88; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, *Successions*, Paris 1928, n. 561, p. 667 s.: « *Le retrait est une opération sui generis, qui n'équivaut ni à une résolution, ni à une annulation de la cession. Ce n'est pas davantage une vente ou une rétrocession consentie par le cessionnaire au retrayant. L'ancienne cession subsiste, il y a seulement substitution d'un nouvel acquéreur à l'acquéreur primitif. Le retrayant prend le marché pour lui: il n'est pas l'ayant cause du retrayé, dont la personne disparaît, mais bien du cédant dont il est censé tenir directement les biens, objet du retrait. On peut dire que c'est une subrogation qui résulte ainsi du jeu de l'art. 841* » ma subito però aggiunge « *mais à condition de ne pas perdre de vue que les effets de cette subrogation ne sont pas pleins ni complets* ». Specifica infatti che « *Les effets du retrait se localisent entre le retrayant et le retrayé, laissant intactes les obligations nées de la cession entre ce dernier et le cédant. Le retrayant contracte une dette personnelle d'indemnisation envers le retrayé, il n'est pas substitué à la dette de celui-ci envers l'héritier il résulte que le retrait ne donne pas au cédant un débiteur nouveau, mais au contraire laisse subsister sa créance originaire: c'est contre le cessionnaire primitif, jamais contre le retrayant, qui vis-à-vis de lui demeure un tiers, qu'il pourra agir pour le payement du prix de cession qui pourrait lui rester dû. En un mot c'est aux droits du retrayé qui le retrayant peut être dit subrogé, nullement à ses obligations envers le cédant* ». In PLANIOL, *Traité élémentaire*, cit., n. 2460, p. 582 si legge anzi che « *Le retrait... est 'res inter alios acta' pour le cédant* ».

In definitiva, la ricostruzione in termini di surrogazione (retroattiva) risulta alla fine utilizzata più come una *factio* ermeneutica, che non intesa quale reale effetto giuridico dell'esercizio del retratto.

La coscienza del valore eminentemente descrittivo della ricostruzione del retratto in termini di surrogazione, o quantomeno della relatività dell'effetto, sembrerebbe essere andata invece persa nella ripresa di questa ricostruzione da parte della dottrina e giurisprudenza italiane.

Nella nostra letteratura giuridica, allorché la prelazione con riscatto fece, con il codice civile del 1942, la sua comparsa nell'ordinamento e il riscatto — sottovalutandosi, come già osservammo⁽¹³¹⁾, l'innovazione derivante dalla presenza di un diritto di prelazione a questo anteposto — fu senz'altro inteso come retratto (e anche come tale denominato), la costruzione della surrogazione retroattiva *ope legis* del riscattante nella posizione contrattuale del riscattato fu ritenuta l'unica in grado di dare ragione delle predette necessità funzionali dell'istituto, di garantire cioè al riscattante quella stessa posizione che *ab origine* questi avrebbe dovuto acquistare, se l'alienante avesse adempiuto al suo obbligo di notifica. Contemporaneamente si negava espressamente la configurabilità di un nuovo contratto di trasferimento della quota dall'alienante al retraente⁽¹³²⁾.

La giurisprudenza da parte sua, fin dalla prime pronunce della Corte di Cassazione, facendo espresso richiamo alla dottrina francese, nonché alla lettera del codice civile spagnolo (quest'ultimo anzi direttamente formulato in termini di surrogazione)⁽¹³³⁾, accolse anch'essa la tesi della sostituzione del retraente all'acquirente, attraverso la *estromissione* di quest'ultimo *dal contratto*, che dette origine al suo acquisto: all'inizio però con l'apposizione di un significativo, sia pur incidentale, *per così dire*⁽¹³⁴⁾. Ma

⁽¹³¹⁾ Cfr. *supra*, al § 1.

⁽¹³²⁾ Così ANDREOLI, *Il retratto successorio*, cit. p. 33 ss.

⁽¹³³⁾ Cfr. l'art. 1067 codice civile spagnolo, per il retratto successorio: « *Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifique en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber* ». L'art. 1521, sul *retracto legal*, così configura il diritto (attribuito al comproprietario della cosa comune e al confinante in caso di fondi rustici) « *El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago* ». Altre fattispecie agrarie son previste dagli artt. 27 della Ley 19/1.995, del 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias e 94 della Ley 83/1.980, del 31 de diciembre de Arrendamientos Rústicos, e 277 della Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, del 12 de enero de 1.973. Sulle fattispecie spagnole cfr. D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, 2ª ed, Cizur Menor (Navarra), 2002. Il codice spagnolo fu così interprete più fedele della formula di Pothier che non lo stesso art. 841 del codice francese, che parlava (prima della sua già ricordata abrogazione) di un acquirente che può essere « *écarté du partage* » dagli altri coeredi « *en lui remboursant le prix de la cession* ».

⁽¹³⁴⁾ Cass. 21 agosto 1953, n. 2824, che così si espresse in ordine al retratto di cui all'art. 732 c.c.: « La norma offre il mezzo di ripristinare la situazione che si sarebbe avuta se il coerede fosse stato messo in grado di esercitare la prelazione: cioè di sostituirsi al contraente estraneo, senza alcun intervento dell'alienante, allo stesso modo che se la prelazione fosse stata esercitata, estromettendo, *per così dire*, dal contratto

ben presto tale barlume di coscienza dell'artificialità della prospettazione teorica andò perduta e quando l'istituto della prelazione con riscatto acquistò ben maggiore concreta attualità con la fattispecie agraria, la surrogazione era ormai intesa come effettiva realtà giuridica risultante dall'esercizio del diritto⁽¹³⁵⁾ (salvo un unico, autorevole, ma rimasto inascoltato pronunciamento contrario)⁽¹³⁶⁾.

Prevalentemente acritica su detta rappresentazione della fattispecie è stata anche la dottrina⁽¹³⁷⁾ ed anzi recentemente un noto A. ha affermato che l'orientamento adottato dalla giurisprudenza di legittimità deve ormai considerarsi *diritto vivente*⁽¹³⁸⁾.

La tesi della surrogazione ha certo il fascino che le deriva dal saper offrire una descrizione unitaria e, in certa misura, armonica della fattispecie, di cui sono invece prive le costruzioni che, più realisticamente, riconoscono nella fattispecie un acquisto derivativo dal retrattato, ma che non riescono allora a dare una compiuta prospettiva con-

che dette origine all'acquisto l'estraneo alla successione, senza richiedere alcuna collaborazione o prestazione da parte dell'acquirente (salva la consegna del bene). Non vi è risoluzione del primo contratto, pertanto, ma il mantenimento di esso, con la sostituzione all'acquirente estraneo del coerede (o dei coeredi) come nel caso di prelazione; non vi è l'obbligo di ritrasferimento dall'acquirente retrattato al retraente, perché altrimenti l'acquisto non sarebbe dal coerede al coerede: il trasferimento a questo si attua in forza dell'originario contratto. Non sembra dubbio, pertanto, che questa struttura del retratto, conforme alla dottrina prevalente in Francia (almeno per quel che concerne i rapporti tra retraente e coerede) e alla lettera del codice spagnolo — ai quali si è ispirato il legislatore italiano [...] ».

⁽¹³⁵⁾ Si tratta, anche in questo caso, di concezione ormai consolidata nella giurisprudenza: in materia di riscatto di fondi rustici la tesi della surrogazione è riaffermata già dalla prima pronuncia della S.C. in materia, cioè Cass. 15 ottobre 1970, n. 2039, in *F. it.*, 1970, I, c. 2706, che richiama i precedenti in materia successoria ed enfiteutica, e così poi, *ex multis*, Cass., sez. un., 21 giugno 1984, n. 3654, in *F. it.*, 1984, I, c. 2763; in tema di immobili urbani, v. Cass. 6 febbraio 1987, n. 1212; per ciò che riguarda il retratto successorio v. Cass. 1° agosto 1955, n. 2485, in *F. it.*, 1955, I, 1138; Cass. 16 marzo 1984, n. 1809, in *G. it.*, 1985, I, 1, c. 512.

⁽¹³⁶⁾ V. Cass., sez. un., 16 ottobre 1976, n. 3498, in *F. it.*, 1976, I, c. 2586, che sulla teoria della surrogazione avanza « qualche riserva », che in realtà conduce i giudici a negare del tutto validità alla configurazione in parola e a ricondurre la fattispecie acquisitiva nell'ambito dei trasferimenti coattivi, senza tuttavia riuscire a dare a tale prospettiva una concreta consistenza teorica: causa certo non ultima del suo insuccesso, malgrado l'autorevolezza dell'organo giudicante e pur nell'evidenza delle critiche mosse alla concezione usuale.

⁽¹³⁷⁾ Per ricordare solo alcuni autori, cfr. ANDREOLI, *Il retratto successorio*, cit., p. 33; VENERI, *Della prelazione tra coeredi*, cit., p. 89; PIRAS, *Successioni per causa di morte*, Parte generale, *Successione necessaria*, in *Tratt. Grosso e Santoro-Passarelli*, II, Milano 1965, p. 152; TRIFONE, *Enfiteusi*, in *Comm. Scialoja-Branca*, III, sub artt. 957-1026, Bologna-Roma 1961, p. 80; MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, 9ª ed., VI, Milano 1962, p. 583; ma BURDESE, *La divisione*, cit., p. 63, pur senza approfondire la questione, fa riferimento a una sorta di surrogazione soggettiva, che fa subentrare il retraente (non già nel contratto *ir-requisito domino*, bensì senz'altro) nella titolarità della quota alienata, mentre FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 280, identificano l'effetto del riscatto come « acquisto *ex lege* provocato dalla conforme volontà del coerede che esercita il retratto ». Qualifica quella della sostituzione come « formula [...] priva di un reale contenuto » CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., p. 16.

⁽¹³⁸⁾ G. GABRIELLI, *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge e pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio*, in *R. d. civ.*, 2004, I, p. 605 ss., *ivi* alla p. 699.

cettuale dell'inopponibilità al riscattante dei diritti costituiti dal riscattato a favore dei terzi (compresa l'eventuale ipoteca legale a garanzia del pagamento del prezzo).

Si deve tuttavia considerare che la soluzione dell'inopponibilità al riscattante di diritti di terzi non ha bisogno di quella *fictio* , perché trova immediato fondamento nella previsione, comune a tutte le fattispecie, di esercitabilità del riscatto anche nei confronti del *successivo avente causa* , il cui diritto quindi, testualmente, a sua volta senz'altro cede davanti al riscatto e ciò alle condizioni derivanti dalla *prima* cessione. Pure quindi in assenza di una specifica previsione normativa, è agevole riconoscere che se cede l'acquisto della proprietà, a maggior ragione cederanno al riscatto i diritti reali minori, così come pure quelli personali, che siano stati costituiti successivamente alla vendita *irrequisito domino* : corrispondentemente in questo alla caratteristica funzionale del riscatto, di consentire l'acquisto del bene non solo *alle* condizioni, ma anche *nelle* condizioni giuridiche in cui questo era stato dedotto nel contratto *irrequisito domino* , al cui contenuto si conforma quello del diritto del prelazionante/riscattante ⁽¹³⁹⁾.

La tesi della surrogazione, come in genere ogni finzione di cui si perda la consapevolezza, può d'altro canto originare confusione e soluzioni incerte e così intanto nell'ipotesi in cui si prospetti una simulazione assoluta del contratto *irrequisito domino* , poiché si potrebbe sostenere che al riscattante, ormai parte in quanto surrogatosi nel contratto di cessione del bene, l'alienante potrebbe opporre la mera apparenza del suo acquisto, ovvero condizioni contrattuali diverse da quelle risultanti dal contratto simulato ⁽¹⁴⁰⁾ (ciò che invece gli sarebbe sicuramente rimasto precluso qualora avesse effettuata la prescritta *denunciatio*) ⁽¹⁴¹⁾. Analoghe situazioni potrebbero verificarsi nell'ipotesi di vizi del contratto, che diverrebbero opponibili al riscattante anche quando non lo sarebbero nei riguardi di un successivo avente causa ⁽¹⁴²⁾, o addirittura nel caso

⁽¹³⁹⁾ In questo senso anche CARPINO, *L'acquisto coattivo* , cit., p. 146 s.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. Cass. 16 marzo 1984, n. 1809, in *G. it.* , 1985, I, 1, c. 512, per la quale il coerede retraente, esercitando un diritto di riscatto che implica una sostituzione con effetti *ex tunc* nella posizione del retratto, non è qualificabile come avente causa da quest'ultimo e quindi non può invocare l'inopponibilità della simulazione prevista dall'art. 1415, comma 1°, c.c., a favore di chi abbia in buona fede acquistato diritti dal titolare apparente; similmente Cass. 13 ottobre 1980, n. 5490. In senso contrario, v. Cass. 24 marzo 1984, n. 1961, che nega all'acquirente la possibilità di addurre come causa di negazione del diritto al retratto la simulazione del contratto *irrequisito domino* ; in tale ultimo senso v. anche Cass. 3 settembre 1987, n. 7191. Sulla questione cfr. anche BIANCA, *Il contratto* , cit., p. 667, nota 296, che considera il retraente terzo avente causa, ai sensi del comma 1° dell'art. 1415.

⁽¹⁴¹⁾ Ciò è stato puntualmente avvertito da Cass., sez. un., 15 luglio 1991, n. 7838: « Come, a fronte dell'esercizio del diritto di prelazione, al venditore non giova provare di avere indicato nel preliminare un prezzo inferiore a quello effettivo, così a fronte dell'esercizio del diritto di retratto al terzo acquirente non è dato provare di avere corrisposto un prezzo superiore a quello espresso nel contratto di compravendita trascritto ».

⁽¹⁴²⁾ Cass. 20 settembre 1957, n. 3508, in *Giust. civ.* , 1957, I, 1863 ritenne che, per effetto della surrogazione nel contratto, la rescissione del contratto di cessione della quota ereditaria sia opponibile anche al coerede riscattante e ciò — del tutto coerentemente con la tesi in parola — anche qualora la domanda di rescissione non sia stata trascritta anteriormente a quella di retratto (e quindi con soluzione opposta a quella dell'art. 1452 c.c.).

di risoluzione per inadempimento dell'acquirente, dove al riscattante (che da parte sua è anzi indiscriminatamente tenuto a rimborsare il prezzo al riscattato, senza possibilità di sindacato in ordine all'adempimento da parte di quest'ultimo)⁽¹⁴³⁾, non essendo terzo, non gioverebbe la stessa regola dell'art. 1458, comma 2°, c.c.

In tutti questi casi, si originerebbero delle discrasie con la situazione che si sarebbe invece determinata qualora fosse stata compiuta la *denuntiatio*, che verrebbero ad intaccare la stessa prospettiva funzionale del riscatto in ordine alla sua equivalenza alla prelazione quanto ai risultati conseguibili con il suo esercizio.

Potenzialmente, dunque, addirittura fuorviante, non può allora alla fine non stupire la pervicacia con cui dalla giurisprudenza e anche da gran parte della dottrina la tesi della surrogazione viene costantemente riaffermata come dotata di effettività giuridica, malgrado sia agevole avvertire che l'idea stessa di una surrogazione, per di più retroattiva, in un contratto che ha (potenzialmente) esaurito i suoi effetti (di regola con lo stesso pagamento del prezzo) non trova riscontro in alcun'altra fattispecie⁽¹⁴⁴⁾.

Ancor più singolarmente, la surrogazione dovrebbe operare con effetto limitato al

⁽¹⁴³⁾ V. *infra*, fra poche righe.

⁽¹⁴⁴⁾ Non ci sembra infatti condivisibile l'accostamento che è stato effettuato da G. GABRIELLI, *Diritti di riscatto*, cit., p. 701, tra la fenomenologia del riscatto e quella del contratto per persona da nominare, sulla base della previsione normativa che « la persona da nominare acquista i diritti [...] derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questo fu stipulato » (art. 1404 c.c.), ciò che configurerebbe, appunto, « un caso di sostituzione retroattiva, com'è, secondo il diritto vivente, quello dei riscatti *ex lege* ». Con ciò contrastano le radicali differenze strutturali e funzionali fra le due fattispecie, in quanto nell'ipotesi dell'art. 1401 si configura un diritto potestativo a favore della parte contrattuale (la cessionaria, nell'ipotesi di contratto traslativo) che si è riservata la facoltà di nominare il terzo, nel contesto di un istituto sostanzialmente riconducibile a un fenomeno (*lato sensu*) rappresentativo (cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 130 s.), mentre nel riscatto si ha l'iniziativa di un terzo, che fa valere un proprio diritto contrario all'acquisto della parte cessionaria. D'altro canto non può neppure riconoscersi la possibilità di una nomina del terzo attuata in un momento in cui il contratto oggetto della riserva abbia già esaurito i suoi effetti (e infatti l'art. 1404 c.c. espressamente parla anche di « assunzione di obblighi »), come di regola invece avviene per il riscatto. Considerazioni in parte analoghe dovrebbero svolgersi anche avverso una possibile assimilazione del riscatto alla cessione del contratto, che trova ampio seguito nella dottrina francese per la prelazione in generale (cfr. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, cit., p. 108 ss.); si deve tuttavia al riguardo tenere presente la diversa configurazione del diritto di prelazione nell'ordinamento francese, che ha fatto seguito alla cancellazione nel *code civil* del retratto e che è ora strutturato sulla nullità della cessione in violazione del diritto prelazionale, con azione soggetta a un termine prescrizionale quinquennale, e che solo per alcune ipotesi e con discipline variegata prevede l'ulteriore possibilità per il preferendo, in caso di violazione della prelazione, di divenire *acquéreur aux lieu et place du tiers, aux conditions communiquées* (così nel *Code rural*, art. L. 412-10, e ciò per effetto di decisione del *Tribunal paritaire*, a seguito dell'annullamento della vendita — v. anche *supra*, nota 23). Nel diritto italiano, con tale configurazione contrasterebbe la regola, posta dall'espressa disposizione dell'art. 1406 c.c., che la cessione presuppone, come requisito funzionale della fattispecie, che le prestazioni contrattuali non siano ancora state eseguite. Contemporaneamente, come subito vedremo, sono assenti nel riscatto le conseguenze proprie della cessione e così la liberazione del cedente verso il contraente ceduto (art. 1408 c.c.), mentre il riscattato rimane obbligato verso l'alienante per adempimenti non ancora effettuati, né si instaurano rapporti tra riscattante ed alienante, diversamente da quanto previsto dall'art. 1409 tra cessionario e contraente ceduto, né il riscattato assume obblighi di garanzia verso il riscattante (diversamente quindi da quanto previsto dall'art. 1410).

trasferimento del diritto attuato dal contratto *irrequisito domino*, per modo che cambia (retroattivamente) il soggetto in capo al quale l'acquisto si produce, ma mentre questo avviene gli altri effetti del contratto permangono invece immutati in capo al riscattato, il quale infatti, a dispetto della delineata retroattività degli effetti del riscatto, non solo non può ripetere dal venditore il prezzo ormai senza titolo pagatogli⁽¹⁴⁵⁾, ma, qualora non avesse ancora adempiuto, rimane addirittura obbligato a pagare detto prezzo. Corrispondentemente, tra alienante e riscattante non si instaura mai e per nessun profilo alcun rapporto⁽¹⁴⁶⁾, neppure l'obbligo di pagare il prezzo qualora l'acquirente riscattato non avesse già adempiuto e infatti il riscattante è tenuto a corrispondere il prezzo della compravendita *irrequisito domino* senz'altro al riscattato, a prescindere totalmente dalla considerazione se quest'ultimo abbia a sua volta adempiuto, oppure no, ai suoi obblighi nei confronti del suo dante causa; tale regola, invero non formulata nell'art. 732 c.c., è sancita nelle discipline delle prelazioni agraria e urbana⁽¹⁴⁷⁾, che prevedono dei termini di pagamento al riscattato dipendenti unicamente dalla posizione assunta in giudizio dal riscattato (o dal successivo avente causa), ovvero da un suo espresso riconoscimento del diritto del riscattante⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Da ultimo, Cass. 15 febbraio 2007, n. 3465 (in tema di prelazione agraria), che riconosce al riscattato il diritto di conseguire dall'alienante il risarcimento dei danni per evizione, ma non anche la restituzione del prezzo, dato che questo deve essergli in ogni caso corrisposto dal riscattante quale condizione di efficacia del riscatto stesso. La soluzione nel senso che il prezzo deve essere rimborsato dal retraente al retrattato si rinviene nei classici (cfr. già R.-J. POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 281 ss., p. 60, che per il caso però che il prezzo non fosse stato ancora dall'acquirente corrisposto all'alienante prospetta varie alternative, fra le quali la possibilità per il retraente di direttamente corrispondere il prezzo dovuto all'alienante — n. 297, p. 63). Le giustificazioni del versamento del prezzo al retrattato erano giustificate con gli argomenti che si rinvenivano ripresi da ANDREOLI, *Il retratto successorio*, cit., p. 54 s., che valorizza ragioni di praticità funzionale dell'istituto (ma in questo senz'altro assumendo che il retraente abbia già versato il prezzo della quota al coerede alienante) e così sostenendo che per l'agilità e la speditezza stessa del meccanismo negoziale, è logico ed opportuno che il retraente all'atto in cui esclude il retrattato dal suo contratto di acquisto e dalla titolarità della quota, direttamente provveda a rimborsare il retrattato stesso del prezzo anzidetto, concentrando in una sola diretta operazione di rimborso (dal retraente al retrattato) quelli che idealmente dovrebbero considerarsi come due pagamenti e cioè un primo pagamento del prezzo dal retraente al coerede alienante (perché il retraente si presume *ab origine* come diretto acquirente della quota dal coerede) e un secondo pagamento dal coerede al retrattato (perché quest'ultimo, estromesso retroattivamente dal contratto di acquisto, ha diritto al rimborso del prezzo intanto versato al coerede che altrimenti realizzerebbe un ingiustificato arricchimento); questa inutile e ingombrante duplicità di pagamenti viene — per l'A. — opportunamente esclusa in virtù di una sola operazione di rimborso (dal retraente al retrattato), per intuitive esigenze di snellezza ed agilità del congegno negoziale.

⁽¹⁴⁶⁾ In giurisprudenza, fra le più recenti, v. Cass. 27 marzo 2007, n. 7501, che esclude anche che l'alienante sia litisconsorte necessario, in quanto l'azione del conduttore, di natura reale, è rivolta solo contro l'acquirente, con la conseguenza che la sfera giuridica del venditore resta estranea agli effetti reali scaturenti dalla sentenza; conf. Cass. 31 luglio 2006, n. 17433.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. l'art. un. della l. 8 gennaio 1979, n. 2, per la prelazione agraria, e l'art. 39 della l. n. 392/78 per la fattispecie urbana.

⁽¹⁴⁸⁾ Nella fattispecie agraria il pagamento costituisce anzi oggetto di un onere decadenziale (art. 8, comma 8°, l. n. 590/65).

Ma la stessa capacità descrittiva della tesi della surrogazione è invalidata, nelle ipotesi prelazionali moderne, dalla possibilità (frequentemente prospettantesi) di una divergenza sia tipologica, sia contenutistica, fra il contratto concluso dall'alienante con il terzo e l'acquisto con il riscatto. Mentre infatti nelle ipotesi tradizionali, in particolare del retratto successorio, il coerede veniva (e viene) necessariamente ad acquistare la quota ceduta all'estraneo ⁽¹⁴⁹⁾, anzitutto nella prelazione agraria è invece non raro il caso (in una particolare ipotesi anzi normativamente previsto) ⁽¹⁵⁰⁾ che il terzo acquisti un'estensione fondiaria maggiore di quella su cui grava il diritto di prelazione e il riscatto concerne allora solo una parte dell'oggetto del contratto *irrequisito domino*, così che il contratto di compravendita rimane operante nei confronti dell'acquirente per la restante parte del fondo. D'altro canto la prelazione può concernere (nell'ipotesi preferenziale urbana) ⁽¹⁵¹⁾ contratti diversi dalla compravendita e così una permuta, ma sia in sede di prelazione, sia nel riscatto, il preferito deve corrispondere invece una somma di denaro. È evidente come tutto ciò non possa trovare plausibile rappresentazione nella tesi della surrogazione.

Quando poi si venga a considerare l'ipotesi, invero marginale dal profilo della sua pratica ricorrenza, ma che è oggetto di costante disciplina nelle varie norme sul riscatto, dell'esercizio del riscatto nei riguardi del successivo avente causa, la tesi della surrogazione nel contratto evidenzia la sua totale incapacità ad anche solo configurare l'effettiva operatività del riscatto. Ricordiamo così anzitutto che, come invero immediatamente consegue dalla stessa funzione ripristinatoria della violata prelazione riconosciuta al riscatto, anche nel caso di esercizio del riscatto nei riguardi del subacquirente le condizioni a cui il riscattante è legato sono quelle del non realizzato acquisto in prelazione, vale a dire quelle della (prima) vendita *irrequisito domino* ⁽¹⁵²⁾. D'altro canto il successivo avente causa soggiace alla pretesa del riscattante non a causa del proprio negozio di acquisto, che di per sé in ipotesi potrebbe anche non essere soggetto a prelazione (per es.: donazione), ma per la vicenda anteriore.

Ciò esclude senz'altro che si possa configurare una surrogazione nel contratto in cui è parte il riscattato e infatti si specifica che l'esercizio del retratto nei confronti del successivo avente causa produce pur sempre la surrogazione del retraente nel primo contratto, quello cioè tra l'originario alienante e il primo acquirente, mentre gli acqui-

⁽¹⁴⁹⁾ Escludendosi espressamente la possibilità di un acquisto parziale: cfr. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato*, cit., n. 2616, p. 160.

⁽¹⁵⁰⁾ L'art. 7, comma 3°, l. n. 817/71, per l'ipotesi di vendita di un fondo concesso in locazione a una pluralità di coltivatori dispone che ciascun conduttore può esercitare la prelazione anche per il solo fondo coltivato.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. l'art. 38, l. n. 392/78.

⁽¹⁵²⁾ L'evidente regola trova conferma nell'espressa previsione, che si rinviene nelle fattispecie agraria ed urbana (cfr. l'art. 8, comma 5°, della l. n. 590/65 e l'art. 38 della l. n. 392/78) dell'esperibilità del riscatto — e ciò quindi anche nei riguardi dei subacquirenti — come conseguenza dell'indicazione nell'offerta in prelazione di un prezzo superiore a quello del contratto di cessione (al primo acquirente), all'evidente fine di garantire appunto l'acquisto a tale ultimo prezzo.

sti successivi verrebbero risolti retroattivamente, per l'avverarsi della condizione risolutiva insita *ab origine* negli stessi e costituita appunto dall'esercizio del retratto⁽¹⁵³⁾.

Già la regola dell'esercizio del riscatto nei riguardi del successivo acquirente mal si concilia però con l'assunto della risoluzione del contratto di acquisto di costui, ma poi nessuna alchimia logica può giustificare la rappresentazione di una sostituzione del riscattante in un contratto — quello tra originario alienante e primo acquirente — i cui soggetti rimangono entrambi del tutto estranei alla fattispecie acquisitiva negoziale, cioè la dichiarazione di esercizio del diritto rivolta al solo subacquirente⁽¹⁵⁴⁾.

Non varrebbe d'altro canto replicare, come pure è stato affermato⁽¹⁵⁵⁾, che il riscattante assume unicamente la veste di cessionario dei diritti e non già anche la specifica posizione contrattuale del riscattato, primo o successivo acquirente (le cui obbligazioni infatti non cessano per effetto del riscatto): ne deriverebbe infatti una frantumazione del contratto del tutto artificiosa, a cui si contrappone allora l'evidenza di un trasferimento del diritto dal (sub)acquirente riscattato al riscattante.

(153) Nell'ipotesi dell'ulteriore cessione del bene (l'eredità nelle trattazioni su retratto successorio) prima dell'esercizio del retratto, la dottrina tradizionale specifica che l'azione va diretta contro l'ultimo cessionario, ma il retraente acquista i diritti sempre dal primo cedente e « i diritti reali costituiti dal retrattato svaniscono » (BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Trattato*, cit., n. 2633, p. 174 e n. 2670, p. 194); già POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 17, p. 4 s., (definendo il retratto quale *action personnelle réelle*) chiariva la fattispecie in termini assolutamente realistici: « *La propriété de cet héritage ne lui est transférée que sous la charge du retrait, et il ne peut par conséquent le transférer à d'autres que sous cette charge, suivant cette règle: Nemo plus iuris in alienum transferre potest quam ipse haberet; L. 54, ff. de Reg. J. C'est pourquoi cette action, tant que le temps du retrait dure, peut être intentée par les lignagers, non seulement contre celui qui a acheté de leur parent, mais contre ceux à qui l'héritage a pu passer depuis, et qui s'en trouvent en possession* ». E v. ancora con riferimento al pagamento del prezzo (POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 342, p. 71): « *Si j'ai vendu l'héritage sujet au retrait à Pierre, pour un prix plus fort que celui pour lequel je l'avais acheté, putà, si je le lui ai vendu 10,000 liv., quoique je ne l'eusse acheté que 8,000 liv.; Pierre, qui ne recevra du retrayant que 8,000 liv., aura-t-il droit de répéter de moi les 2,000 liv. qu'il m'a payées de plus? Oui; il a à cet effet l'action qu'on appelle Conductio sine causa; l'acquisition, que j'avais faite de l'héritage que je lui ai vendu, ayant été détruite en ma personne, et transférée en celle du retrayant, la vente, que je lui en avais faite, est détruite, n'ayant pas eu le droit de le lui vendre, et par conséquent je ne puis pas en retenir le prix* ».

(154) La tesi che dall'esercizio del retratto nei riguardi del subacquirente consegua una surrogazione del riscattante nel primo contratto è stata ripresa da ANDREOLI, *Il retratto successorio*, cit., p. 43, il quale — fermo restando il principio che il retraente non possa essere vincolato che alle condizioni originariamente spettantigli per l'acquisto in prelazione — nel caso di retratto esperito nei confronti di un successivo avente causa ritiene di giustificare il rimborso del prezzo al retrattato nell'ammontare originario sulla base dell'assunto che l'esercizio del retratto nei confronti del successivo avente causa produce pur sempre la surrogazione del retraente nel primo contratto, quello cioè tra l'originario alienante e il primo acquirente, mentre verrebbero risolti retroattivamente gli acquisti successivi, per l'avverarsi della condizione risolutiva insita *ab origine* negli stessi e costituita appunto dall'esercizio del retratto. Da ciò conseguirebbe che sarebbe già implicito nell'acquisto di ciascun successivo avente causa non solo l'assoggettabilità al retratto, ma anche lo stesso limite del conseguimento dal retraente del prezzo del primo acquisto e non già di quello, eventualmente diverso, che il successivo avente causa retrattato abbia versato al suo dante causa immediato.

(155) Già AUBRY et RAU, *Droit civil français*, V, 6^a ed., Paris 1952, p. 181 s., pur accogliendo la teoria della sostituzione, affermava che il retraente subentra al retrattato unicamente nei diritti e non già anche negli obblighi.

In definitiva, la ricostruzione in termini di sostituzione soggettiva rappresenta una non più negabile superfetazione concettuale e la sua indefessa riproposizione quindi altro non è che una *pervicace fallacia*.

8. — Non possiamo chiudere queste annotazioni, invero un po' sparse, senza offrire una prospettiva di ricostruzione in positivo della fattispecie, che certo non ha la pretesa di rappresentare una « teoria » della prelazione con riscatto — ben altro capitolo si dovrebbe probabilmente a tale fine aprire — ma unicamente costituire il punto d'arrivo delle considerazioni che abbiamo finora svolto e delle conclusioni a cui siamo pervenuti.

Partiamo a tale fine dalla valorizzazione delle due proposizioni, già sopra considerate, del diritto di prelazione che *sorge* per effetto della *denuntiatio* e del riscatto che *sorge* in conseguenza della vendita *irrequisito domino*.

Quanto al primo enunciato — che la prelazione *sorge* per effetto della *denuntiatio* ⁽¹⁵⁶⁾ — questo, impossibile nella prospettiva teorica di un rapporto obbligatorio del quale la *denuntiatio* medesima possa dirsi adempimento, non trova invece più impedimento a seguito della conclusione accolta, che la *denuntiatio* rappresenta un *onere* (in questo senso dovendosi dunque intendere la « doverosità » della medesima, espressa nelle varie norme con la ricorrente forma verbale « deve »), la cui funzione fondamentale è consentire la definizione della vicenda prelazionale in un momento anteriore alla vendita al terzo.

⁽¹⁵⁶⁾ Anteriormente alla *denuntiatio* si potrebbe solo configurare un'aspettativa, che tale però sarebbe di mero fatto, a ragione dell'incondizionata libertà che il titolare del bene oggetto di preferenza conserva, non solo sul piano negoziale, ma anche con riferimento alla stessa consistenza del bene, che può trasformare e anche — per quanto e nei limiti in cui sia di fatto configurabile — distruggere. Nel senso dell'aspettativa, con riferimento all'art. 732, cristallinamente, BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 63; così ancora, per la prelazione volontaria, Cass. 22 luglio 1993, n. 8199, nonché SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 355, che ricollega però tale facoltà alla sola configurazione dell'obbligo a preferire in termini negativi. Nella dottrina tedesca, con riferimento al *dingliches Vorkaufsrecht*, si identifica in termini di *Anwartschaft* la posizione del promissario nel periodo anteriore alla definizione del regolamento contrattuale diretto al terzo: così già O.F. v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, cit., p. 772 s.; CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 3, *Rechte an Sachen und an Rechten*, Tübingen 1905, p. 571; ma così ancora ESSER, *Schuldrecht*, 3. Aufl., Karlsruhe 1969, II, p. 78, che però successivamente in ESSER-WEYERS, *Schuldrecht*, Bd. II, *Besonderer Teil*, 6. Aufl., Heidelberg 1984, p. 105 nega tale qualificazione. In senso contrario è però oggi l'interpretazione prevalente (H.P. WESTERMANN, *Vorkaufsrecht*, cit., p. 1500, osserva che « *die Annahme einer dinglichen Anwartschaft stösst auf das Bedenken, dass schon das Vorkaufsrecht als solches ein perfektes dingliches Recht darstellt* »); invece SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht*, cit., p. 105, e MAYER-MALY, *Vorbem. zu § 1094*, in *Staudingers Kommentar*, cit., 12. Aufl., 3. Buch, *Sachenrecht* (§§ 1018 — 1296), Berlin, 1981, p. 371, distinguono tra *dingliche* e *schuldrechtliche Anwartschaft* e riconoscono la riconducibilità alla seconda tipologia della prelazione sia reale, sia meramente obbligatoria, in quanto il loro effetto è unicamente il sorgere di un diritto obbligatorio al trasferimento (*Übertragung*) della proprietà (così anche MADER, *Vorkaufsrecht*, p. 761). Tali considerazioni non sono tuttavia riferibili alle fattispecie italiane di prelazione con riscatto, poiché è in queste ultime assente proprio quell'intervallo temporale tra il sorgere del vincolo e la realizzazione della fattispecie prelazionale, qualificato come *Anwartschaft*, che è invece proprio del *dingliches Vorkaufsrecht*, per il fatto dell'essere quest'ultimo di fonte convenzionale (cfr. *infra*).

Chiedendoci allora che cos'altro ancora quei due fatti — *denuntiatio* e vendita *irrequisito domino* — possano avere in comune, osserviamo che ciò è immediatamente identificabile nella funzione da loro svolta, di rendere conoscibili non solo, e non tanto, la determinazione del soggetto passivo a mettere in atto la fattispecie negoziale alla quale il diritto preferenziale è subordinato, quanto gli stessi termini oggettivi della vicenda oggetto di preferenza, così come questa è stata definita dall'alienante nella prospettiva della vicenda di per sé programmata per realizzarsi con un soggetto terzo: per l'ordinaria *relatio* intercorrente tra questa vicenda e il contenuto del diritto di prelazione sulla base della regola della parità di condizioni, questi rappresentano infatti anche le stesse condizioni alle quali l'acquisto preferenziale può essere realizzato. Attraverso la *denuntiatio*, ovvero la vendita *irrequisito domino*, lo stesso diritto preferenziale acquista pertanto la sua determinazione contenutistica, e ciò sia, anzitutto, per quanto concerne il suo oggetto, sia per le condizioni a cui il diritto può essere esercitato ⁽¹⁵⁷⁾. In definitiva, se il diritto di prelazione « sorge » per effetto, alternativamente, della *denuntiatio* o della vendita *irrequisito domino*, ciò avviene, e non può avvenire, che immediatamente per effetto di tale concretizzazione ⁽¹⁵⁸⁾.

Sia la *denuntiatio* che la vendita *irrequisito domino* costituiscono pertanto la premessa per un risultato analogo, cioè la possibilità per il preferito di acquisire il bene oggetto di preferenza attraverso la dichiarazione negoziale di esercizio del diritto.

Se poi si voglia evidenziare anche che la vicenda può avere uno sviluppo diverso, qualora il titolare del diritto ometta di esercitarlo nel termine a tale fine previsto, così determinandone l'estinzione per decadenza ⁽¹⁵⁹⁾, basti osservare che anche quest'esito si determina di nuovo in modo del tutto analogo sia per il caso in cui vi sia stata *denuntiatio*, sia in quello in cui il diritto sia sorto immediatamente per la vendita *irrequisito domino*, confermandosi anche così la corrispondenza tra le due vicende.

La nostra attenzione deve a questo punto focalizzarsi sulle modalità e caratteristiche dell'esercizio del diritto.

Iniziando dal riscatto (le ragioni dell'inversione si intuiranno nel prosieguo), è unanime il riconoscimento della sua natura di dichiarazione negoziale, unilaterale e potestativa, che produce il suo effetto immediatamente, conducendo all'acquisto della

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, al § 3.

⁽¹⁵⁸⁾ Ciò rappresenta, possiamo incidentalmente osservare, una prima, profonda diversificazione da quanto avviene nella prelazione convenzionale, caratterizzata da una scissione temporale fra il momento in cui il vincolo sorge e quello in cui l'acquisto preferenziale diviene concretamente realizzabile, così configurandosi quella specifica prestazione di preferire (nei termini e con i contenuti sopra ricordati), che abbiamo già concluso essere invece improponibile per la prelazione con riscatto.

⁽¹⁵⁹⁾ Tale alternativo sviluppo della vicenda corrisponde alla tradizionale affermazione che, nella prelazione, l'interesse del preferito non è senz'altro quello di acquistare, bensì quello di esercitare un potere di controllo sulla vicenda negoziale oggetto di preferenza, così che anche nel caso di mancato esercizio del diritto trova realizzazione lo specifico interesse da questo tutelato; si potrebbe anzi, in una prospettiva più ampia e maggiormente in grado di ricomprendere la poliedricità delle varie fattispecie, semplicemente dire che gli offre la possibilità, presentandosene l'occasione, di acquistare, se così vuole.

titolarità del bene (ovvero quota ereditaria) che ne è oggetto ⁽¹⁶⁰⁾ (talché l'eventuale sentenza che definisca il contenzioso sorto a seguito dell'esercizio del diritto ha, corrispondentemente, efficacia di mero accertamento) ⁽¹⁶¹⁾.

Accantonata definitivamente l'idea della sostituzione soggettiva nel contratto, secondo i risultati a cui siamo sopra pervenuti, non rimane che riconoscere che l'effetto acquisitivo, diversamente da quanto, ad esempio, si verifica per un diritto di opzione (nonché di quanto avviene nel sistema tedesco del *Vorkaufsrecht*, sia nella fattispecie obbligatoria che in quella reale) ⁽¹⁶²⁾ non passa attraverso la mediazione del contratto, ma è conseguenza diretta dell'esercizio del diritto potestativo: di un contratto, specificatamente di un *nuovo* ed *autonomo* contratto tra riscattante e riscattato, perfezionato attraverso la dichiarazione di riscatto, non esiste infatti traccia alcuna nelle norme in considerazione, né vi è alcuna necessità di supporlo.

Parallelamente (e a conferma anche di quanto da ultimo specificato), tra l'effetto acquisitivo e il pagamento del prezzo che il riscattante deve al riscattato non intercorre un vincolo sinallagmatico ⁽¹⁶³⁾: nelle fattispecie agraria infatti il versamento del prezzo nei termini previsti costituisce *condicio iuris* per la stessa produzione dell'effetto acquisitivo (art. 8, comma 8°, l. n. 590/65, espressamente ripreso per il riscatto dall'art. unico della l. n. 2/79) ⁽¹⁶⁴⁾, invece in quelle urbana e successoria è obbligazione *ex lege*, tutelabile unicamente con i rimedi propri del vincolo obbligatorio ⁽¹⁶⁵⁾.

La previsione normativa dell'esperibilità del riscatto nei riguardi dell'acquirente e del successivo avente causa, specificatamente la considerazione del fatto che questi è il destinatario della dichiarazione negoziale di riscatto, ci consente d'altro canto di identificare nel medesimo lo stesso legittimato passivo del diritto del preferito ⁽¹⁶⁶⁾, e non

⁽¹⁶⁰⁾ Sulla natura di diritto potestativo ad attuazione negoziale diretta v. già ORLANDO CASCIO, *La struttura*, cit., p. 302 s., ANDREOLI, *Il retratto successorio*, cit., p. 36 s. PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 218 s. G. CIAN, *Le prelezioni a favore del conduttore*, cit., p. 111, coordinando le discipline sul pagamento del prezzo nel riscatto delle discipline delle prelezioni urbana e agraria ipotizza che dall'esercizio del medesimo possa derivare non l'effetto traslativo, bensì un'obbligazione a contrarre, tutelabile con l'art. 2932 c.c.

⁽¹⁶¹⁾ Nella prelezione agraria l'effetto acquisitivo è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo, ma è pur sempre conseguenza diretta della dichiarazione di riscatto.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. § 464, comma 2°, BGB e v. *infra*.

⁽¹⁶³⁾ Giurisprudenza costante: cfr. Cass. 14 aprile 1992, n. 4535; Cass. 4 settembre 1998, n. 8809.

⁽¹⁶⁴⁾ V. anche *supra*, nota 148. Il tentativo, riproposto da CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., p. 132 ss., argomentando anche dalla disposizione dell'art. 1503 c.c., di estendere analogicamente a tutte le fattispecie di riscatto la disciplina dell'efficacia condizionante del pagamento, prevista per la prelezione agraria dal co. 8°, risulta contrasto dalla considerazione che le disposizioni che prevedono cause di decadenza devono ritenersi tassative (così Cass. 1998/8809, cit.).

⁽¹⁶⁵⁾ È regola riconosciuta che nelle ipotesi di riscatto per la prelezione dei coeredi e per quella urbana l'inadempimento dell'obbligazione *ex lege* — esclusa una decadenza dall'acquisto (perché non espressamente prevista) — rimane senza alcuna conseguenza sugli effetti del riscatto e può fondare unicamente il diritto del retrattato all'adempimento coattivo ed al risarcimento del danno *ex art.* 1224 c.c. (cfr. Cass. 21 agosto 1953, n. 2624; Cass. 14 aprile 1992, n. 4535; Cass. 4 settembre 1998, n. 8809).

⁽¹⁶⁶⁾ CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, cit., p. 39, specifica che il retratto si esercita nei

già un terzo il cui diritto soccombe quale mera situazione derivata, per l'inefficacia/inopponibilità del suo acquisto nei riguardi del riscattante, ovvero per un effetto risolutivo del suo titolo di acquisto (quest'ultima prospettiva è quella francese, nelle poche ipotesi, per la sola fattispecie agraria, in cui la prelazione sia opponibile all'acquirente) ⁽¹⁶⁷⁾. Possiamo anzi anticipare come questa esperibilità del riscatto nei riguardi del successivo avente causa rappresenti uno dei tratti più significativi della disciplina italiana della prelazione, che la distingue sia dalla corrispondente fattispecie francese, sia dal *dingliches Vorkaufsrecht* dei §§ 1094 ss. (ovvero del *schuldrechtliches Vorkaufsrecht* dei §§ 463 ss., quando sia stato reso opponibile al terzo attraverso la *Vormerkung*), trovando invece una previsione corrispondente nella fattispecie successoria, al § 2035 BGB ⁽¹⁶⁸⁾.

Se ne può immediatamente dedurre un'*ambulatorietà passiva* quanto all'assoggettamento alla pretesa del riscattante, confermata inoltre dal fatto che anche nei riguardi di un subacquirente il riscatto viene esercitato sempre alle condizioni della prima vendita *irrequisito domino*. Non rimane quindi che riconoscere che il riscatto rappresenta lo strumento negoziale per acquisire la proprietà del bene da chi risulti esserne proprietario nel momento in cui è esercitato e alle medesime condizioni alle quali fin dall'inizio il prelazionante aveva diritto ⁽¹⁶⁹⁾, ed anzi pure — richiamando quanto già considerato in ordine a diritti costituiti a favore di terzi dall'acquirente o dal successivo avente causa — *nelle* condizioni (giuridiche) in cui questo era al momento della vendita *irrequisito domino* ⁽¹⁷⁰⁾.

Spostando a questo punto la nostra attenzione dal riscatto alla fase di prelazione, dobbiamo immediatamente ricordare che, in contrapposizione a una disciplina del riscatto che si rinviene del tutto simile nella varie ipotesi oggetto della nostra indagine, per la prima fase della vicenda il panorama si presenta del tutto frastagliato (e abbiamo già evidenziato a quante incertezze e oscillazioni interpretative ciò abbia dato luogo!), in particolare contrapponendosi una configurazione della *denuntiatio* in termini di proposta contrattuale, che alla fine si è riconosciuta innegabile nella fattispecie agraria (ma generalmente accolta anche per quella successoria), a una invece di atto a

confronti dell'ultimo acquirente, determinando direttamente ed *ex nunc* l'acquisto della proprietà in testa al soggetto attivo del rapporto. Parallelamente poi a quanto già sopra considerato per l'alienante nel caso di esercizio del riscatto (*supra*, nota 103), si deve riconoscere che anche nel caso di riscatto esercitato nei riguardi del sub-acquirente dal profilo processuale unico legittimato passivo all'azione di accertamento dell'acquisto con il riscatto sia quest'ultimo (il primo acquirente potrà solo essere convenuto dal subacquirente con domande di garanzia e risarcitorie).

⁽¹⁶⁷⁾ V. *supra*, alla fine del § 6.

⁽¹⁶⁸⁾ Che prenderemo in considerazione *infra*, nella parte finale.

⁽¹⁶⁹⁾ Già PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 219, dalla qualificazione del diritto di prelazione come diritto potestativo, discende che « questa configurazione renderebbe... superflua una particolare giustificazione del diritto di retratto, il quale non sarebbe che lo stesso diritto prima spettante nei confronti del soggetto passivo della prelazione, e divenuto esercitabile, in conseguenza dell'alienazione effettuata senza la prescritta notificazione, nei confronti del terzo acquirente ».

⁽¹⁷⁰⁾ V. *supra*, all'inizio del § 7.

cui (così nella prelazione urbana) fa seguito una dichiarazione di esercizio del diritto da parte del preferendo, che però, almeno a una prima lettura, non sembrerebbe ancora perfezionare, neppure dal profilo negoziale, la fattispecie acquisitiva, tant'è che (come già *supra* riscontrato) ⁽¹⁷¹⁾ è prevista in un momento successivo la redazione di un contratto (addirittura anche solo preliminare), contestuale al pagamento del prezzo (ma le opinioni, sempre come visto, sono le più diverse).

L'osservanza di tutte le specificità delle singole disposizioni senza dubbio condiziona l'adempimento dell'*onere* e pertanto solo il rispetto di quelle fa decorrere per il titolare della prelazione i termini decadenziali per l'esercizio del diritto, ma la questione che ci dobbiamo porre è se effettivamente si tratti di tipologie irriducibili a un denominatore comune, ovvero se al di sotto delle specificità sia rinvenibile una funzione costante e basilare della *denuntiatio*, che ne consenta l'individuazione di una tipicità sottostante alle differenze, che allora si potrebbero definire solo sovrastrutturali.

Che esista un *nocciolo duro* funzionale, sotteso alle varie configurazioni e ai vari adempimenti, trova invero riscontro nell'effettività giurisprudenziale, che conferma la non essenzialità dell'osservanza delle varie e specifiche modalità, rinvenendosi più volte ribadito che è necessario e sufficiente che la comunicazione sia effettuata in maniera e con mezzi idonei al raggiungimento dello scopo perseguito dalla legge, che è quello di consentire l'eventuale esercizio della prelazione da parte degli aventi diritto, mentre gli altri adempimenti sono posti nell'esclusivo interesse del preferito, così che la manifestazione di volontà di quest'ultimo di volersi avvalere della prelazione, accettando incondizionatamente la proposta, pur rendendosi conto della sua non completa conformità alla norma, ne sana ogni eventuale irregolarità e determina il concreto ed efficace acquisto del diritto ⁽¹⁷²⁾. Vale sottolineare che tale soluzione è ripetuta anche con riferimento alla fattispecie agraria, in cui la *denuntiatio* (come ora unanimemente riconosciuto) assume la funzione di proposta contrattuale, e così anche — ed è questa l'ipotesi più significativa — qualora la comunicazione sia stata effettuata con la mera spedizione da parte dell'alienante (certificata dall'indicazione del mittente nella busta della racc. a.r.) del contratto preliminare stipulato con il terzo, senza cioè l'espressa formulazione di un'offerta contrattuale, mancanza che, trattandosi di negozio formale, non potrebbe essere in alcun modo rimediata ⁽¹⁷³⁾ (a rigore quindi, in un prospettiva contrattualistica, tutte le vicende così concretamente realizzatesi dovrebbero ritenersi radicalmente nulle).

Le considerazioni così svolte non possono tuttavia considerarsi esaustive (e le soluzioni dei casi ora ricordati ben potrebbero venire contestate) e rimane così ancora aperta la domanda se non si debba riconoscere che, nella fase di realizzazione, l'acqui-

⁽¹⁷¹⁾ Al § 2.

⁽¹⁷²⁾ Cass. 21 marzo 1995 n. 3241; Cass. 2 marzo 1994, n. 2039; Cass. 7 giugno 1995, n. 6370. Sulla problematica della *denuntiatio* irregolare v. anche FURGIUELE, *Contributo*, cit., p. 72 ss.

⁽¹⁷³⁾ Così, in contesti diversi, Cass. 26 giugno 1980, n. 4017; Cass. 2 dicembre 1986, n. 7114; Cass., 21 marzo 1995, n. 3241.

sto del diritto da parte del prelazionario richiede *necessariamente* la formazione di un contratto, la cui presenza all'art. 8, l. n. 590/65 è testimoniata dall'univoca prescrizione della formazione di un proposta contrattuale rivolta al preferito (ed analoga lettura viene correntemente data anche alla corrispondente disposizione dell'art. 732), mentre nella prelazione urbana, come già visto, è espressamente previsto che all'esercizio del diritto faccia seguito la redazione, in contemporanea al pagamento, di un contratto di compravendita ovvero di un preliminare. È vero per altro verso che l'interpretazione prevalente di tale ultima fattispecie è nel senso della realizzazione dello stesso acquisto in prelazione in via potestativa, riconoscendosi ai contratti colà previsti valenza meramente riprodottriva di un acquisto già perfezionatosi ⁽¹⁷⁴⁾, così che tale diversa prospettiva quantomeno per un'ipotesi troverebbe immediato riscontro normativo, ma si tratta di soluzione non ancora definitivamente acquisita.

La risposta al quesito prende le mosse dalla precisazione che la conclusione a cui siamo pervenuti (*supra*, al § 5) in ordine alla negazione della configurabilità nella fase di prelazione di un vincolo obbligatorio avente per oggetto la *denuntiatio* (comunque la si voglia configurare) non può non valere anche nella più limitata prospettiva di un'obbligazione a contrarre che faccia seguito a una *denuntiatio* con valore meramente comunicativo e alla dichiarazione del preferito di volersi valere del suo diritto (così come anzi prospettato da una delle varie letture della fattispecie urbana), perché ciò riaprirebbe quantomeno la questione dell'inadempimento e della conseguente ed insopprimibile sanzione risarcitoria, la cui esclusione abbiamo ritenuto costituire invece, per le delineate ragioni sostanziali, uno dei cardini della prelazione con riscatto.

Ne consegue che uno sviluppo in termini contrattuali della vicenda prelazionale — alternativo quindi a quello dell'acquisto realizzato in via potestativa senz'altro per effetto della dichiarazione del preferito, successiva alla *denuntiatio* — diviene allora prospettabile unicamente configurandosi una *denuntiatio* essa stessa proposta contrattuale, sempre e necessariamente oggetto di un mero onere, a cui si dovrebbe allora giustapporre la semplice facoltà del preferito di accettarla o meno, mentre un diritto soggettivo in capo a quest'ultimo sorgerebbe solo con la vendita *irrequisito domino*, costituito dal potere acquisitivo di riscatto. In questa alternativa la fattispecie dovrebbe qualificarsi in termini sostanzialmente di retratto, cioè appunto di diritto che sorge solo successivamente alla compravendita, con solo l'anteposizione di una fase caratterizzata in termini di onere, il cui adempimento escluderebbe il riscatto, secondo appunto l'espressa previsione normativa (« In mancanza della notificazione... » e simili), delineandosi allora un'estinzione del diritto prelazionale immediatamente per soddisfazione dell'interesse che è diretto a realizzare (in questo assunto riecheggiando così l'antica formula per cui a ogni retratto è sotteso un diritto di prelazione) ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ V. *supra*, al § 2.

⁽¹⁷⁵⁾ V. *supra*, nota 27. La prospettiva che « l'esclusione del retratto deriva semplicemente da incompatibilità dell'effetto », essendosi l'interesse del preferito realizzato in via di prelazione (alla quale peraltro riconosce natura obbligatoria) si rinviene in CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., p. 39.

È questa una ricostruzione della fattispecie per un verso in grado di sottrarsi alle censure con cui abbiamo ritenuto di respingere le varie tesi sopra esaminate, per altro verso però denotante una certa artificiosità, ma che anzitutto ci sembra inadeguata dal profilo funzionale, poiché la negazione al preferito di un diritto che sorge fin dal momento in cui esso è configurabile, cioè (per quanto più volte specificato) dalla stessa *denuntiatio*, ne indebolisce senz'altro, ed ingiustificatamente, la tutela. Basti pensare che l'alienante, in alcun modo ancora vincolato (se non dall'onere), ben potrebbe, effettuata la *denuntiatio*-proposta contrattuale, (avuto sentore di una possibile, ma non gradita, accettazione da parte dell'oblato) revocarla, per poi eventualmente riproporla a condizioni più svantaggiose per il preferito. Riaprirebbe poi una serie di problematiche ed incertezze discendenti dalla necessità della formulazione della *denuntiatio* negli esatti termini del diritto del preferito, così — solo per qualche esempio — nel caso (che si presenta in termini particolarmente complessi nella fattispecie agraria) in cui l'oggetto del contratto con il terzo non corrisponda esattamente al contenuto del diritto prelazionale (anche in ordine all'individuazione del prezzo per l'acquisto in prelazione), che costringerebbe il titolare della prelazione a una spesso difficile scelta tra l'accettare la proposta contrattuale nei termini in cui è formulata (che non avrebbe poi titolo per contrastare) e il rischio che, una volta invece disattesa la *denuntiatio* medesima perché ritenuta invalida, si veda in sede di riscatto contrapporre una decadenza. Analogamente potrebbe dirsi per l'ipotesi in cui il preferito ritenga che il prezzo (o altre condizioni) indicato nella *denuntiatio* sia artatamente aumentato. Sono, invero, problematiche non nuove, bensì proprie della configurazione contrattuale, ma che nella prospettiva ora in esame, di un diritto del preferito non ancora sorto, sarebbero aggravate dall'incontestabilità *a posteriori* dei risultati conseguiti.

Le esigenze funzionali così evidenziate ci conducono allora a riaffermare che il diritto di prelazione sorge già con la *denuntiatio* e conseguentemente ad accantonare anche la prospettiva ora esaminata, ciò che però — dopo che già avevamo respinto tutte le diverse configurazioni di una realizzazione dell'acquisto in prelazione necessariamente in via contrattuale, perché in un modo o nell'altro indissolubilmente legate a una prospettiva obbligatoria, la cui ammissibilità abbiamo a suo tempo esclusa — comporta il definitivo riconoscimento che alla *denuntiatio* si riconnette senz'altro il sorgere di un diritto a direttamente perfezionare l'acquisto, con natura potestativa⁽¹⁷⁶⁾, con una conclusione che ha così carattere di necessarietà e valenza senz'altro ti-

(176) La natura potestativa del diritto di prelazione era già affermata da CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, p. 21, che richiamava le *Erwerbsberechtigungen* di ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889, Beilage III, e ZITELMAN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig 1898, p. 44 (con riferimento sia al *dingliches* che all'*obligatorisches Vorkaufsrecht* e sia al *Retraksrecht*); adde V. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, 2. Hälfte, Berlin 1957, p. 278, nota 53; così anche PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 215 ss. e SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht*, cit., p. 65 ss. e p. 106 («*das dingliche Vorkaufsrecht [...] ein abstraktes Sachenrecht, das durch Einigung und Eintragung entsteht und allen Regeln für Sachenrechte geborcht. Aus ihm fließt ein Gestaltungsrecht auf einseitige Herbeiführung einer [...] kaufähnlichen*

pologica, al di là quindi delle caratteristiche « sovrastrutturali » delle singole ipotesi prelazionali, alle volte (espressamente, o per corrente interpretazione) prescriventi la formulazione di una proposta contrattuale.

La configurazione potestativa anche della fase di prelazione, con un diritto che sorge già nel momento e per effetto della *denuntiatio*, trova così diretto riscontro con la conclusione a cui siamo sopra pervenuti ⁽¹⁷⁷⁾, che prelazione e riscatto sono due modi di realizzazione del medesimo diritto, solo articolato in due modalità realizzatrici, la cui diversità ormai, a fronte della constatazione della natura sempre potestativa del diritto — per la fase prelazionale con riferimento alla struttura di base, costituente la costante tipica dell'istituto prelazionale — si palesano ridotte a questioni particolari, così in ordine ai termini per l'esercizio e per il pagamento del prezzo, in dipendenza del diverso fatto che vale a dare concretezza contenutistica al diritto e quindi a determinarne il sorgere, cioè la *denuntiatio* ovvero la vendita *irrequisito domino*.

Possiamo a questo punto tracciare un quadro di sintesi.

Si consolida la configurazione — nella sua costante tipica — di un diritto di prelazione quale diritto potestativo che direttamente opera l'effetto acquisitivo e a cui è soggetto chi risulti al momento dell'esercizio titolare del bene, sia esso l'alienante, ovvero l'acquirente, ovvero un successivo avente causa, così manifestandosi quale sua caratteristica specifica quella deambulatorietà passiva, già sopra evidenziata con riferimento al riscatto.

L'esercizio del diritto vale senz'altro a realizzare la situazione giuridica ad esso corrispondente, senza la necessità che la *denuntiatio* a quella si conformi, essendo sufficiente che essa enunci le condizioni contrattuali predisposte per il terzo, alle quali attraverso il sistema della *relatio* si concretizza il contenuto del diritto di prelazione ⁽¹⁷⁸⁾.

Corrispondentemente, l'acquisto di quanto oggetto di preferenza avviene sempre alle medesime condizioni, quelle cioè specificate nella *denuntiatio*, ovvero emerse dalla *relatio* alla vendita *irrequisito domino* ⁽¹⁷⁹⁾, e nella stessa situazione giuridica in cui il

schuldrechtlichen Beziehung zwischen dem Berechtigten [...] und dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks », nonché WILHELM, *Sachenrecht*, cit., n. 2305, p. 851. Per il diritto austriaco, analogamente, cfr. FAISTENBERGER, *Das Vorkaufsrecht*, cit., p. 168 ss., specialm. p. 171.

⁽¹⁷⁷⁾ Alla fine del § 6.

⁽¹⁷⁸⁾ Ciò consente di superare quell'inidoneità funzionale che la giurisprudenza ancora ricollega a una *denuntiatio* non conforme al contenuto del diritto (cfr. ad es. Cass. 22 gennaio 2004, n. 1103, per il caso in cui con la *denuntiatio* erano stati comunicati unicamente i termini della progettata compravendita con il terzo che riguardava un fondo più esteso rispetto a quello per cui competeva la prelazione); il riferimento è ovviamente all'ipotesi in cui il preferito dichiara di esercitare il suo diritto mentre, se ciò non fosse, vale la già richiamata regola che solo l'esatta osservanza di tutte le prescrizioni poste dalle varie norme costituisce come assolvimento dell'onere e quindi fa decorrere il termine decadenziale per l'esercizio del diritto.

⁽¹⁷⁹⁾ CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., p. 145, assume che « L'acquisto dei diritti reali per atto unilaterale è [...] efficace anche nei confronti di determinati terzi, vale a dire nei confronti del soggetto che di volta in volta l'autore dell'atto ha di fronte. Così, per esemplificare, nel riscatto e nel retratto, soggetti (pas-

bene era al momento in cui il diritto è sorto, con conseguente inopponibilità al prelazionante/riscattante di diritti reali o personali e vincoli costituiti a favore di terzi. Vicende posteriori al sorgere del diritto non potranno mai modificare le condizioni per l'esercizio così determinate e così non solo — possiamo sottolineare — con riferimento a una *successiva* rivendita, secondo la conclusione immediatamente derivante dalla previsione normativa riferita al riscatto, ma anche alla stessa vendita al terzo che l'originario proprietario avesse ad effettuare dopo la *denuntiatio* (così anche per tale verso evidenziandosi la superiorità funzionale della soluzione unitaria da noi accolta rispetto a quella che configura due distinti diritti, per la quale il riscattante — specie facendosi riferimento alla tesi della sostituzione — non potrebbe che essere tenuto a rimborsare al riscattato il prezzo risultante dalla compravendita a costui).

Nella ricostruzione tipologica della fase realizzativa dell'istituto a cui siamo pervenuti è così assente (non solo il vincolo obbligatorio, ma anche) lo strumento contrattuale, dovendosi ripetere, nella verificata unitarietà del diritto, quanto già sopra rilevato per il riscatto, nel senso che l'acquisizione del bene oggetto di prelazione è effetto diretto della dichiarazione negoziale; corrispondentemente non sussiste sinallagmaticità tra l'obbligazione *ex lege* del pagamento del prezzo e l'obbligazione *ex lege* di consegna del bene.

Nella fattispecie agraria (e, se si ritiene, anche in quella ereditaria) si aggiunge tuttavia, per l'inconfutabile configurazione della *denuntiatio* come proposta contrattuale, la prospettiva contrattuale, che si riduce tuttavia a caratteristica particolare della singola ipotesi ⁽¹⁸⁰⁾ (l'abbiamo definita « sovrastrutturale ») e che si sovrappone alla realizzabilità in via potestativa, e pertanto non impedisce l'identificazione di un sotteso diritto senz'altro all'acquisizione del bene, come immediato effetto della concretizzazione contenutistica del diritto a seguito della *denuntiatio* medesima. Come anzi già sopra evidenziato, proprio in tale ipotesi prelazionale nell'effettività giurisprudenziale si riconosce perfezionato l'acquisto in prelazione anche quando ciò, sulla base della disciplina contrattuale, non potrebbe ammettersi (in particolare, nel caso di trasmissione di solo copia del preliminare di compravendita del fondo concluso con il terzo, non accompagnata da espressa formulazione di una proposta) ⁽¹⁸¹⁾, trovando la solu-

sivi) alla perdita della proprietà sono, oltre al primo acquirente, anche i successivi aventi causa; nella comunione forzosa del muro e nelle servitù coattive, soggetto passivo della modifica (della titolarità) del diritto reale è il proprietario attuale del fondo contiguo, vale a dire colui che è proprietario al momento del perfezionamento dell'atto di acquisto » e che « Il diritto potestativo si atteggia, nelle nostre ipotesi, come un diritto astratto all'acquisto (della titolarità) di un diritto reale; ne deriva che l'atto di esercizio del diritto medesimo è idoneo ad incidere sulla situazione soggettiva, anche se la titolarità della stessa subisca delle modificazioni ».

⁽¹⁸⁰⁾ Le ragioni di tale specificità possono poi essere variamente intese e da parte nostra le abbiamo identificate in una prospettiva di maggiore tutela dell'acquisto in prelazione, al fine di renderlo non più contestabile con tardive contestazioni in ordine all'esistenza dello stesso diritto (cfr. *supra*, nota 49).

⁽¹⁸¹⁾ Si può anzi evidenziare come nell'effettività giurisprudenziale la realizzazione dell'acquisto in via contrattuale venga funzionalmente vanificata dal consolidato riconoscimento della nullità del contratto qualora il diritto prelazionale risulti inesistente (e la legittimazione a tale contestazione viene accordata an-

zione fondamento direttamente nel potere acquisitivo di base.

Vorremmo concludere con alcune riflessioni in ordine all'inquadramento dogmatico del diritto di prelazione, nella configurazione accolta.

Partendo dall'opponibilità della prelazione ai terzi (per la tesi maggioritaria: discendente dal retratto/riscatto) sono usuali le definizioni di *prelazione reale*, di *natura reale*, di *efficacia reale* ⁽¹⁸²⁾ e correntemente (in varie formulazioni) si parla di realtà del diritto ⁽¹⁸³⁾, altre volte di *ius ad rem* ⁽¹⁸⁴⁾, e già nelle riflessioni di un attento A. rinveniamo il riconoscimento che *storicamente, la prelazione è un diritto sulla cosa e che solo una casuale scelta dei sistematici ha potuto sovrapporre all'idea della prelazione come generica situazione di favore rispetto alle vicende giuridiche sulla cosa l'idea della prelazione come diritto (condizionato) a che il soggetto gravato si presti alla conclusione del contratto* ⁽¹⁸⁵⁾.

che al terzo promissario acquirente — *ex multis*, Cass. 13 giugno 1992, n. 7244, Cass. 10 novembre 2006, n. 24150, Cass. 15 marzo 2007, n. 5991), con una soluzione che non ha corrispondenza neppure nei principi del contratto dovuto, per i quali l'inesistenza dell'obbligo di contrarre non determina deficienza causale, ma può unicamente fondare una domanda di annullamento per *error iuris*. Tale soluzione in realtà ci sembra rinnegare proprio quelle ragioni di sicurezza dell'acquisto (v. nota precedente), e quindi di sua incontestabilità una volta realizzatosi contrattualmente, che riteniamo siano alla base della scelta espressamente contrattuale (ribadita dalla modifica dell'art. 8, comma 4°, introdotta dall'art. 8 della l. n. 817/1971) compiuta dal legislatore per la prelazione agraria; solo d'altro canto la certezza dell'acquisto può giustificare l'incondizionata necessità del pagamento del prezzo nei termini legali, inteso quale *condicio iuris* per la stessa operatività dell'acquisto, indipendente anche dall'atteggiamento che l'alienante abbia ad assumere, così di inadempimento agli obblighi contrattuali e contestante la stessa efficacia del contratto, con una disciplina quindi che, se privata dal contraltare dell'incontestabilità, risulta ingiustificatamente vessatoria. Con la soluzione giurisprudenziale la prospettiva contrattuale viene invece sostanzialmente equiparata a quella potestativa, con l'aggravio della necessità di una *denuntiatio* conformata al contenuto del diritto prelazionale (cfr. *supra*, alla nota 178): un risultato quindi che dal profilo funzionale non può certo meritare apprezzamento.

⁽¹⁸²⁾ Rispettivamente in Cass. 31 luglio 2006, n. 17433, Cass. 27 marzo 2007, n. 7501, Cass. 6 dicembre 2005, n. 26690.

⁽¹⁸³⁾ Usa l'espressione *prelazione reale* già PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 215 ss.; di « carattere reale » (direttamente della prelazione ovvero del retratto) parlano GIANNATTASIO, *Delle successioni*, in *Comm. Utet*, III, *Divisione - Donazione*, Torino 1980, p. 71 e ROMAGNOLI, *Circolazione giuridica del fondo e controllo dei prezzi*, Milano, s.d., p. 133, nota 46, alla prelazione agraria; di realtà della prelazione (con riferimento alla fattispecie a favore del concedente nell'enfiteusi e alla prelazione a favore dello Stato per oggetti d'arte e d'antichità, disciplinata dall'art. 6 della l. 20 giugno 1909, n. 364) si legge già in STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, cit., p. 114. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto - La prelazione volontaria*, in *Tratt. Rescigno*, t. 1°, Torino 1999, p. 202 s., nota 144: « diritto (reale) assistito da retratto »». Anche G. CIAN, *Le locazioni degli immobili urbani dopo la legge c.d. dell'equo canone*, in *Giust. civ.*, 1980, II, p. 352 ss., alla p. 357 con riferimento all'art. 38 della l. n. 392/1978 configura una « prelazione [...] ad efficacia c.d. reale, cioè assistita da retratto ».

⁽¹⁸⁴⁾ Cass. 28 luglio 1984, n. 4493; così anche RESCIGNO, *Introduzione* al vol. 7 — *Proprietà* — del *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, p. XV, ma già in *Per uno studio sulla proprietà*, in *R. d. civ.*, 1972, I, p. 38. V. già RIGAUD, *A propos d'une renaissance du « ius ad rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1963, p. 557.

⁽¹⁸⁵⁾ Così SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 346, che a p. 353 soggiunge che la « vecchia prelazione era essa stessa l'accessorio di un diritto reale ».

Nella dottrina italiana una riflessione approfondita sulla natura del diritto prelazionale è stata in ampia misura deviata dalla considerazione bifasica della fattispecie, ma nelle analisi che hanno tentato una sintesi unitaria dell'istituto si possono identificare fondamentalmente due indirizzi, dei quali il primo si sostanzia nel riconoscimento di una vera e propria natura reale del diritto, facendosi in questo specifico richiamo alla categoria germanica del *dingliches Erwerbsrecht*, motivato con la considerazione che si tratta di una situazione giuridica in cui, superandosi una generica opponibilità *erga omnes*, si riscontra un'inerenza del diritto al bene anche in relazione alla sfera di terzi determinati, con un potere che si esplica immediatamente su un bene, senza il concorso di comportamenti altrui per la sua realizzazione ⁽¹⁸⁶⁾.

Il secondo indirizzo rinviene invece il fondamento dell'opponibilità nella natura potestativa riconosciuta al diritto di prelazione e (con riferimento alla fattispecie ereditaria e a quella enfiteutica) si afferma così che il trasferimento *irrequisito domino* produce non soltanto una successione nella titolarità del diritto ceduto, ma anche nella soggezione corrispondente alla prelazione ⁽¹⁸⁷⁾.

Tali tesi ci inducono a una comparazione con il *dingliches Vorkaufsrecht* del BGB ⁽¹⁸⁸⁾ la cui natura di *diritto reale limitato*, collocato nella sottoclasse degli *Erwerbsrechte* ⁽¹⁸⁹⁾, viene dalla dottrina tedesca confermata attraverso un'ampia analisi delle sue

⁽¹⁸⁶⁾ In questo senso CANTELMO, *Il diritto legale all'acquisto*, Napoli 1980, p. 131 s. Un diritto unitario su basi reali è assunto anche da LIGUORI, *Lineamenti di ricerca metodologica nello studio della prelazione legale*, Napoli 1997, p. 44 ss. Nel ns. *La prelazione nell'accesso*, cit., a nostra volta prospettavamo, quale problematica teorica, la riconducibilità della « prelazione reale » a un'analogia tipologia di *Erwerbsrechte*.

⁽¹⁸⁷⁾ Così PULEO, *I diritti potestativi*, cit., p. 219 s. La tesi potestativa è stata ripresa da CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., specialm. pp. 25 ss. e 145 ss. e (per la prelazione agraria) da BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *R. not.*, 1974, I, p. 893 ss., sostanzialmente sulla scia di quanto BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 4^a ed., Bologna 1961, p. 207, affermava per l'ipoteca e il pegno che qualificava « diritti potestativi assoluti ». Nella medesima direzione si pongono le conclusioni dell'analisi della SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, cit., p. 470 s., che configura una « *sujétion réelle* » delle parti del contratto *irrequisito domino*, ricollegata al fatto che « *comme tout droit potestatif, le droit de préemption s'impose à tout intéressé et ainsi s'explique son opposabilité absolue. Toute personne doit le respecter, non parce qu'il est un droit réel, mais parce qu'il constitue un pouvoir de domination. Ce pouvoir n'est efficace qu'à la condition d'aboutir automatiquement à l'acquisition et requiert donc une opposabilité erga omnes* ».

⁽¹⁸⁸⁾ Meno significativa è la considerazione del diritto francese, perché in quell'ordinamento la sanzione della vendita *irrequisito domino*, quando la prelazione sia opponibile ai terzi, si risolve in una nullità del contratto, a cui si accompagna — ma ormai solo nella fattispecie agraria — un trasferimento per pronuncia giudiziale a favore del preferendo (v. *supra*, alla nota 144). Ma vale segnalare la considerazione di SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 353, con riferimento all'efficacia della stessa prelazione convenzionale: « Ma in Francia sarà la distinzione stessa fra diritto reale e diritto personale a deperire, nella misura in cui la repressione della frode nuoce ad ogni terzo complice della violazione di un patto, e determina la nullità dell'accordo lesivo. E questa estensione verso tutti i terzi di mala fede delle ragioni del preferito viene a creare — fenomeno non isolato nel diritto francese recente — un nuovo smembramento atipico della proprietà ».

⁽¹⁸⁹⁾ Il *dingliches Vorkaufsrecht* è espressamente classificato da BAUR-STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., pp. 24 e 243 s., nonché nella tabella a p. 27, tra i *beschränkte dingliche Rechte*, sottoclasse degli *Erwerbsrechte*.

caratteristiche tipologiche, partendo dall'efficacia nei riguardi dei terzi, vista come propria dell'assolutezza dei diritti reali ⁽¹⁹⁰⁾.

Ma si precisa anche che a giustificare tale qualificazione non è l'opponibilità ai terzi del diritto, di per se sola considerata, che infatti può parimenti essere attribuita allo stesso *schuldrechtliches Vorkaufsrecht* attraverso la *Vormerkung*, evidenziandosi anzi che nei riguardi dei terzi lo stesso *dingliches Vorkaufsrecht* opera come una *Vormerkung* ⁽¹⁹¹⁾. La realtà viene piuttosto individuata nel complesso delle situazioni tipiche dell'istituto e così in quella che il diritto prelazionale, instaurato tramite *Einigung* e *Eintragung*, vincola non solo il contraente, bensì (se disposto non per una sola vendita, ma anche per alienazioni successive) pure i successivi proprietari del fondo gravato ⁽¹⁹²⁾, in quanto tali; altra caratteristica saliente è che esso può essere costituito anche a favore di chi risulti essere di tempo in tempo proprietario di altro fondo (*subjektivdinglich*) ⁽¹⁹³⁾.

Per il resto, la fattispecie acquisitiva è pacificamente qualificata come potestativa e se ne sottolinea la derivazione dal sottostante diritto reale di prelazione ⁽¹⁹⁴⁾. Nel caso di vendita del fondo gravato il *dingliches Vorkaufsrecht* (così come peraltro il *schuldrechtliches Vorkaufsrecht*, alle cui previsioni infatti il § 1098 rinvia) conferisce al suo titolare il potere di perfezionare, attraverso una dichiarazione unilaterale, una compra-

⁽¹⁹⁰⁾ H. WESTERMANN, *Sachenrecht*, cit., p. 878, così osserva: « *Diese Wirkung gegenüber Dritten, in der sich die Absolutheit des dinglichen Rechts zeigt, unterscheidet das dingliche vom schuldrechtlichen Vorkaufsrecht der §§ 504 ff.* ». Specifica MADER, *Vorkauf*, cit., n. 6, p. 556, che « *Das dingliche Vorkaufsrecht stellt nicht die Verdinglichung eines obligatorischen Rechts dar, sondern bildet ein eigenständiges Sachenrecht. Es zählt zum geschlossenen Kreis der Sachenrechte des BGB* ». WILHELM, *Sachenrecht*, cit., p. 851 definisce il *dingliches Vorkaufsrecht* quale « *Beschränkung des Eigentümers, über sein Eigentum zugunsten anderer als des Vorkaufsberechtigten zu verfügen* » e configura l'acquisto come esplicitandosi « *über die Sache zur Person* », mentre nella fattispecie obbligatoria avviene « *über die Person zur Sache* » (n. 2305). Ancora: il diritto viene qualificato come *Grundstücksbelastung* da MADER, *Vorkaufsrecht*, cit., p. 773 s., che specifica che « *Es ist weder Nutzungs- noch Verwertungsrecht, sondern bedingtes Sachenverwerbsrecht* » e richiama come fattispecie vicina l'onere reale (*Reallast*), precisando però che, diversamente da quest'ultimo, la prestazione non deriva dal fondo, ma ha per oggetto il fondo stesso.

⁽¹⁹¹⁾ « *Zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums* » — § 1098 Abs. 2. Sulla differenza tra la fattispecie obbligatoria del *Vorkaufsrecht* disciplinata dai §§ 463 ss., garantito (*gesichert*) con la *Vormerkung* ai sensi del § 883 BGB e la prelazione reale, v. *amplius* MADER, *Vorkaufsrecht*, cit., p. 763 s.; WESTERMANN, *Sachenrecht*, cit., pp. 878 e 880 sottolinea che per quanto specificamente concerne l'opponibilità ai terzi il *dingliches Vorkaufsrecht* e il *schuldrechtliches Vorkaufsrecht* garantito con la *Vormerkung* possono considerarsi parificati (*angepflichtet*).

⁽¹⁹²⁾ Oggetto del *dingliches Vorkaufsrecht* possono infatti essere solo beni immobili.

⁽¹⁹³⁾ Una specifica analisi delle caratteristiche della realtà del *dingliches Vorkaufsrecht* si rinviene in SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht*, cit., p. 99 ss. e in MADER, *Vorkaufsrecht*, cit., p. 760 s.

⁽¹⁹⁴⁾ V. ancora MADER, *op. loc. ult. cit.*, che richiamando SCHURIG, *Das Vorkaufsrecht*, cit., p. 106 afferma che « *fließt aus dem dinglichem Vorkaufsrecht ein Gestaltungsrecht auf einseitige Herbeiführung einer kaufähnlichen schuldrechtlichen Beziehung zwischen dem Berechtigten und dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks, durch die letzterer zur Übereignung und der Berechtigte zur Zahlung des im Drittvertrag vereinbarten Kaufpreises verpflichtet werden* ». Per H. WESTERMANN, *Sachenrecht*, cit., p. 878, il *dingliches Vorkaufsrecht* rappresenta « *eine Gestaltungsbefugnis mit einem Erwerbsrecht kombiniert* ».

vendita nei confronti del soggetto vincolato e ciò alle medesime condizioni convenute dall'alienante nel contratto con il terzo; si specifica anche che non si tratta di una successione nel contratto, ma dell'instaurazione di un distinto contratto di compravendita fra le parti attiva e passiva del rapporto prelazionale⁽¹⁹⁵⁾. Gli effetti sono così solo obbligatori, secondo la regola generale del trasferimento dei diritti nell'ordinamento tedesco (l'effetto reale deriverà solo dalla *Übertragung*, che il venditore è tenuto ad effettuare a favore del prelazionante); per tale combinazione di situazioni giuridiche, parte della dottrina ne riafferma la definizione di *istituto giuridico misto* e si richiama ancora una risalente tesi, che collocava il *dingliches Vorkaufsrecht* a mezza via tra il diritto reale e il diritto obbligatorio⁽¹⁹⁶⁾.

Da questo sintetico paragone con il sistema tedesco emergono allora delle differenziazioni rispetto alla fattispecie italiana, che risultano alla fine determinanti, costituite sia dalla regola che il *dingliches Vorkaufsrecht* è sempre esercitato nei riguardi dell'alienante, con un'immediata opponibilità ai terzi, sia dalla considerazione che esso (così del resto come anche il *schuldrechtliches*) è diritto di fonte negoziale, caratterizzato dall'instaurare il vincolo in un momento anteriore rispetto alla vicenda prelazionale, mentre la prelazione italiana oggetto delle nostre considerazioni si contraddistingue non tanto per la fonte legale (seppure necessariamente tale), bensì principalmente, per le conclusioni a cui siamo pervenuti, per il sorgere del diritto nel momento stesso e per effetto della vicenda contrattuale tra soggetto vincolato alla preferenza e terzo, risultando così a realizzabilità immediata⁽¹⁹⁷⁾, senza pertanto che possano configurarsi quelle situazioni che nella stessa dottrina tedesca, al di là dell'opponibilità ai terzi, giustificano la qualificazione in termini di diritto reale (all'acquisto). Ciò deve dirsi, in particolare, per la trasferibilità dal lato attivo (che, già implicita nell'ipotesi di diritto *subjektiv-dinglich*, si riconosce possa essere espressamente convenuta nel contratto costitutivo), sia per atto tra vivi che per successione *mortis causa*, che non trova corrispondenza nelle fattispecie che ci occupano, nelle quali anzi lo stesso diritto non può ritenersi definitivamente acquisito che al momento del suo concreto esercizio, richiedendosi la persistenza degli elementi a cui il conferimento è subordinato⁽¹⁹⁸⁾. Pa-

⁽¹⁹⁵⁾ MADER, *Vorkaufsrecht*, cit., p. 796.

⁽¹⁹⁶⁾ IMMERWAHR, *Das dingliche Vorkaufsrecht*, cit., p. 287; la configurazione è ripresa da MADER, *Vorkaufsrecht*, cit., p. 762.

⁽¹⁹⁷⁾ E destinata ad esaurirsi entro brevi termini decadenziali, con la sola eccezione della fattispecie dell'art. 732, nella quale il diritto di riscattare la quota perdura fino alla divisione (o allo scadere del termine prescrizione).

⁽¹⁹⁸⁾ La regola è particolarmente evidente nella prelazione agraria, con riferimento alla quale si è più volte ripetuto che le condizioni di legge devono persistere fino al momento stesso dell'esercizio del diritto (Cass. 22 gennaio 2004, n. 1103 la qualifica come di « diritto vivente »), così che non può configurarsi un diritto acquisito, che possa senz'altro trasferirsi per successione (cfr. Cass. 2 maggio 1990, n. 3622); analoga conclusione immediatamente si evince dalla consolidata regola per la quale prelazione successoria non intercorre a favore del coerede dell'originario coerede (e tantomeno quindi per il successore a titolo particolare) — v., *ex plurimis*, Cass. 22 ottobre 1992, n. 11551 e Cass. 18 marzo 2002, n. 3945 (che espressamente si esprimono in termini di intrasmissibilità del diritto a favore dei successori del coerede, invero non

rallamente una trasmissibilità passiva — con ciò intendendosi non l'assoggettamento dell'acquirente, primo o successivo avente causa, alla pretesa acquisitiva già sorta, bensì la successione nel vincolo dell'acquirente a titolo particolare con riferimento a una nuova vicenda, come appunto avviene per il *dingliches Vorkaufsrecht* — non è neppure configurabile, dato che il diritto necessariamente concerne quella specifica vicenda in relazione alla quale sorge e con quella si estingue.

Caratteristiche ben più vicine alla tipologia italiana si rinvencono piuttosto in altra fattispecie prelazionale del BGB, quella successoria disciplinata dal § 2034 BGB, che al § 2035 statuisce (per il caso in cui il diritto di prelazione non abbia trovato definizione nei riguardi del coerede venditore, come implicitamente previsto dal § 2034) che se la quota ereditaria è stata trasferita (*übertragen*) al compratore, il diritto di prelazione deve essere esercitato nei riguardi di costui, ovvero, nel caso di successiva cessione, nei riguardi del successivo cessionario (§ 2037 BGB), specificando che il diritto, per effetto del trasferimento medesimo, si estingue (*erlischt*) nei riguardi del venditore.

L'interpretazione che viene data alla richiamata disposizione del § 2035, al di là di quell'*erlischt* che potrebbe far pensare a un diritto che si estingue per effetto della vendita *irrequisito domino* e di un altro che sorge al suo posto, con configurabilità quindi di due distinti diritti, è nella prospettiva di un diritto unitario ⁽¹⁹⁹⁾, esercitabile in via negoziale nei riguardi di chi risulti essere proprietario del bene al momento dell'esercizio, anzitutto il venditore, ovvero il compratore nel caso che sia stata effettuata l'*Übertragung*, e se l'acquirente ha a sua volta trasferito la quota a un terzo, avverso quest'ultimo, ecc. (§ 2037 BGB) ⁽²⁰⁰⁾, e corrisponde così alla ricostruzione nei termini di unitario diritto potestativo che, dalla critica della prospettiva bipartita, abbiamo ritenuto di accogliere per la fattispecie italiana.

Incontestata sempre la sua natura potestativa, se esercitato nei riguardi del venditore ha per effetto la costituzione di un rapporto obbligatorio paracontrattuale (*kaufvertragsähnliches Schuldverhältnis*), sulla base del quale l'una parte è tenuta a pagare il prezzo risultante dal contratto con il terzo, l'altra ad eseguire l'*Übertragung* (analogamente quindi a quanto abbiamo visto avvenire per il *Vorkaufsrecht* di fonte convenzionale, sia obbligatorio che reale). Se esercitato invece nei riguardi dell'acquirente (pri-

del tutto propriamente, perché si tratta piuttosto di identificazione del « coerede », di cui alla fattispecie legale, nel solo soggetto originariamente tale). La soluzione limitativa della fattispecie trova tuttavia riserve in dottrina: v. BURDESE, *La divisione*, cit., p. 54 s.; GIU. AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. Rescigno*, 6, *Successioni*, 2°, 2ª ed., Torino 1997, p. 416 s.

⁽¹⁹⁹⁾ Espressamente LÜBTOW, *Erbrecht*, cit., p. 825: è sempre il medesimo diritto, sorto per effetto della vendita compiuta dal coerede e che, dopo l'*Übertragung*, diviene esperibile avverso l'acquirente, primo o successivo; similmente LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., p. 1102.

⁽²⁰⁰⁾ V. infatti, in termini del tutto analoghi, KIPP-COING, *Erbrecht*, cit., p. 625: « *Es besteht zunächst gegenüber dem Verkäufer; hat dieser den Anteil auf den Käufer überbetragen, so richtet sich das Vorkaufsrecht gegen den letzteren, und wenn der Käufer den Anteil auf einen Dritten weiter überträgt, so besteht das Vorkaufsrecht nunmehr gegen den Dritten und so fort* »; analogamente WERNER, *Rechtliche Stellung des Erben*, cit., p. 572.

mo o ulteriore), si afferma che all'operare del diritto di prelazione è estraneo il contratto, né (diversamente da quanto avviene con l'esercizio della prelazione nei confronti dell'alienante) intercorre alcuna sinallagmaticità tra l'obbligo a carico del soggetto passivo e quello del prelazionante di corrispondere il prezzo ⁽²⁰¹⁾.

Ma tale diritto di prelazione viene definito personale, privo di *effetto reale* ⁽²⁰²⁾, mancando una posizione di preminenza (*Vorzugsstellung*) che immediatamente investe l'oggetto della potestà e che si imponga come tale nei riguardi di tutti, come avviene invece nel *dingliches Vorkaufsrecht*, in cui l'esercizio del diritto prevale nei riguardi dell'acquisto del terzo, inopponibile al prelazionante (nel senso cioè che l'*Übertragung* deve sempre avvenire da parte del venditore nei riguardi del prelazionante, anche se il trasferimento sia già avvenuto a favore dell'acquirente, che dovrà prestare allora la *Zustimmung* per l'*Eintragung* del prelazionante quale proprietario — § 1100 BGB). Si sottolinea infatti che non solo il suo esercizio non produce di per se stesso il trasferimento della quota, oggetto del diritto di prelazione ⁽²⁰³⁾, ma ha per effetto unicamente la costituzione a carico dell'acquirente o subacquirente di un obbligo *ex lege* alla *Übertragung*, in termini corrispondenti a quelli nei quali sarebbe valso nei riguardi del venditore, raggiungendo così la legge la propria finalità con mezzi obbligatori ⁽²⁰⁴⁾, e appunto tali caratteristiche senz'altro valgono, per la dottrina d'oltralpe, a negare natura reale a tale ipotesi di prelazione.

La sua efficacia nei riguardi dei terzi (*Drittwirkung*) per quando vi sia stato il trasferimento della quota ereditaria a favore dell'acquirente, conduce però a definire il diritto come *configurato in senso reale* ⁽²⁰⁵⁾ ed è al medesimo fine costante l'assimilazione all'*actio in rem scripta* giustiniana ⁽²⁰⁶⁾.

Nella « nostra » prelazione sussiste invece proprio la diretta operatività traslativa dell'esercizio del diritto, che può così dirsi espressione di quella *Vorzugsstellung*, la cui mancanza, sostituita dall'obbligo dell'acquirente ad effettuare la *Übertragung*, abbia-

⁽²⁰¹⁾ Opinione ampiamente maggioritaria: v. LÜBTOW, *Erbrecht*, cit., p. 826; LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., p. 1103, che riconoscono un diritto di ritenzione a favore del soggetto passivo. *Contra* DÜTZ, *Erbrecht*, cit., p. 643.

⁽²⁰²⁾ WOLF, in TH. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht* 1 (§§ 1922-2063 BGB), 13. Aufl., W. Kohlhammer, 2002, § 2035; *keine dingliche Wirkung* per FAUST, *Vorkauf*, cit., p. 1733 e; *keine dingliche oder absolute Rechtsnatur* per LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., p. 1102. Anche per WERNER, *Rechtliche Stellung des Erben*, cit., p. 581, a fronte della *Drittwirkung* del diritto, per il sorgere a carico dell'acquirente, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, di un'obbligazione legale a trasferire la quota al prelazionante, specifica: « *ohne dadurch zu einem dinglichen zu werden* ».

⁽²⁰³⁾ Ciò è particolarmente sottolineato da LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., p. 1102.

⁽²⁰⁴⁾ Così LANGE-KUCHINKE, *Erbrecht*, cit., p. 1102.

⁽²⁰⁵⁾ *Dinglich ausgestaltet* per KIPP-COING, *Erbrecht*, p. 625.

⁽²⁰⁶⁾ V. LÜBTOW, *Erbrecht*, p. 823; KIPP-COING, *op. loc. ultt. citt.*, nota 14; WERNER, *Rechtliche Stellung des Erben*, cit., p. 572. Altri autori ricorrono a una *fictio*, affermando che la posizione del compratore è come se si fosse avuto un contratto di compravendita tra il venditore e il prelazionante, che abbia efficacia anche nei suoi confronti e lo obblighi al trasferimento della quota: così LOHMANN, § 2034, cit., p. 1460 e DÜTZ, *Erbrecht*, cit., p. 645.

mo appena visto costituire una delle fondamentali ragioni della negazione di un'efficacia reale alla prelazione successiva tedesca; e invero, secondo la nostra ricostruzione dell'istituto è *sempre* del tutto assente sia lo strumento contrattuale, sia l'intermediazione, nell'operatività del diritto, del rapporto obbligatorio (se non nella fase di esecuzione, per quanto concerne le due obbligazioni *ex lege*, e non sinallagmatiche, di corresponsione del prezzo e di consegna del bene) ⁽²⁰⁷⁾.

Può tuttavia fare da freno all'adesione alla sopra ripresa tesi, che qualifica la nostra fattispecie in termini di diritto reale, attraverso la ricezione di una categoria non usuale nella dottrina italiana (quella degli *Erwerbsrechte*), la constatazione che tale prospettiva risulta finalizzata alla sola spiegazione dell'assoggettabilità dei terzi alla prelazione. Se anche alla medesima categoria possono ricondursi altre situazioni giuridiche ritenute, riterremo non infondatamente, consimili ⁽²⁰⁸⁾, alla fine l'orizzonte teorico sembrerebbe tuttavia esaurirsi in quella spiegazione, così che, fino almeno a quando non emergano ulteriori prospettive sistematiche che possano giustificare siffatta operazione ermeneutica, potrebbe risultare sufficiente ricondurre il diritto di seguito che caratterizza la prelazione in esame a quelle « tracce di realtà » che si rinvergono in varie fattispecie, che non per solo questo debbono necessariamente ricondursi ai diritti reali limitati tradizionali ⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁷⁾ COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano 1977, p. 393 ss., dopo avere riconosciuto l'esistenza di « una particolare tutela rafforzata stabilita dall'ordinamento per la posizione del soggetto attivo della prelazione », precisa che l'espressione *efficacia reale* con cui si designa la tutela rafforzata dalla prelazione non è indicativa della natura reale di una situazione soggettiva, ma ha valore meramente descrittivo e traslato in quanto tenta di trasferire impropriamente la problematica del diritto di seguito, tipica della opponibilità del diritto reale, a quella dell'efficacia di altre situazioni, operanti, soprattutto sul piano negoziale, nel momento dinamico dell'acquisto o del trasferimento dei diritti — p. 396; ma — secondo la conclusione a cui siamo pervenuti — per la prelazione in esame non è configurabile alcuna operatività sul « piano negoziale ».

⁽²⁰⁸⁾ Così la costituzione coattiva di servitù (artt. 1032 ss. c.c.), l'acquisto del muro comune (artt. 874 e 875 c.c.), il diritto di riscatto nella compravendita (art. 1500 c.c.), il diritto di affrancazione dell'enfiteuta (art. 971 c.c.), quello di accessione invertita (art. 938 c.c.), il diritto dei componenti la famiglia coltivatrice di riscattare la quota di fondo del componente che abbia cessato di fare parte della conduzione colonica in comune da più di cinque anni, previsto dall'art. 8, comma 10°, l. n. 590/65; cfr. il ns. *La prelazione nell'accesso*, cit., p. 199; adde CANTELMO, *Il diritto legale all'acquisto*, cit., p. 51 ss., CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit., p. 56 ss.

⁽²⁰⁹⁾ L'espressione è tratta da PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 774, che parla di « figure miste »; riecheggia in ciò la già ricordata definizione di *istituto giuridico misto, a mezza via tra il diritto reale e il diritto obbligatorio*, sopra ricordata per lo stesso *dingliches Vorkaufsrecht*. Ma già POTHIER, *Traité des retraits*, cit., n. 17, p. 4 s., definiva il retratto quale *action personelle réelle* (v. *supra*, nota 153). Si potrebbe però fors'anche ricordare la conclusione che è formulata da GORLA, in GORLA-ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, 4ª ed., in *Comm. Scialoja-Branca*, VI, *Tutela dei diritti* (art. 2808-2899), Bologna-Roma 1992, p. 181 s., con riferimento alla problematica dell'ipoteca, analoga dal profilo del diritto di seguito a quella che ci occupa, nel senso che il fatto che l'ipoteca « si possa classificare nella categoria o concetto dei diritti reali, è questione di astratta logica o di pura scienza concettualistica, che davvero non ha alcuna importanza per l'interpretazione o comprensione logica della legge e del suo sviluppo. Si tratta di questione di pura scienza concettuale del diritto o di astratta logica classificatoria [...] ».

Ma pure qualora manchi un'adesione alla qualificazione della prelazione come diritto reale, quelle *tracce di realtà* ci sembrano tuttavia sufficienti quantomeno per giustificarne la denominazione, già ampiamente entrata nell'uso, di *prelazione reale*.