

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Scuola di Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

"LA CULTURA GIURIDICA EUROPEA DELL'IMPRESA E
DELLE ISTITUZIONI"

XXVII CICLO

**Le vicende del diritto di
prelazione**

Direttore della Scuola di Dottorato:

Chiarissimo Signor Professor Aljs Vignudelli

Relatore:

Chiarissimo Signor Professor Antonio Tullio

Dottorando:

Dott. Luca Ghidoni

LE VICENDE DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

INDICE

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI PRELAZIONE NEL PRISMA DELLE VICENDE GIURIDICHE

1. Lo studio di vicende come strumento di ricerca.....9
2. Delle vicende giuridiche e delle fattispecie.....12
3. Qualificazione autonoma dell'elemento temporale nel
movimento giuridico, e sua preminenza.....16
4. (*segue*) L'esclusione del negozio di accertamento.....24
5. Distinzione delle vicende giuridiche dei rapporti dalle
vicende delle norme giuridiche, e loro interazione.....26
6. (*segue*) Il raccordo tra norma e vicenda giuridica.....30
7. Le vicende dei rapporti: un'espressione di tecnica
giuridica. Il fatto giuridico come impulso primario della
meccanica del diritto.....35
8. L'elemento giuridico dell'obbligo, reagente delle vicende
di rapporti.....45
9. Il significato di 'vicenda', sinonimo e trasposizione di
'mutamento'52

10. (*segue*) La distinzione delle vicende giuridiche *tout court*
dalla vicende giuridiche dei rapporti.....56

CAPITOLO II

LA RICOSTRUZIONE UNITARIA DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

1. La recente primavera del diritto di prelazione.....60
2. La radice giuridica del diritto di prelazione.....63
3. Il legame storico-giuridico, che stringe il diritto di
prelazione al trasferimento della proprietà.....66
4. (*segue*) La ‘relativizzazione’ del diritto di proprietà.....70
5. La complementarietà della prelazione al diritto di
usufrutto e la vicinanza, sul piano procedimentale,
all’istituto dell’ipoteca.....74
6. Una nuova qualificazione del diritto di prelazione, nel
contesto delle sue espressioni contemporanee.....78
7. La natura giuridica del diritto di prelazione.....86
8. (*segue*) La triplice condizione sospensiva del diritto di
prelazione legale.....92
9. (*segue*) La natura giuridica della prelazione di fonte
volontaria.....101
10. Gli ‘inconvenienti prelatizii’.....106

11. La causa giustificativa del diritto di prelazione.....	111
--	-----

CAPITOLO III

LA TRASFORMAZIONE DEL BENE OGGETTO DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

1. La qualificazione giuridica della trasformazione del bene oggetto di prelazione: dalla «trasformazione» alle «trasformazioni».....	117
2. Trasformazione del bene, e inadempimento dell'obbligo di preferire.....	121
3. (<i>segue</i>) La diversità, solo apparente, della prelazione ereditaria e il limite generale della trasformazione “speciosa”.....	123
4. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto.....	127
5. (<i>segue</i>) La trasformazione come esercizio abusivo del diritto di proprietà, e il contrasto tra fonti.....	129
6. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione, sullo sfondo della frode alla legge.....	132
7. La trasformazione come fonte di responsabilità e la determinazione del danno derivante dalla lesione del diritto di preferenza.....	139

8. Gli effetti della trasformazione del bene oggetto di prelazione e la sopravvivenza del diritto: la centralità dell'interesse.....	144
9. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte legale, e la rilevanza dell'interesse pubblico.....	149
10. (<i>segue</i>) I riscontri nella giurisprudenza della Suprema Corte.....	154
11. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte volontaria, e la rilevanza dell'interesse privato.....	159
12. (<i>segue</i>) L'accertamento dell'interesse del prelazionario come obbligo specifico in capo all'onerato.....	163
13. (<i>segue</i>) La trasformazione del bene come fatto giuridico, catalizzatore di vicende estintive del rapporto di prelazione.....	167

CAPITOLO IV

LA RINUNZIA AL DIRITTO DI PRELAZIONE

1. La rinunzia come causa estintiva del diritto di prelazione.....	172
2. La natura giuridica e la causa della rinunzia.....	175
3. La distinzione della rinunzia dall'istituto della remissione.....	180

4. Il carattere peculiare della dismissione di posizioni prelatizie.....	184
5. Gli aspetti strutturali della rinunzia.....	189
6. (<i>segue</i>) La disciplina giuridica della rinunzia al diritto di prelazione.....	193
7. (<i>segue</i>) La rinunzia sinallagmatica.....	196
8. I differenti presupposti della rinunzia alla prelazione di fonte legale.....	198

CAPITOLO V

ALTRE VICENDE DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

1. La novazione.....	208
2. <i>Datio in solutum</i>	216
3. La cessione del diritto di prelazione.....	221
4. La morte del prelatario quale vicenda modificativa o estintiva.....	226

BIBLIOGRAFIA	233
---------------------------	-----

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI PRELAZIONE NEL PRISMA DELLE VICENDE GIURIDICHE

SOMMARIO: 1. Lo studio di vicende come strumento di ricerca. - 2. Delle vicende giuridiche e delle fattispecie. - 3. Qualificazione autonoma dell'elemento temporale nel movimento giuridico, e sua preminenza. - 4. (*segue*) L'esclusione del negozio di accertamento. - 5. Distinzione delle vicende giuridiche dei rapporti dalle vicende delle norme giuridiche, e loro interazione. - 6. (*segue*) Il raccordo tra norma e vicenda giuridica. - 7. Le vicende dei rapporti: un'espressione di tecnica giuridica. Il fatto giuridico come impulso primario della meccanica del diritto. - 8. L'elemento giuridico dell'obbligo, reagente delle vicende di rapporti. - 9. Il significato di 'vicenda', sinonimo e trasposizione di 'mutamento'. - 10. (*segue*) La distinzione delle vicende giuridiche *tout court* dalle vicende giuridiche dei rapporti.

1. Lo studio di vicende come strumento di ricerca.

«Niuna cosa è valevole a indicarci più esattamente fino a qual segno giunga la perfezione morale e politica di un popolo quanto lo stato delle sue private relazioni. E però niuna cosa è maggiormente capace a rivelarci l'arcana legge colla quale codesto perfezionamento si può operare, quanto lo studio delle cagioni che possono far nascere, crescere e fiorire la civile Legislazione»¹.

L'ammonimento, con cui Romagnosi inaugura la personale riflessione sulla forma preferibile di governo di un popolo, ha una duplice valenza, che merita di essere ricordata.

La prima, dal tenore universale, fissa in modo chiaro la traiettoria dello 'impegno giuridico', da declinarsi non già come esègesi del testo normativo, bensì come interpretazione accorta (e accorata) del delicato ordinamento sottostante, dedita a incanalare la norma, anche la più grezza, entro i flussi delle necessità e gli alvei delle lacune dell'architettura giuridica, alla quale è rivolta.

¹ G. D. ROMAGNOSI, *Discorso di Giandomenico Romagnosi professore di Diritto civile nella Reale Università di Pavia sulla questione Quale sia il Governo più adatto a perfezionare la Legislazione Civile*, Milano, 1808, II ed., p. 3.

Per Romagnosi, invero, il sistema di governo non può essere elevato a *dominus* insindacabile delle relazioni sociali. Al contrario, la concreta dialettica di queste, la loro efficienza, si impone come esigente parametro di giudizio della forma di governo²; ideale di efficienza, al quale anche l'interprete è chiamato a corrispondere. D'altra parte, l'ordine civile «è un bene assoluto, un bene primitivo, un bene immediato. La forza del governo per lo contrario è un bene relativo, un bene secondario: egli è il pendolo moderatore dell'ordine civile. L'ordine adunque del governo è fatto per l'ordine civile e non l'ordine civile è fatto per quello del governo»³.

Il secondo significato da enucleare, invece, ha valore ben più circoscritto, e nasconde, in controtelaio, il concetto di 'vicenda', ossia l'oggetto dello studio raccolto nei paragrafi successivi.

Con l'*incipit* del suo Discorso, Romagnosi, pur alludendo al succedersi di vicende di norme, e non di rapporti giuridici, afferma come l'analisi delle «cagioni che possono far nascere, crescere e fiorire» – in altri termini, l'analisi delle vicende – debba essere eletta a strumento di conoscenza. Tale prospettiva,

² Come afferma G. D. ROMAGNOSI, *Discorso di Giandomenico Romagnosi*, cit., p. 5, «ciò non pertanto io non pretendo di disgiungere la influenza della pubblica costituzione da quella delle leggi civili a produrre la perfezione ed il benessere: ma pretendo unicamente di far sentire l'assoluta preminenza dell'ordine civile in qualità di contrassegno onde giudicare della maggiore o minore perfezione d'una società».

³ G. D. ROMAGNOSI, *Discorso di Giandomenico Romagnosi*, cit., p. 4.

a dir il vero, è elevata a mezzo di conoscenza per eccellenza, nella consapevolezza, data per acquisita e pacifica, che «niuna cosa è maggiormente capace a rivelarci l'arcana legge».

Il metodo di indagine delineato, quindi, può essere descritto come un sistema dinamico, che solo nell'osservazione del movimento ritiene di poter afferrare qualche dato sensibile di rilevanza concreta.

Una simile impostazione, d'altronde, sembra coerente con quella ricostruzione di norma giuridica, per l'appunto dinamica, tipica del Secolo breve⁴, incardinata nei due momenti, nevralgici, della 'previsione' e della 'disposizione' correlativa; momenti funzionalmente inscindibili, eppure strutturalmente e ideologicamente autonomi, se non addirittura separati.

Detto altrimenti, la 'previsione' e la 'disposizione' sono resi, in modo plastico, come due ingranaggi distinti, epperò imprescindibili al fine di sviluppare il movimento giuridico proprio della norma.

Se la norma, dunque, perde la sua caratterizzazione atomistica, e la sua qualificazione in termini di unità di base del fenomeno

⁴ Si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. XV, t. II, Torino, 1943, p. 2, il quale afferma: «la norma giuridica, considerata nel suo congegno logico, consta di una previsione e di una correlativa disposizione. Essa prevede, cioè, in astratto e in generale, ipotesi di fatto classificate per tipi e così orientate nelle direttive di una valutazione giuridica».

giuridico, e se, al contempo, i suoi costituenti non trovano significato una volta isolati, ecco emergere un primo abbozzo della rilevanza del concetto di movimento giuridico, inteso come sviluppo di fattori di per sé improduttivi di conseguenze, insignificanti in senso proprio, ma che acquisiscono primaria importanza, ove posti nella condizione di reagire in modo consequenziale; in sostanza, e in prima approssimazione, ove acquisiscano la forma di vicenda giuridica.

2. Delle vicende giuridiche e delle fattispecie.

La cooptazione del termine ‘vicenda’, fra le categorie del diritto moderno, vanta due padri nobili: da un lato, Emilio Betti, il quale, al tramonto degli anni venti del Secolo scorso, lo forgiò, in uno con il concetto di ‘fattispecie’, nelle pagine delle sue Istituzioni di diritto romano⁵; dall’altro, Mario Allara⁶, col quale

⁵ Si legga, a tal proposito, la densa ricostruzione offerta da N. IRTI, *Destini dell’oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, p. 124, il quale afferma: «Allara non è ‘inventore’ delle due parole tecniche, che figurano nel titolo del corso: ‘vicenda’ e ‘fattispecie’. Qui non si tratta, come è ovvio, di indulgere a frivole priorità, ma soltanto di ripercorrere tracce di pensiero. Emilio Betti, certamente non sospettabile di vanità intellettuale, ha tuttavia cura di avvertire: la denominazione di ‘fattispecie’, nel senso di figura del fatto, “venne da noi introdotta nella prima edizione del nostro corso di ‘Istituz. di dir. rom.’, § 45; poi è divenuta di uso comune”. E, in postilla al richiamo del Corso allariano del 1939: “la denominazione di ‘vicende’ da noi introdotta nella prima ediz. del corso di *Istituz, dir. rom.*, 1929, § 45, è oggi divenuta di uso comune”».

⁶ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, ristampa a cura di N. Irti, Torino, 1999, *passim*.

raggiunse, dieci anni più tardi, la piena maturità, assumendo le vesti di una categoria autonoma di classificazione⁷.

Da quel momento in avanti, l'importanza, non solo teorica, di una compiuta elaborazione del concetto di vicenda in ambito giuridico ha trovato continua conferma, forte dell'intuizione, coltivata dalla dottrina più attenta⁸, in virtù della quale, dalla costruzione sistematica prescelta – e in un cammino a ritroso –, si propagano effetti, che coinvolgono direttamente il modo stesso di concepire la struttura, e le sfaccettature, del diritto soggettivo, inteso nella sua accezione più ampia.

D'altra parte, se è vero che tutti i fenomeni giuridici possono essere ridotti a un nudo rapporto di volontà, e che l'essenza del

⁷ Come afferma N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, cit., p. 125, «mentre 'fattispecie' trova subito largo e autorevole impiego (vengono alla memoria titoli e pagine di Falzea e Rubino), 'vicenda' ha penetrazione più cauta e lenta. E, dove sulla prima si appuntano indagini di civilisti e di studiosi di altre discipline giuridiche, la seconda si lega soprattutto ai corsi torinesi di Mario Allara».

⁸ Si veda, almeno, P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, P. I, p. 393, per il quale il raggio di azione è addirittura più ampio, affermando che «la teoria delle vicende, astrattamente intesa, risponde ad un'esigenza insopprimibile della dinamica di ogni entità effettuale, trascende la disciplina dell'obbligazione civile e – se giuridicamente irrilevante riguardo alle situazioni soggettive morali non tutelate in via di azione e in via di eccezione – ha certamente una sua propria giustificazione in riferimento a quelle situazioni soggettive morali o sociali giuridicamente tutelate in via di eccezione come appunto le obbligazioni naturali».

Si vedano, inoltre, C. MAIORCA, voce *Vicende giuridiche*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975, p. 692, ad avviso del quale: «il tema delle vicende è il prisma entro cui convergono le contraddizioni del sistema dogmatico tradizionale», e N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, in M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 7, in cui si afferma: «il rapporto giuridico è una struttura, una combinazione di addendi, i quali, una volta venuti ad esistere, guadagnano una sorta d'impersonale e solitaria oggettività. Le vicende, cioè i movimenti determinati dall'accadere delle fattispecie normative, toccano o l'intera struttura (costituzione od estinzione) o elementi di essa (modificazione)».

diritto è nel dominio della volontà altrui⁹, le vicende altro non sono che le fasi evolutive di codesti rapporti di forza; o, se vuoi, le raffigurazioni sintetiche dell'avvicendamento dei differenti equilibri, che delimitano il rapporto obbligatorio nel suo divenire nel tempo.

Non di meno, proprio perché il modello concreto di vicenda giuridica dipende, in gran parte, da una scelta assiologica, che anticipa e pone le basi delle tecniche interpretative successive, si possono distinguere, fin dal principio, due impostazioni metodologiche differenti.

Se, infatti, Emilio Betti considera inscindibili le vicende dalle fattispecie, raffigurandole quali componenti di reazioni unitarie, in cui le prime rappresentano il naturale svolgimento, il lato dinamico, della fattispecie astratta corrispondente¹⁰ – necessariamente statica¹¹ –, Mario Allara dipinge un quadro di studio dal sapore più scientifico e asettico, scomponendo la materia giuridica nei suoi elementi essenziali.

⁹ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 11.

¹⁰ N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 5.

¹¹ Suggestiva, la ricostruzione offerta da F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova, 1949, p. 46 s., il quale, specificando ulteriormente i 'fatti' dalle 'cose', afferma che il «fatto è la cosa che si muove; cosa il fatto quando sta fermo». L'Autore, in sostanza, intuisce il principio del movimento giuridico già nella nozione qualificante di fatto, sufficiente ad animare, in senso giuridico, la 'cosa', di per sé sola irrilevante.

Il Giurista torinese, infatti, attribuisce a entrambe una dignità del tutto autonoma, e sovverte quello che, fino ad allora, pareva essere l'(unico) ordine logico possibile, scandito dai tratti, schiettamente antropomorfici¹², della nascita, della modificazione e dell'estinzione di ogni rapporto giuridico.

Il pensiero di Mario Allara culmina in una rivoluzione discreta e silenziosa, ponendo un verso opposto nella direzione, paradossalmente immutata, del vettore che guida l'osservazione: «non più dal fatto giuridico alle vicende di rapporto, ma dalle vicende di rapporto al fatto giuridico»¹³.

Ad onta del necessario grado di astrazione, che un tema di teoria generale impone a chi lo indagherà, l'approfondimento delle dinamiche giuridiche del rapporto, che, tradizionalmente, definiamo vicende, soddisfa un interesse schiettamente concreto.

Se è corretto considerare il diritto un filtro, attraverso il quale leggere – e scrivere – uno dei gradi, o delle dimensioni, della realtà¹⁴, si deve riconoscere come quella giuridica – al pari della

¹² N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 6.

Si legga, inoltre, C. MAIORCA, voce *Vicende giuridiche*, cit., p. 701 ss.

¹³ N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 6.

¹⁴ Come afferma F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 193, la situazione giuridica altro non è, se non una situazione materiale, accresciuta dell'elemento giuridico.

In merito al concetto di 'realtà giuridica', e al rapporto con «le realtà di diverso ordine», si legga Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalt., Milano, 1983, p. 204 ss.

prima, cui aderisce –, si sostanzia in uno svolgimento, in un mutamento senza posa¹⁵, in cui le fasi di stasi altro non sono che attese dei cambiamenti successivi, fotogrammi di un continuo divenire¹⁶: lo studio delle vicende è lo studio dei mutamenti delle situazioni giuridiche; lo studio dei mutamenti delle situazioni giuridiche, quindi, è lo studio dello svolgimento del diritto¹⁷.

3. Qualificazione autonoma dell'elemento temporale nel movimento giuridico, e sua preminenza.

Ci si deve chiedere, quindi, cosa debba intendersi, in concreto, per vicenda di un rapporto giuridico, o vicenda giuridica di un rapporto, che dir si voglia.

La risposta, come già anticipato, varia in funzione degli assiomi sistematici presi a riferimento; ciò non ostante, la coerenza del sistema allariano si è rivelata di sicuro, e comprensibile, successo, pittando le vicende del rapporto giuridico nelle forme della costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto

¹⁵ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 191.

¹⁶ Celebre la metafora di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 191: «le situazioni giuridiche, che noi abbiamo finora osservato, non sono quella realtà medesima, ma un'astrazione da essa; ciò che mediante la loro osservazione abbiamo veduto non è più di ciò che del mondo si vede osservando una fotografia: l'immagine fotografica, tra l'altro, è immobile, mentre l'uomo fotografato si muove, si trasforma, muta continuamente; altrettanto è delle situazioni giuridiche».

¹⁷ Si veda F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 192.

determinato¹⁸, in un momento temporale definito o definibile, ma pur sempre istantaneo¹⁹.

Una definizione, dunque, che prescinde da qualsiasi collegamento spaziale, esaltando unicamente il carattere della temporalità²⁰, intesa non già nella sua durata cronologica²¹, bensì nel singolo istante, in cui la fattispecie, dall'esterno, genera il “movimento giuridico”; vale a dire, nell'istante in cui la vicenda stessa si sostanzia. Se si volesse esprimere lo stesso fenomeno con termini diversi, ben si potrebbe sostenere come lo schema del movimento giuridico sia delimitato da un *prius* e un *post*, in cui la vicenda assurge a collegamento, operando attraverso il criterio – pre-giuridico, ma dalla scienza del diritto mutuato – della causalità²².

Da tali osservazioni, a mio parere, emerge, in modo nitido, uno dei nuclei teorici più significativi, ricavabili dalla tesi

¹⁸ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 20 s.

¹⁹ M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, Torino, 1939, p. 4.

²⁰ L'aspetto temporale è posto in assoluto risalto. Si veda la descrizione sintetica delle vicende del rapporto racchiusa in M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 4, e resa con le seguenti parole: «Si ha costituzione del rapporto giuridico quando, dati due momenti di tempo immediatamente successivi, nel primo di essi il rapporto non esiste, e nel momento successivo il rapporto esiste; estinzione nel caso inverso; modifica allorquando nei due momenti di tempo consecutivi il rapporto non si presenta con gli stessi elementi, presenta cioè una modifica nell'oggetto o nel soggetto (modifica oggettiva o soggettiva)».

²¹ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 77 s.

²² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 192.

dommatica di Allara: fattispecie e vicende possono essere rappresentate come due rotaie di uno stesso binario, necessariamente parallele e allineate, connesse da traversine, che le rendono profondamente interdipendenti, ma senza alcun elemento di commistione.

La fattispecie, posta dal legislatore tramite un atto di volontà, di intelletto, opera una cernita, seleziona e traduce i fatti empirici in giuridici²³, in un fenomeno di cooptazione; le vicende, invece, sono processi esclusivamente endordinamentali, quasi automatici, che traggono le conclusioni, che producono i movimenti del rapporto, sulla base di elaborazioni squisitamente logiche, fin matematiche, servendosi degli schemi di procedimento posti a fondamento del sistema giuridico.

Vicenda come procedimento, quindi; vicenda, che segna, avocando a sé, la metamorfosi e la temporalità del rapporto giuridico, scandito e governato, ma dall'esterno, in modo indiretto, dalla fattispecie. Ciò significa che, se la fattispecie potrà sempre essere messa in discussione, quale discrezionale

²³ Si legga, a tal riguardo, IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 53, che afferma come «nella ricostruzione della fattispecie consiste, dunque, il primo compito dell'interprete: ossia nella ricerca degli elementi, che permettono ad un accaduto storico di elevarsi al rango di fattispecie giuridica di un dato tipo, e così alla norma di passare dallo stadio della pura virtualità a quello della categorica concretezza».

frutto della decisione umana, la vicenda sarà sorda a ogni critica, a ogni contestazione, se non a condizione di ridiscutere, nel suo complesso, l'intera architettura giuridica, dalla quale sia scaturita.

La vicenda giuridica, quindi, è inscindibile dall'elemento della temporalità, che, d'altra parte, è intrinseco all'idea di 'movimento'²⁴, cui Allara si rifà; ma poiché il movimento oggetto di studio è movimento giuridico, del tutto singolare, privo del fattore spaziale – fisicamente necessario –, codesto deve necessariamente assumere una forma sua propria, peculiare, diventando così tempo assoluto – meglio, tempo artificiale²⁵ –, che prescinde dall'elemento diacronico, ma di per se stesso dinamico, evolutivo e vincolato all'idea di progressione.

Il tempo giuridico è un tempo denso, che può essere plasmato sia nel suo divenire, sia nel suo essere stato, attraverso effetti retroattivi²⁶ sicuramente coerenti con l'idea di ordinamento giuridico oggi accettata.

²⁴ N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 8.

²⁵ N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 9.

Per una riflessione su codesto tema, si veda, altresì, F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 46 s., secondo il quale, proseguendo nel solco del pensiero di Kant, il tempo non è realtà. Condivisa una simile asserzione, sembra lecito rendere l'idea di tempo in termini di convenzione, e la natura convenzionale reca con sé la piena capacità di disporre di essa.

²⁶ Circa il fenomeno della retroattività, si veda N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 9 ss.

Basti pensare al caso, emblematico nella sua linearità e valenza generale, della disciplina disegnata, con l'art. 1360 cod. civ., per la condizione²⁷ – sospensiva o risolutiva che sia –, la quale, salvo casi circoscritti, avrà sempre un'incidenza retroattiva, risalente all'istante stesso, in cui lo schema di assetto degli interessi in questione abbia assunto forma compiuta.

Efficacia retroattiva come *potestas* retroattiva del volere, la quale, da finzione e ambizione, muta in realtà giuridica assoluta, e il cui primario valore è testimoniato dalla prevalenza rispetto ad altri principî cardine del Diritto civile: si pensi alla sostanziale scoloritura del brocardo *semel heres semper heres*, patita dal contatto con la norma incastonata nell'art. 633 cod. civ., che consente di apporre una condizione risolutiva a una disposizione testamentaria a titolo universale. Sul piano giuridico, la *fictio iuris* permette di salvare l'integrità della

Tale caratteristica, peraltro, è ciò che, in modo più evidente, differenzia il diritto, ossia la legge giuridica, dalla legge naturale. Come ricorda, infatti, F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 25, diritto e legge non sono sinonimi. Il diritto è un concetto esclusivamente giuridico, mentre la legge è una categoria condivisa dai cultori di ogni scienza. Ciò non di meno, legge e diritto hanno un elemento in comune: l'idea del vincolo. Qualora, però, si raffronti la legge naturale con quella giuridica, ci si avvede di come la legge naturale esprima un vincolo tra un *prius* e un *post* (vedi F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 26); quella giuridica, al contrario, è svincolata da detta necessaria consequenzialità, ben potendo, *ex post*, incidere nel *prius*. Di qui la prova più luminosa dell'artificialità del diritto, che muove da un'idea di tempo del tutto relativa: tempo inteso non già come condizione *del* diritto, bensì quale elemento definito *dal* diritto; propriamente, un *tempo giuridico*.

²⁷ L'effetto retroattivo legato all'avveramento della condizione è considerato anche da M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 7, il quale se ne serve per approfondire la fase, che precede il mutamento giuridico, e che, di volta in volta, può presentarsi nella forma dell'attesa del mutamento o della eventualità del mutamento.

massima, mentre uno sguardo severamente diacronico svela, in senso lato, l'evidente *capitis deminutio minima*²⁸.

In questo senso, quindi, il “tempo giuridico (del diritto) civile” non è tempo dell'uomo, ma tempo delle vicende giuridiche, in un sistema chiaramente autoreferenziale – e, appunto, artificiale –, di cui i consociati si servono per disporre al meglio, nel modo più ampio possibile, anche oltre i limiti naturali²⁹, delle proprie situazioni giuridiche soggettive (anch'esse, a ben vedere, schiettamente artificiali, e prova luminosa di progresso).

²⁸ Servendomi delle parole di Gaio (G. 162), «*Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur*».

In merito alla capacità, del diritto, di creare delle realtà sue proprie, si legga Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 209, in cui si afferma come il diritto «crea delle vere e proprie realtà che senza di esso non esisterebbero, delle realtà, quindi, che il diritto non prende da un mondo diverso dal suo per appropriarsele con o senza modificazioni, ma sono esclusivamente e originariamente sue. E con ciò raggiunge degli effetti che a coloro che non hanno un'adeguata idea della sua forza e della sua natura possono sembrare, e infatti sono sembrati, anche ad esperti giuristi, così miracolosi da far dubitare che essi siano il frutto di semplici e infondate immaginazioni».

²⁹ Come afferma N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 14, «la tecnica è potenza che *usa il mondo*, e perciò lo calcola, lo governa, lo manipola». La volontà di dominio, che è la pura essenza della tecnica, «*si crea il proprio mondo*, sovrapponendolo e im-ponendolo alla realtà 'data'. Di qui l'antitesi o dualismo fra *naturale* e *artificiale*, fra le cose come sarebbero prima e le cose come sono dopo l'intervento della tecnica, fra l'originaria ingenuità e la calcolante riflessione». Le osservazioni richiamate valgono, vieppiù, per la tecnica giuridica. L'autorevole Giurista, infatti, proseguendo, sottolinea che «propriamente artificiale è il mondo della tecnica, cioè 'fatto con arte', con metodi e abilità suggeriti dalla scienza, e con l'ausilio di mezzi meccanici. La 'in-naturalità', così dolorosamente avvertita nelle descrizioni del nostro tempo, non è altro dal dominio tecnico, è la stessa tecnica che si svela nella sua misura planetaria. Ed anche codesto è tratto comune al diritto, il quale, mercé comandi e divieti, crea il proprio mondo, un *mondo di volontà ed azioni*, che nulla ha di originario e naturale. Suprema e pura è l'artificialità del diritto, di questo suo giudicare le azioni (lecite o illecite, obbligatorie o libere), di questo segnare inattesi cammini alla volontà altrui».

A tal proposito, si veda, altresì, F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 28, secondo il quale, «la legge giuridica è costruita dagli uomini; perciò la legge giuridica si oppone alla legge naturale come una legge artificiale».

Per questa ragione, poco sopra, si è fatto riferimento alle vicende giuridiche in termini di costituzione, modificazione, estinzione di rapporti giuridici determinati in momenti temporali definiti o ‘definibili’: ciò non allude solamente al diverso grado di determinatezza, che può contraddistinguere la vicenda, ma tradisce la possibilità, concessa dal tempo giuridico alle vicende giuridiche, di incidere in maniera fin arbitraria, senza vincoli stabiliti *a priori*.

Il fattore temporale, non di meno, pur così preponderante nella delineazione del nucleo del concetto di vicenda, è un affluente, che trova la sua foce nella solida, e placida, nozione di rapporto giuridico, che ne ricompona l’irruenza nell’ampio letto della sua solida categoria dommatica, dissipando quella sensazione di rigido isolamento, di istantaneità, che promana da uno studio circoscritto alle sole vicende giuridiche.

Se si dovesse renderne l’essenza con un’immagine, che vada oltre l’indeterminabile profondità vantata da una delle colonne, sulle quali si regge l’architrave civilistico, il rapporto giuridico è ciò che riempie la distanza; vale a dire, ciò che supera l’apparenza del vuoto fra “le cose”³⁰, intese come soggetti e

³⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 141, il quale afferma: «l’intervallo tra due cose, in quanto è pensato come una congiunzione, si chiama rapporto o relazione. *Relatio* è *actus referendi*; *referre* (riferire, riportare, rapportare), a sua volta, *retro aut vicissim aut iterum ferre*. Perciò queste parole

oggetti. L'apparenza è la distanza. La congiunzione, il rapporto giuridico. Una realtà impalpabile, eppure non meno concreta e permeante dell'elettricità.

Un rapporto giuridico inteso come mezzo di collegamento tra gli oggetti del diritto, così come nella storia della fisica l'etere luminifero ha permeato, per lungo tempo, lo spazio, spiegando la propagazione delle onde elettromagnetiche. Ecco un altro esempio, che rende immediata la relazione fra vicende e rapporti giuridici.

Il rapporto giuridico è tessuto connettivo, materia impalpabile corpuscolare, etere luminifero (*rectius*, etere giuridico), in cui si propagano le onde, giuridiche, che noi definiamo vicende. La scienza fisica ha smentito l'esistenza dell'etere luminifero; la scienza giuridica, che è scienza dell'uomo, scienza artificiale indotta, e non dedotta, non vi ha mai rinunciato, facendone una delle pietre d'angolo della sua architettura.

esprimono la idea di andare e tornare dall'una all'altra cosa colmando la distanza tra di esse e, con ciò, di una congiunzione. Appunto perché *ius iungit*, ossia tende a fare di due parti un intero, stabilisce un rapporto tra di esse. I *rapporti giuridici* non sono altro che rapporti (congiunzioni) stabiliti dal diritto».

4. (segue) L'esclusione del negozio di accertamento.

Alla luce di codeste osservazioni, ben si comprende perché, nella costruzione di Mario Allara, non tutti i fenomeni, che si riflettono sui rapporti giuridici, possano essere classificati come vicende.

In particolare, sono esclusi, in modo netto, dalla categoria dommatica delineata, i negozi di accertamento³¹.

La ragione mi pare chiara. L'analisi puntuale degli effetti svela come l'accertamento non provochi alcun movimento del rapporto giuridico, bensì operi su di un piano diverso: o esplicita quanto già è, risolvendosi in una attività del tutto statica, o, al contrario, ridetermina, in radice, il rapporto sul quale incide.

Attorno a detta esclusione orbita una delle intuizioni, sottese alla ricostruzione allariana, più sottili.

Istintivamente, infatti, la posizione richiamata potrebbe essere oggetto di critiche: se il negozio di accertamento ridefinisce, talvolta, un rapporto esistente, perché non scomporre il procedimento in una estinzione del (precedente) rapporto

³¹ Di parere diverso sembra essere M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 606, il quale ricomprende la sentenza di accertamento fra le modificazioni nel titolo dell'obbligazione. L'Autore, infatti, distingue le modificazioni dell'obbligazione in tre classi: nel titolo, nell'oggetto, nei soggetti.

giuridico, seguito dalla correlativa costituzione di un (nuovo) rapporto giuridico, e intercettando, così, due momenti della teoria tripartita?

A ben vedere, però, una ricostruzione di tal fatta non è ammissibile.

Ragionando in chiave effettuale, vero è che dal negozio di accertamento possa scaturire un rapporto sostanzialmente diverso, quasi etichettabile come *ex novo*; ma è altrettanto innegabile che, dal punto di vista dommatico, codesto conservi un sicuro nesso di collegamento con la situazione giuridica pregressa³², alla quale sarà pur sempre riferibile, e la cui emersione – pur farraginoso sul piano processuale – non sarà preclusa, bensì (solo) fortemente limitata, soddisfacendo, così, quella esigenza di semplificazione e stabilità spesso avvertita nelle relazioni giuridico-economiche, della quale, pur con cautela, il diritto processuale si fa (o si dovrebbe fare) carico, traducendo l'istanza in procedimenti effettivi e dirimenti.

In questo senso, quindi, le conseguenze, scaturenti dal negozio di accertamento, non possono essere interpretate né come

³² Il legame, che unisce il rapporto giuridico, scaturente dal negozio di accertamento, alla situazione giuridica pregressa, è stato spesso illuminato anche dalla giurisprudenza; si vedano, fra tante, Cass., 27 aprile 1982, n. 2653, in *Giur. it., Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 586; Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2456; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739 in *Banca dati Pluris – Utet/Cedam* e Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Banca dati DeJure – Giuffrè*.

costituzione, né come modificazione, né come estinzione di un rapporto giuridico dato, ma, al più, e a seconda dei casi, come la chiarificazione o la ridefinizione arbitraria, con soluzione di continuità, di un rapporto giuridico già in essere.

5. Distinzione delle vicende giuridiche dei rapporti dalle vicende delle norme giuridiche, e loro interazione.

In virtù di quanto sin qui osservato, si rende ora necessaria una precisazione, che distingua le vicende giuridiche dei rapporti dalle vicende giuridiche delle norme, pur illuminandone il *fil-rouge*, che, inevitabilmente, stringe i due concetti.

La norma è espressione dell'atto di imperio, e fonte, diretta o indiretta, di ogni vicenda del rapporto giuridico. A differenza di quest'ultima, però, la prima pretende, oltre a un chiaro tempo di vigenza, uno spazio, che delimiti o, quanto meno, indichi il raggio di propagazione della sua efficacia.

Se, infatti, e per le ragioni esposte innanzi, le vicende giuridiche dei rapporti non impongono all'interprete una valutazione, in chiave problematica, della fonte del rapporto stesso, la norma, in quanto unità generativa dell'effetto giuridico, manifestazione prima della vigenza di un ordinamento, è chiamata a sottostare,

sempre, a precise condizioni di validità, dettate (e condizionate) dai limiti, spaziali e temporali, che qualificano l'autorità cui sia riferibile³³.

Anche le norme giuridiche, a ben vedere, sono (spesso) oggetto di vicende³⁴: una volta trasfuse nel tessuto normativo, possono essere modificate e abrogate; epperò, il loro studio interessa più in una prospettiva storico-giuridica, o sociologica, che non in quella dischiusa dalla teoria generale del diritto.

La norma, infatti, così come le sue vicende, è espressione della volontà politica affermatasi in un momento specifico, e non è tenuta a rispettare i criteri, consequenziali, imposti dal procedimento logico. Lo studio delle vicende delle norme giuridiche raccoglie l'interesse dell'interprete, il quale intenda afferrarne il riflesso, studiando, loro tramite, l'evoluzione socio-politica di una certa comunità statale, trasfusa, di necessità, nel divenire del suo ordinamento giuridico.

³³ Come osserva N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 23, «la sovranità si esprime massimamente in forma di legge. Il territorio *misura* la signoria giuridica dello Stato. Si profila così una *dimensione spaziale* del diritto, correlativa alla dimensione spaziale dello Stato. Il territorio determina l'ambito dell'uno e dell'altro. Le norme giuridiche – è da ricordare – vigono nel tempo e nello spazio: hanno sempre bisogno di un '*quando*' e di un '*dove*'».

³⁴ Secondo N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 23, le norme giuridiche «sono emanate modificate abrogate, e perciò presentano una *durata*, più o meno breve, più o meno lunga. Ma insieme hanno bisogno di una determinazione spaziale, cioè di un *campo di vigenza*, comunale regionale nazionale e via seguitando. La norma giuridica è *sempre norma in un certo luogo e per un dato tempo*». Dal passo richiamato, peraltro, emerge come, una volta definita 'vicenda' ogni 'costituzione, modificazione o estinzione', sia necessario, per la sua individuazione, il solo elemento temporale.

La norma giuridica, quindi, è, in un tempo, volontà dello Stato e – non causa³⁵, bensì – custode del mutamento dei rapporti giuridici³⁶, racchiusi al suo interno. E se pare innegabile che la legge sia una delle vesti assunte dalla norma giuridica, si deve rilevare come la legge-norma giuridica non possa mai essere considerata, se non ricorrendo a una improbabile sineddoche, come «fatto giuridico», inteso quale reagente di vicende, ossia impulso e presupposto del mutamento di un rapporto giuridico. I gangli del sistema saranno chiariti poco oltre. Ora basti fermare l'attenzione sul fatto che la legge non sia mai causa del mutamento, ma trattenga in sé la vicenda stessa; e se la volontà dello Stato, tradotta in legge, modificherà, o abolirà, un determinato rapporto obbligatorio, la legge non assurgerà mai a causa della vicenda conseguente, bensì, una volta ridotta al suo effetto, ne assumerà l'identità, facendosi vicenda, modificativa o estintiva che sia³⁷.

³⁵ Come precisa M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 107, la legge non è fatto giuridico; la legge, o, meglio, la norma giuridica, non è causa del mutamento del rapporto giuridico, ma è il mutamento stesso.

³⁶ Si veda M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 108, il quale rileva come l'espressione 'volontà della legge' sia del tutto impropria, dovendosi richiamare, in sua vece, la 'volontà dello Stato' testé ricordata.

³⁷ M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 107.

Le osservazioni appena proposte suggeriscono il grado, intermedio, che separa il piano della volontà dello Stato da quello cui appartengono le vicende giuridiche.

La volontà dello Stato è causa della legge e, quindi, causa della norma giuridica.

Volontà dello Stato come causa, quindi, di vicende di norme, le quali, confluendo nel quadro giuridico preesistente, si faranno portatrici di vicende giuridiche di rapporti, serbando un contenuto costitutivo, modificativo o estintivo di rapporti giuridici, a condizione dell'avverarsi di fatti, selezionati dalla norma stessa.

Il procedimento testé descritto è tanto semplice nella sua consequenzialità, quanto complesso nel suo elevarsi a raccordo fra due piani di riferimento sì sovrapposti, epperò differenti, uniti da un principio analogo a quello regolante il funzionamento dei vasi comunicanti, e di cui, nella scienza del diritto, le vicende giuridiche sono prova.

Al mutare degli elementi materiali di una situazione concreta corrisponde, in virtù di una norma, il mutare dei suoi elementi giuridici, così come «all'accadere del fatto materiale corrisponde o consegue l'accadere del fatto giuridico»³⁸,

³⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 194, secondo il quale «la causalità giuridica non è che un aspetto della causalità fisica o naturale». Il che,

rendendo, in tal modo, il fatto materiale, prescelto dalla norma, una *occasione* degli effetti giuridici, che esprimono la volontà, primaria, dello Stato. (II) fatto (sarà) giuridico in quanto all'aspetto materiale del suo avveramento si accompagni il mutamento, giuridico, voluto dallo Stato³⁹.

6. (segue) Il raccordo tra norma e vicenda giuridica.

Lo studio evolutivo delle norme giuridiche convoglia interessi di rango differente; non di meno, il concetto di norma non può essere scisso dall'analisi delle vicende dei rapporti giuridici. A tal riguardo, è bene ripercorrere le categorie della dommatica classica, che contribuiranno a mettere in luce il nucleo del concetto, non di rado rarefatto, di vicenda giuridica⁴⁰.

si noti, è ben diverso da quell'impostazione, che faceva coincidere le vicende fisiche della *res* con quelle del diritto sulla medesima insistente. Si legga, a tal proposito, C. MAIORCA, voce *Vicende giuridiche*, cit., p. 701, nota 4, il quale ricorda come «la dottrina del diritto soggettivo, nella sua fase originaria di impronta pandettistica, ancora aliena dalle astrazioni del «dovere» e del «rapporto intersoggettivo» (con riguardo a decisioni delle fonti in tema di accessione e specificazione, nonché di acquisto di frutti naturali), aveva proposto una correlazione (valida essenzialmente per i «diritti reali») tra la sorte (e diciamo pur le vicende) della «cosa» e la sorte (le vicende) del «diritto sulla cosa», ponendo un collegamento tra «nascita della cosa» (*res nova*) e «nascita del diritto»; tra «estinzione della cosa» (*res extincta*) ed «estinzione del diritto».».

³⁹ Si legga F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 200.

⁴⁰ Come si avrà modo di osservare in seguito, il concetto di vicenda giuridica *tout court* non coincide con quello di vicenda giuridica del rapporto: l'indicazione dell'ambito di studio delle vicende (nella specie, il rapporto giuridico) implica rilevanti conseguenze nella determinazione concreta del novero delle stesse.

Ove si scomponga e si studi la struttura interna della norma, si prende coscienza di come essa si sostanzia in un giudizio ipotetico, che associa effetti giuridici determinati⁴¹ all'avverarsi di un fatto (da intendersi in senso ampio, ricomprendendo, in tale accezione, sia la categoria delle azioni, sia quella delle situazioni).

L'analisi, quindi, si articola in tre profili distinti, il cui oggetto di indagine sarà, di volta in volta, il fatto elevato a ipotesi, l'effetto scaturente dal concretizzarsi del fatto e il «nesso unitivo» posto a raccordo dei due elementi precedenti.

Quanto appena osservato, si rivela foriero di sviluppi ulteriori. Sotto altra luce, infatti, la norma è descritta dal binomio fattispecie-effetto, e se, come si accennava prima, la fattispecie non è altro che la selezione, legislativa, del fatto – o della concatenazione di fatti⁴² –, dal quale discende il movimento giuridico, le vicende giuridiche altro non sono che la metafora della fusione, della *reductio ad unum* dell'effetto e del nesso unitivo, che riconduce codesto alla fattispecie considerata.

⁴¹ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 17.

⁴² Come osserva N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 17, nella parte ipotetica, la norma giuridica descrive un fatto eventuale (*rectius*, probabile), e la descrizione normativa del fatto è, appunto, la fattispecie. D'altra parte, come rileva E. BETTI, *Diritto romano*, vol. I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 169, il termine rintraccia la sua origine nel latino medievale '*facti species*', la cui traduzione è proprio 'figura del fatto'.

Ciò significa, quindi, che la norma ben potrebbe essere rappresentata nell'amalgama degli elementi, costitutivi, della fattispecie e della vicenda giuridica corrispondente.

Vicenda giuridica, quindi, intesa, in generale, come incisione concreta del diritto nell'ampia dimensione delle relazioni umane, e – ove destinata a imprimersi su di una relazione plurisoggettiva specifica –, definibile, in modo più circostanziato, in termini di vicenda giuridica del rapporto, o, se si preferisca, di vicenda del rapporto giuridico.

Ciò non di meno, fattispecie e vicenda giuridica, pur sciogliendosi nel composto unitario della norma, seguono regole costitutive e procedurali differenti.

La descrizione normativa, ossia la fattispecie, è frutto di una libera selezione di fatti costitutivi, e, come tale, è soggetta ai cambiamenti legati al susseguirsi delle epoche.

La tecnica costruttiva, su cui poggia, non deve conformarsi a schemi rigorosi, così come la descrizione normativa non soggiace ad alcun criterio di verità/falsità, o di fedeltà/infedeltà, vista l'assenza di un modello, di un parametro esterno di riferimento, al quale doversi uniformare⁴³.

⁴³ Cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 18.

Tramite il criterio di rilevanza⁴⁴, la tecnica di costruzione della fattispecie si limita a selezionare, tra la moltitudine dei fatti storici, i fatti giuridici, ai quali riconduce la produzione di vicende, che sono l'autentico "voluto" giuridico.

Il fatto, prima ancora di essere giuridico, è fatto storico⁴⁵. La vicenda giuridica, al contrario, è l'alterazione, l'incisione del diritto nel divenire storico-naturale; è la deviazione, l'impressione di una direzione, di una conseguenza artificiale rispetto al verificarsi di un certo fatto, o di una successione di fatti⁴⁶.

La conseguenza più rilevante può essere apprezzata, ove il campo di osservazione sia ampliato.

Servendosi della norma giuridica, l'ordinamento svela come la sua pretesa – e ambizione – più audace sia l'uniformità. L'avveramento degli stessi fatti storici, in luoghi e tempi differenti, produrrebbe, di per sé solo, conseguenze ogni volta peculiari, diverse.

⁴⁴ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 19.

⁴⁵ La distinzione terminologica non allude al solo piano descrittivo, ma fissa quelli che sono i termini di una relazione. Come spiega M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 103, «per fatti giuridici intendiamo i singoli fatti dal cui concorso deriva un dato mutamento di rapporti».

⁴⁶ A tal proposito, si legga F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 83, il quale afferma: «cercando di spiegare la differenza tra leggi naturali e leggi giuridiche, s'è veduto che queste ultime non si limitano alla rappresentazione della legge morale, ma s'ingegnano di aggiungere alla conseguenza naturale del fatto una conseguenza artificiale».

L'artificialità della vicenda giuridica, di converso, conferisce alla fattispecie il potere (rilevante) di uniformare. Ogni sequenza di fatti, dalle caratteristiche analoghe, sarà sempre foriero della medesima conseguenza, ripetibile e ripetuta; dando forma, in tal modo, a uno dei tratti distintivi più complessi e sfaccettati dell'ordinamento giuridico: la prevedibilità, in uno con la capacità di prevedere.

Quanto innanzi osservato mi sembra permetta di trarre una conclusione ulteriore.

Nel solco dell'individuazione dei caratteri suoi propri, il concetto di vicenda giuridica si palesa, in una prospettiva di teoria generale, come (l'unica) espressione giuridica pura. Nell'opera di costruzione della fattispecie, infatti, l'azione giuridica si limita a selezionare, qualificare o agevolare un fatto, storico-naturale, elevandolo a presupposto⁴⁷; ma è la vicenda giuridica, nella sua essenza di effetto derivato, endo-ordinamentale, a integrare la schietta manifestazione, la traduzione autentica, e più diretta, della volontà e del potere giuridico.

⁴⁷ Come osserva M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 109, i fatti, qui considerati, possono essere resi come un'ipotesi, cui è subordinato il mutamento del rapporto giuridico.

7. Le vicende dei rapporti: un'espressione di tecnica giuridica. Il fatto giuridico come impulso primario della meccanica del diritto.

«La conoscenza ha due forme: è o conoscenza intuitiva o conoscenza logica; conoscenza per la fantasia o conoscenza per l'intelletto; conoscenza dell'individuale o conoscenza dell'universale; delle cose singole ovvero delle loro relazioni; è, insomma, o produttrice d'immagini o produttrice di concetti»⁴⁸.

Così, Benedetto Croce, distingueva due forme alternative di conoscenza, i cui caratteri antitetici non derivano da una scelta discrezionale, proposta come convenzione, ma emergono alla luce, e a conclusione, di un'analisi puntuale.

L'estetica si fonda sull'intuizione della realtà; non si serve del metodo deduttivo, offerto dalla logica, ma trova la propria ragione nel sentimento, nell'adesione spontanea all'esistente, raggiungendo una verità, o un grado della verità, che sfugge ai sillogismi e alle definizioni, poiché l'intuizione è immedesimazione nell'oggetto. Quanto più l'intuizione è

⁴⁸ B. CROCE, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale*, Bari, 1928, VI ed., p. 3.
Per un'idea del contesto, storico e filosofico, nel quale l'opera vide la luce, si legga I. DE FEO, *Croce. L'uomo e l'opera*, Verona, 1975, p. 90 ss.

profonda e netta, tanto più è immediata e precisa la sua manifestazione, la sua espressione.

Del tutto diversa, invece, la conoscenza logica: qui il metodo di indagine pretende un quadro di riferimento, regole di analisi verificabili e ripetibili, che permettano di controllare la coerenza di ogni passaggio, rendendo stringente e (il più possibile) oggettivo il percorso di deduzione; creando, così, il procedimento. Qui non è il soggetto che aderisce all'oggetto, che si immedesima con esso, ma è l'oggetto a essere scomposto e classificato secondo le categorie elaborate nel quadro di riferimento.

Da quanto appena abbozzato, si intuisce come la conoscenza logica sia, essenzialmente, conoscenza artificiale: la sua stessa esistenza implica la presenza di un filtro, che dia significato ai risultati raggiunti, altrimenti inintelligibili.

Racchiusa in questa vasta area del sapere⁴⁹, si rintraccia sia la scienza giuridica, sia la tecnica giuridica⁵⁰, l'una da intendersi come scienza di (analisi e) costruzione del quadro di riferimento giuridico, l'altra come tecnica di elaborazione del diritto, sulla base del quadro costituito e vigente in un dato momento storico. Di qui, il concettualismo, come metodo di riduzione della norma a sistema – forte di concetti e categorie radicati nelle tradizioni delle Scuole più antiche –, e il ruolo storico della dottrina, garante dell'unità e della coesione del sistema stesso⁵¹.

⁴⁹ La conoscenza logica, peraltro, non esclude *a priori*, dai suoi confini, la fenomenologia dell'arte e, a tal proposito, un ruolo centrale è ricoperto dalla figura dell'interprete. Come ben osserva F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 55, l'interpretazione non avviene solo nell'ambito del diritto: l'interprete è di primaria importanza (non in qualunque arte, bensì) in «quella forma d'arte, che dovrebbe chiamarsi *discorsiva* in opposizione a arte *figurativa*, secondo la distinzione elementare delle due forme del concetto, discorso o figura». L'illustre Autore va oltre la semplice similitudine, sostenendo che «l'interpretazione giuridica e l'interpretazione artistica non sono due cose diverse, ma una cosa sola. Se il diritto non fosse arte, l'interpretazione non ci avrebbe a che fare. L'interpretazione giuridica è interpretazione artistica; se non fosse tale, non sarebbe interpretazione».

⁵⁰ Si veda, a questo proposito, il ritratto offerto da N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 12, il quale distingue il tecno-diritto dalla tecnica del diritto. L'Autore afferma come «tecno-diritto non indica (o non vuole soltanto indicare) la tecnica del diritto, il razionale impiego di mezzi in vista di un fine. È piuttosto la parola, con cui descriviamo la situazione del diritto nel nostro tempo, il *rapporto della potenza giuridica con altre potenze*. C'è fra esse un tratto comune: la consapevole volontà di dominare cose e uomini, natura e storia. Volontà, non mai sazia e placata, che trascorre di scopo in scopo, e non riconosce alcun vincolo prima di sé e sopra di sé».

⁵¹ Si veda la ricostruzione offerta da N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 49 ss.

Significativo, altresì, il malinconico sguardo, posato sul luminoso passato prossimo della civilistica italiana, di G. BENEDETTI, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e ritratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Milano, 1988, p. 3 ss. In particolare, si veda, *ivi*, p. 34, in cui l'Autore, ripercorrendo il pensiero di Luigi Mengoni, illumina uno dei doveri più stringenti, cui è chiamata la dogmatica: razionalizzare i giudizi di valore. Riflettendo sul metodo giuridico, Mengoni ritiene che il pensiero dogmatico sia garante dell'unità e della coerenza del sistema, in tal modo rischiando, però, di perdere contatto col dinamismo sociale esterno, ossia con la dimensione diacronica. Per questo motivo, il pensiero dogmatico non deve limitarsi entro i rigidi confini segnati da concetti ordinatorii, ma ispirarsi al

La scienza e la tecnica giuridica devono la propria fortuna a un'esigenza innata dell'uomo: la necessità di affermare la propria volontà (e, quindi, la propria personalità). In astratto, il diritto (artificiale) non è necessario, ben potendo l'uomo affidare la regolazione dei propri conflitti d'interessi a rapporti di forza "naturalisti"⁵².

Gli equilibri conseguibili, però, si rivelerebbero (e si sono rivelati), in una prospettiva sociale e collettiva, non appaganti⁵³ e, in chiave individualistica, instabili, soggetti a mutamenti arbitrari, a capovolgimenti repentini. In altri termini, le affermazioni dell'io così esprimibili non riposerebbero su di un sistema capace di garantire il godimento della posizione di rendita, di volta in volta, acquisita.

criterio problematico, costruendo «concetti funzionalmente determinati da valutazioni extrapostive e in questo senso definibili come concetti assiologicamente orientati: esso trova una sua giustificazione nella tradizione europea del diritto naturale».

⁵² Si legga, a riguardo, F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 18 ss. Come rileva l'Autore, «il diritto è una forza, non una forza originale», il cui valore può essere scolpito con una metafora. Diritto come arco, come ponte; che congiunge le rive dell'economia e della moralità. Diritto come forza, dunque, la cui funzione essenziale sta nell'avvicinare, il più possibile, le due immagini, antitetiche, dell'*homo oeconomicus* e dell'*homo moralis*.

Dello stesso Autore, si legga *Teoria generale del diritto*, cit., p. 199, in cui si precisa che «la forza giuridica è una forza sociale specifica, derivata dalla trasformazione in forza economica della forza morale».

Si veda, altresì, G. AULETTA, *Istituzioni di diritto privato. Parte generale*, Napoli, 1946, p. 13, il quale sostiene: «i conflitti d'interesse potrebbero essere risolti mediante una soluzione di fatto o di forza; ognuno, cioè, attuerebbe i suoi interessi, appropriandosi i relativi beni, fin quanto riuscirebbe ad imporsi con la forza agli altri uomini. Ma detta soluzione non permetterebbe l'esistenza di una società ordinata e durevole, essendo i consociati in perenne lotta reciproca».

⁵³ Si veda la già richiamata immagine dell'*homo oeconomicus* offerta da F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 19.

Il Diritto, quindi, si legittima e si fonda sull'inefficienza dei sistemi alternativi: la sua artificialità è antidoto, più che correttivo, alla insoddisfacente e precaria allocazione delle risorse prodotta dalla (più arbitraria) naturalità.

Anche nel sistema-diritto una volontà domina sulle altre⁵⁴, chiamate all'obbedienza. Anche nel sistema-diritto una volontà vale più delle altre⁵⁵. Ma ciò in virtù di criteri di coerenza, che, a uno sguardo esterno, apparirebbero del tutto incomprensibili e illogici. La logica del sistema si rivela solo al suo interno, solo aderendo, quindi, alle regole presupposte⁵⁶.

Il Diritto risolve e previene il (naturale) conflitto tra soggetti, intervenendo a monte, proponendosi di regolare in modo organico e uniforme le affermazioni di interessi di volta in volta in contrasto, in una successione continua, ordinata, cadenzata, di interessi attuati e subordinati⁵⁷.

⁵⁴ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 11.

⁵⁵ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 11.

⁵⁶ Adesione a criteri di coerenza, e di "giustizia", intesa nel suo ineffabile senso assoluto, tanto inesprimibile quanto diffusamente avvertito. Si legga, a tal proposito, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 197, il quale rileva: «un comando ingiusto non raggiunge quell'effetto di composizione dei conflitti di interessi, che è proprio del diritto; in realtà l'obbedienza, come tale, è assai meno un fenomeno di paura della sanzione che di adesione al precetto, cioè di riconoscimento della sua giustizia».

⁵⁷ La sfaccettatura dell'interesse, distinto in attuato e subordinato, va ascritta a G. AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 12, il quale sostiene, altresì, come «l'attuazione dell'interesse di un soggetto ad un bene è causa della subordinazione dell'interesse di altri soggetti. Esiste così tra gli uomini un perenne conflitto d'interessi (conflitto economico)».

Così come la forza fisica è intuitiva e, in senso lato, estetica, così la forza giuridica è artificiale, logica; epperò è irrazionale, ove letta fuori dell'implicito accordo, e delle convenzioni, posti alle sue fondamenta, e conservati in quanto (*rectius*, fin quando) efficienti.

Attraverso quella giuridica, la forza fisico-naturale, nella sua forma (artificiale) di coercizione regolata, si disciplina e si piega a tutela del sistema di convivenza (e, quindi, di allocazione) pre-scelto.

Il diritto, in altri termini, sorge, e sgorga, dal volere⁵⁸. È forma di espressione, disciplinata, del volere, che si svolge nel raggiungimento di uno scopo, collettivo e individuale in un sol tempo.

La tecnica giuridica è ravvisabile proprio in questa fase di svolgimento del Diritto, adattando i mezzi, offerti dal quadro di riferimento giuridico, al fine, di volta in volta perseguito, e (solo) in quanto, sulla base di esso, perseguibile.

Lo studio delle vicende delle situazioni giuridiche, informato ai criterii stabiliti dalla scienza del diritto, si muove sulle corde (*rectius*, sulle catene⁵⁹), che legano la tecnica giuridica, di cui

⁵⁸ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 13.

⁵⁹ Si legga F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 193, a opinione del quale, «i concetti di *fatto* e di *causalità* sono intimamente connessi: la causalità non è che espressione dello svolgersi di un fatto, ossia il *rapporto che*

elabora e registra i risultati: non si occupa del diritto in quiete, ma del diritto in movimento, scandito dai tempi dell'effetto giuridico, della situazione giuridica conseguente, dell'effetto giuridico successivo, che la altera, dando corpo a quella cifra di studio già definita come «rilevazione meccanica del diritto», o, più semplicemente, «meccanica giuridica»⁶⁰.

La cifra della fortuna del diritto risiede, dunque, nella sua efficienza.

Il parametro della efficienza, tuttavia, è direttamente dipendente da quello della commisurazione.

L'efficienza, in altri termini, non è una caratteristica intrinseca del diritto, ma il diritto è efficiente fintanto che la tecnica giuridica sia informata al criterio della commisurazione, richiedendo alle volontà altrui, chiamate a obbedire a quella prevalente, «non meno e non più del sacrificio necessario»⁶¹.

Commisurazione che, di conseguenza, dovrà essere custodita in ogni norma, che compone il vasto insieme del sistema

corre tra il principio e l'evento di questo. Un fatto è una successione di situazioni, ma non una successione qualunque, ossia un succedersi di situazioni slegate; occorre che esse, al contrario, siano legate tra di loro affinché il fatto si formi; la causalità ne è il collegamento. La radice della causalità è nella continuità, il cui simbolo è la catena».

⁶⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 192. L'Autore determina, con precisione, anche i parametri di proporzionalità, affermando: «come il rapporto giuridico è l'unità della dinamica giuridica, così è del fatto giuridico quanto alla meccanica del diritto».

⁶¹ Si veda N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, cit., p. 13, il quale afferma: «l'energia normativa non va sciupata e neppure risparmiata, ma messa a razionale servizio dello scopo».

ordinamentale; vale a dire, in ogni relazione tra fattispecie e vicenda giuridica derivata.

La vicenda giuridica potrà dirsi commisurata, e, quindi, generalmente accettabile, solo in quanto mantenga una sostanziale proporzionalità, o armonia, rispetto alla rilevanza della fattispecie corrispondente; proporzionalità, che potrà essere colta solo attraverso una ricognizione complessiva del sistema di norme, che compongono uno specifico ordinamento giuridico, o che regolano compiutamente una materia, o un settore della materia.

Rifacendosi alle categorie di analisi e classificazione ripercorse nel paragrafo precedente, appare sicuro come il fulcro della commisurazione risieda proprio in quel nesso unitivo, che abbraccia la fattispecie agli effetti suoi propri; il che permette, altresì, di individuare quel significato, che attribuisce, all'immagine del nesso unitivo, un senso suo proprio, che trascende la mera esigenza illustrativa di uno schema astratto.

Il nesso unitivo si rivela, così, un elemento sostanziale e concreto, al pari della fattispecie e dell'effetto, custodendo quell'equilibrio, interno alla norma, che ne legittima la sua funzione e la sua efficacia.

Proponendo un paragone ardito, si potrebbe fin affermare che il nesso unitivo conservi la causa della norma giuridica⁶², il cui unico criterio di validità sarà informato proprio al parametro della commisurazione.

Proseguendo sulla via dei parallelismi, è, poi, doveroso osservare come l'idea del sacrificio (proporzionale), poc'anzi accennata per definire l'efficienza del diritto, induca, istintivamente, una giustapposizione al concetto di obbligo (che, in ambito giuridico, ha dignità di classe), il quale, secondo una costruzione di sicuro fascino⁶³, rappresenta il cardine di ogni

⁶² Si confronti tale affermazione con il pensiero di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 193 s., secondo il quale, «vi è in ciascuna delle situazioni, in cui il fatto si risolve, rispetto alla precedente, *qualcosa che muta e qualcosa che rimane*; vuol dire che la causalità è la combinazione di una *forza* e di una *inerzia*: questo è già sufficiente per distinguere la *causa efficiente* dalla *condizione*; causa efficiente è il *quid* della situazione iniziale che tende a mutare; condizione il *quid* che tende a rimanere immutato».

⁶³ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 26.

Si legga anche la ricostruzione offerta da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 195 ss., spec. p. 196, in cui riconosce come «la causa efficiente del mutamento giuridico sia il *potere* e il correlativo *dovere giuridico*». L'Autore, però, conduce il problema della fonte del mutamento giuridico alle sue estreme conseguenze, e, nel corso della sua disamina, va alla ricerca del momento primo, in termini assoluti, di ogni effetto giuridico, concludendo che (*ivi*, p. 197) «la causa prima dell'effetto giuridico, o, in altre parole, la forza che determina il movimento del diritto deve essere cercata fuori dal diritto. Dove? Le soluzioni possibili non sono che due: nell'*economia* o nell'*etica*. (...) La soluzione vera dovrebbe essere dunque che la forza determinante il movimento del diritto è la forza morale o, in altri termini, l'elemento etico è la causa efficiente dell'effetto giuridico».

Si noti, però, come l'Autore distingua, correttamente, la fase di *fondazione* del diritto da quella della sua *conservazione*, ossia tra fatti giuridici *originari* e fatti giuridici *derivati* (*ivi*, p. 198), precisando come la forza del diritto non sia la forza della morale: «ciò che determina la fondazione del diritto non è e non può essere che la forza morale; perciò l'elemento efficiente della situazione iniziale di un fatto giuridico, la cui efficacia consiste nel fondare il diritto, non può essere che morale. Ma, appunto, mediante un tal fatto giuridico la forza morale si trasforma in forza giuridica, che vuol dire si serve per il raggiungimento dei suoi fini degli elementi dell'economia. (...) Ciò spiega perché il diritto, una volta nato dall'etica, può vivere, entro certi limiti, senza di questa».

relazione intersoggettiva. D'altro canto, la stessa categoria dommatica del "diritto soggettivo" si rivela – e si risolve, ruvidamente – in un semplice «secondario ed eventuale»⁶⁴ riflesso dell'obbligo altrui.

Una lettura del diritto soggettivo in chiave negativa, quindi, che svela più di quanto non potrebbero le affermazioni positive, con l'implicita riduzione dello spettro di indagine, che portano con sé, appiattendolo l'analisi su di un perimetro, di necessità, troppo angusto. Non più un Diritto di diritti, ma un Diritto di obblighi. Obbligo come impulso; obbligo come matrice autentica di ogni effetto giuridico, e matrice primaria di ogni vicenda di rapporti giuridici.

⁶⁴ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 36.

Si veda, altresì, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 142, il quale, da un punto di vista temporale, rileva la priorità del dovere sul potere. Di sicuro interesse la ricostruzione dell'Autore, a opinione del quale, «se noi ci domandiamo ora in che cosa consiste il rapporto costituito dal diritto tra le parti in ordine al bene, il buon senso ci suggerisce che, per il godimento di questo, il comando impone a una di esse un *dovere* e conferisce all'altra parte un *potere*. (...) Sul piano logico, il dovere precede il potere. (...) Il diritto impone, mediante un comando, un dovere ossia costituisce una necessità contraria a quella, per la quale il soggetto non può fare quanto occorre al fine della composizione etica del conflitto; in tal caso la composizione si opera anziché per via della libertà, per via del dovere, che della libertà è un surrogato. Emerge così, accanto a quelli di *libertà* e di *necessità*, termine medio tra l'uno e l'altro, il concetto del *dovere*, il quale ha bensì un carattere negativo, come la necessità, ma tende a superarla: *con la struttura della necessità il dovere ha la funzione della libertà*».

8. L'elemento giuridico dell'obbligo, reagente delle vicende di rapporti.

*Ubi libertas ibi non ius*⁶⁵. Con queste parole, Francesco Carnelutti ferma (e afferma) l'artificialità del diritto, «arditissima costruzione»⁶⁶ necessaria per correggere la prodigiosa, ossimorica imperfezione insita nell'uomo, essere sociale guidato da una spasmodica e variegata tendenza all'individualità⁶⁷.

Al fine di disciplinare un simile istinto, primariamente egoistico, il diritto si serve dell'obbligo⁶⁸. Di qui, la metafora del diritto come armatura, che amalgama e veglia sull'unità di un popolo, rendendolo Stato⁶⁹.

Studiandola in una prospettiva scientifico-strutturale, la nozione di obbligo, qui considerata, è riconducibile, ancora una volta, alla categoria, chiusa⁷⁰, degli effetti giuridici, ossia effetti, che

⁶⁵ F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 19.

⁶⁶ F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 20.

⁶⁷ Si veda F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 114, il quale ritiene che il dovere sia «il mezzo, che si offre agli uomini affinché la divisione si converta in unità».

⁶⁸ F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 18.

⁶⁹ Secondo F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 11, «il diritto è l'armatura dello Stato. Il diritto è ciò che occorre affinché il popolo possa raggiungere la sua fermezza».

⁷⁰ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 26.

si rannodano all'accadere del fatto, selezionato dalla fattispecie⁷¹.

Ove si intenda, poi, affinare ulteriormente tale relazione, deve ribadirsi come l'effetto rappresenti, in concreto, nient'altro che la vicenda dell'obbligo corrispondente, il quale «nasce, muta o cessa di essere»⁷² al verificarsi dei fatti cesellati nella fattispecie.

In altri termini, seguendo l'impostazione metodologica prescelta da Allara, ogni effetto, previsto da una norma, è qualificabile, in senso lato, come una vicenda – costitutiva, modificativa o estintiva – di un dovere – quindi, di un obbligo – giuridico.

La funzione di elemento primario⁷³ ricoperta, dall'obbligo, nell'architettura della convivenza sociale, può essere colta, in ambito civilistico, con particolare immediatezza: non è certo un caso, se, fra i concetti cardine della materia, si annoveri, non senza un certo sussiego, quello di obbligazione⁷⁴, resa sia come fulcro dell'equilibrio, fra diritti e doveri, che scandisce la

⁷¹ Si veda, a tal proposito, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 25, il quale precisa come l'obbligo giuridico non sia né uno stato psicologico, né «un'entità congiunta dall'esterno alla persona», bensì una «proiezione nel futuro di uno schema normativo di contegno e qualifica di doverosità del contegno coincidente».

⁷² N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 25.

⁷³ Dello stesso tenore, quanto affermato da F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, cit., p. 107, ad avviso del quale, «il dovere è elemento fondamentale del diritto, perché è il suo elemento unitivo».

⁷⁴ Le radici del concetto di obbligazione risalgono fino alla Grecia di Aristotele. Si legga, su questo tema, almeno, E. CANTARELLA, voce *Obbligazione (diritto greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 546 ss.

relazione fra due o più parti, sia come strumento, di cui l'ordinamento giuridico si serve per assolvere la generale funzione di regolazione dei rapporti tra i destinatari delle sue norme⁷⁵.

In sostanza, un'obbligazione intesa come snodo e disciplina dei rapporti interprivati e come manifestazione di imperio a diffusione capillare.

Il concetto di obbligazione va oltre la semplice sensazione di vicinanza qualificata, di relazione, giuridica, fra due soggetti, evocando quel legame, quasi fisico, che, nelle fonti romane, stringeva l'*obligatus* al suo creditore; legame, questo, che limitava la sua stessa libertà⁷⁶, e che pretendeva, per rinnovarne l'espansione, una autentica *liberatio*⁷⁷.

⁷⁵ Come afferma U. GUALAZZINI, voce *Obbligazione (diritto intermedio)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 570, «ogni ordinamento giuridico ha nelle proprie funzioni quella di regolare i rapporti fra i soggetti che gli sono sottoposti, limitatamente alle finalità che esso si pone. La regolamentazione di tali rapporti ha come conseguenza la definizione di diritti e doveri logicamente fra loro concatenati, tali da giustificare sostanzialmente un equilibrio che, in un certo senso, può costituire il sistema sul quale detto ordinamento poggia».

⁷⁶ Come è ben noto, le Istituzioni di Giustiniano (*Inst.* 3, 13 pr.) insegnano: «*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*».

⁷⁷ A questo proposito, si legga, almeno, U. BRASIELLO, voce *Obbligazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 555 ss., spec. pp. 557 e 565, in cui l'Autore precisa: «nell'epoca in cui l'*obligatio* importava un vincolo personale del debitore verso il creditore non poteva che essere uno il modo di scioglierla: la *solutio*, intesa come scioglimento (solvere = sciogliere) o liberazione della *persona*».

Il significato moderno di questo pilastro dommatico è certo diverso, e la sua maturazione riflette il percorso evolutivo⁷⁸, che, recidendo ogni laccio sacramentale, ha reso lo studio del diritto una scienza, assoggettandolo, silenziosamente, alle necessità del metodo logico-deduttivo.

Ciò non ostante, ancorá oggi il termine ‘obbligazione’, cosí come il verbo ‘obbligare’, continua a suggerire l’idea di vincolo, che limita l’attività del soggetto gravato, indirizzandola in un senso definito.

L’obbligazione giuridica, quindi, si rifà a una specifica classe di situazioni, nelle quali un certo soggetto è obbligato, dall’ordinamento, a tenere un determinato contegno nei confronti di un altro⁷⁹.

Come ci si può avvedere in virtù della sola definizione, appena richiamata, del concetto di obbligazione, la situazione giuridica attiva, rappresentata dal diritto attribuito al creditore, è ricavabile solo in via indiretta, mediata, prolungando i segni dell’obbligazione oltre i confini del suo ritratto. Lo sfondo, che

⁷⁸ Si veda M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 583, il quale riconosce come le alterazioni subite nel corso dei secoli abbiano reso la moderna obbligazione estremamente elastica, capace di adattarsi a situazioni nuove, trasformandola in «uno schema duttilissimo».

⁷⁹ M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 582. Si veda, *ivi*, anche p. 591, in cui definisce compiutamente l’obbligazione come «quel rapporto giuridico in virtù del quale una persona determinata, chiamata debitore, è tenuta ad un comportamento patrimonialmente valutabile al fine di soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, di un’altra persona determinata, chiamata creditore, la quale ha diritto all’adempimento».

suggella l'immagine del diritto soggettivo, è di sicura importanza e di inusuale ricchezza, ma su di esso la figura dell'obbligo emerge e campeggia.

Il passaggio dall'obbligo al rapporto obbligatorio è, a tal punto, immediato. Non appena si fermi l'obbligazione nei colori dell'obbligo, calato sopra un soggetto, per l'utilità di un altro, ecco stagliarsi il crisma della plurisoggettività, che caratterizza l'identità e scolpisce non più solo il busto, bensì tutta la struttura della categoria dommatica di riferimento, resa nelle forme concettuali del rapporto obbligatorio⁸⁰.

Eppure, ancora una volta, la scelta del legislatore di sintetizzare l'intera dinamica del rapporto obbligatorio entro il severo significato di 'obbligazione' enfatizza, di nuovo, la posizione di subordinazione inscritta al suo interno, ossia l'obbligo⁸¹.

La natura di riflesso, che connota il diritto soggettivo nel contesto di un rapporto obbligatorio, si palesa in modo ancora

⁸⁰ Si veda M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 582, il quale, pur riconoscendo che, usualmente, i termini 'obbligazione' e 'rapporto obbligatorio' siano utilizzati a mo' di sinonimi, sottolinea come la seconda di dette denominazioni sia più adatta per descrivere la «situazione complessiva», connotata dalla posizione di subordinazione del debitore e da quella, di preminenza, del creditore.

⁸¹ M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 582 s., il quale rileva come la stessa scelta sia stata fatta anche altrove dal legislatore; a titolo di esempio, descrivendo la complessiva relazione sottesa a un rapporto tra fondo in termini di 'servitù'. Si veda, *ivi*, anche p. 592, in cui l'Autore afferma che «il dovere del debitore costituisce l'elemento centrale dell'obbligazione».

più evidente, ove ci si soffermi sul contenuto stesso del diritto in questione.

Detto altrimenti, in cosa si sostanzia la situazione giuridica attiva, di cui sia titolare il creditore? Nel diritto a ottenere l'adempimento. Una frase monca, che, decontestualizzata, non serberebbe alcun significato.

Il diritto del creditore si rivela nel potere⁸² di soddisfare il proprio interesse attraverso l'adempimento, da parte del debitore, della prestazione dovuta. Ma la prestazione, che è l'oggetto dell'obbligazione⁸³, assume una forma compiuta proprio in quel comportamento, al quale il debitore è tenuto nei confronti del creditore, che altro non è se non il significato dell'obbligo, sul quale si rifletteva poco sopra.

Nel perimetro di un rapporto obbligatorio, quindi, i casi sono due: o la prestazione è, al contempo, sia oggetto dell'obbligazione, sia oggetto dell'obbligo gravante sul debitore, il che indurrebbe a proporre una sommaria sovrapposizione, quantomeno in via di sineddoche, dei due termini del paragone, oppure, più correttamente, si deve rilevare l'intima coincidenza dell'obbligo con la categoria della prestazione, il che consente di riconoscere come l'oggetto

⁸² Si veda M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 588 ss.

⁸³ Si legga M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 598.

(astratto) dell'obbligazione si declini, realisticamente, nell'esecuzione dell'obbligo (concreto), cui il debitore è chiamato a conformarsi.

Alla luce di quanto si è fin qui osservato, è possibile sostenere come le vicende giuridiche di un rapporto obbligatorio, qualora si risolvano in vicende giuridiche oggettive, si riducano a vicende giuridiche dell'obbligo, che pone il debitore (*rectius*, l'obligato⁸⁴) in una posizione di soggezione rispetto al creditore (*rectius*, l'avente diritto).

Tale constatazione ha implicazioni del tutto peculiari, ove il rapporto obbligatorio, oggetto di studio, sia un rapporto di prelazione.

Come ci si avvedrà più avanti, infatti, il rapporto di prelazione è un rapporto sequenziale, fratturato in due periodi, o fasi: uno certo, e attuale, fin dal momento della nascita del rapporto stesso; l'altro, invece, solo eventuale, e il cui avveramento sarà rimesso alla volontà dell'obligato del rapporto prelatizio.

⁸⁴ Come precisa M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 592, «il creditore è colui il quale ha diritto alla prestazione, il debitore è colui il quale ha l'obbligo di adempiere la prestazione. Tuttavia, questa terminologia non è molto rigorosa, nel senso che il legislatore non l'adopera costantemente, quando vuole riferirsi ad un rapporto obbligatorio. Esso infatti mentre adopera costantemente quella terminologia quando l'oggetto della prestazione è costituito da una somma di denaro, evita di farlo quando la prestazione ha un differente oggetto. Così, ad es., negli articoli 2930-33 – che disciplinano l'esecuzione forzata delle obbligazioni di consegnare, di fare, di non fare, di concludere un contratto – il soggetto attivo non viene giammai indicato come « il creditore », ma come « l'avente diritto », e similmente il soggetto passivo non viene indicato come « il debitore », ma come « l'obligato ».

Il contenuto dell'obbligo, che grava l'onere di un diritto di prelazione, muta, significativamente, a seconda del periodo, nel quale il rapporto di prelazione si trovi, e i riverberi di tale mutazione potranno riflettersi anche sull'essenza delle vicende giuridiche di volta in volta considerate.

9. Il significato di 'vicenda', sinonimo e trasposizione di 'mutamento'.

Giova compiere un passo successivo, nel percorso di progressiva raffinazione del concetto di vicenda giuridica.

Si è sostenuto, innanzi, come la vicenda giuridica sia enucleabile, in sostanza, negli effetti prodotti – direttamente o indirettamente – dalla norma; più dettagliatamente, nella fusione degli effetti e di quel nesso unitivo, che ne legittima la produzione, in rapporto alla fattispecie, dalla quale siano scaturiti.

Si è affermato, altresì, come, in un'ottica rappresentativa, la vicenda giuridica segni l'impronta del diritto nel mondo naturale, modificandolo; o – alludendo a un concetto polisemico, ben noto alla scienza del diritto –, mutandolo.

L'immagine del mutamento è cruciale nella raffigurazione delle vicende giuridiche. Rilevare questa preminenza, si badi, non è in contraddizione insanabile con la teoria tripartita, frequentemente richiamata. Vero è che, nella chiave interpretativa allariana, le vicende sono costitutive, modificative ed estintive; eppure, tutte e tre sottendono un mutamento.

Il mutamento, cui ci si riferisce, non coincide con una delle tipologie di vicenda – nella specie, quella modificativa –, ma opera su di una dimensione differente.

Distinguere le vicende in costitutive, modificative o estintive significa assumere uno sguardo squisitamente interno al sistema ordinamentale, constatando come gli effetti, prodotti dalla norma in concomitanza della conformazione del fatto alla fattispecie, possano dar vita a una nuova situazione giuridica, oppure modificarla, oppure, ancóra, estinguerla.

Osservare il mutamento, invece, equivale a spostare il piano di studio, concentrandosi sul *trait d'union*, che riflette il fenomeno giuridico sulla realtà naturale. Quando una norma produce una vicenda giuridica, la realtà giuridico-naturale (a ben vedere, inscindibile) subisce un mutamento, apparente o meno che sia.

La spiegazione dell'idea di mutamento, nei termini or ora accennati, sembra, invero, imprescindibile per conservare l'architettura della teoria tripartita allariana: ove, infatti, si ritenesse di costringere il mutamento in un inquadramento rigorosamente interno alle dinamiche giuridiche del rapporto, codesta apparirebbe afflitta da una sostanziale contraddizione.

Non sfugge che, nel quadro tracciato con «*Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*», il 'mutamento' del rapporto giuridico sia una schietta perifrasi del termine 'vicenda'⁸⁵; il che vale a dire riconoscere l'esistenza di mutamenti – costitutivi, modificativi, estintivi –, di rapporti giuridici. Eppure, intendendo il concetto di mutamento esclusivamente in detta accezione, sorge immediato un profilo critico, cui non è semplice dar risposta, se non travisandone il significato.

Se vicenda è sinonimo di mutamento, la vicenda del rapporto è mutamento del rapporto.

⁸⁵ A tal riguardo, basti leggere M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, cit., p. 4, il quale afferma: «distinguiamo le vicende o mutamenti del rapporto giuridico in tre specie: a) costituzione del rapporto giuridico; b) modifica del rapporto giuridico; c) estinzione del rapporto giuridico».

Si legga anche M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 604 ss., il quale, nel Capo dedicato alle 'Vicende' dell'obbligazione, esordisce prendendo in considerazione proprio la nascita dell'obbligazione, ossia le sue fonti. Non di meno, lo stesso non sembra intendere il termine 'vicenda' al pari di mutamento, bensì come 'momento della vita', il che consente, senza dubbio, di includere, all'interno della categoria, anche i momenti costitutivi del rapporto. A prova di ciò, si veda, *ivi*, p. 587: «l'idoneità del dovere del debitore a soddisfare un interesse del creditore, deve essere valutata non solo in occasione della nascita, ma in ogni momento della vita del rapporto obbligatorio».

A livello etimologico, però, la parola mutamento sottende, in senso stretto, una trasformazione, un cambiamento. Non a caso, ‘mutamento’ «è forma più letterale di *cambiamento*»⁸⁶.

Una tras-formazione, quindi, non già la formazione⁸⁷. Il che implica l’esistenza di qualcosa di pregresso, che subisca il mutamento. Il che, infine, induce a escludere, dalla classe dei mutamenti, i fenomeni formativi, o, ricorrendo a un codice linguistico familiare alla scienza giuridica, i fenomeni costitutivi.

Delle due, l’una. Se le vicende – *alias*, i mutamenti giuridici – devono essere studiate e confinate rigidamente all’interno delle dinamiche del rapporto obbligatorio, i fenomeni costitutivi, in quanto originari, e fondativi del rapporto stesso, dovranno essere espunti dal novero.

Al contrario, se, come ritengo, anche i fenomeni costitutivi, al pari dei modificativi e di quelli estintivi, siano da ricomprendere nella categoria dei movimenti giuridici, è necessario riconoscere come, anche attraverso la costituzione (*rectius*, formazione) di un rapporto giuridico, si provochi il mutamento (*rectius*, la trasformazione) di qualcos’altro. Qualcos’altro, che, nella specie,

⁸⁶ *Dizionario enciclopedico italiano*, vol. VIII, Roma, 1970, p. 200.

⁸⁷ Nella filosofia di Aristotele, non di meno, ‘mutamento’ indica il passaggio da un contrario all’altro, ossia dal non-essere all’essere (la nascita); dall’essere al non-essere (la morte); da un essere ad altro essere (il movimento).

sarà il contesto, giuridico-naturale, preso in considerazione, e nel quale la vicenda giuridica si consuma.

La costituzione di un diritto di prelazione, a titolo di esempio, è vicenda giuridica della sfera giuridico-patrimoniale del suo titolare (ora divenuto prelazionario), provocando l'ingresso, nel suo patrimonio, di siffatto diritto, e, in questo modo, modificando (quindi, mutando) la sua posizione giuridico-soggettiva.

Riproponendo il paragone in termini generali, la costituzione di un rapporto giuridico è vicenda della sfera giuridica (*rectius*, sfere giuridiche) cui afferisce, in quanto codesta pre-esiste.

10. (segue) La distinzione delle vicende giuridiche *tout court* dalle vicende giuridiche dei rapporti.

A ben vedere, quindi, il significato del termine 'vicenda', anche nella scienza giuridica, è illuminato dal contesto, al quale allude.

Vicenda giuridica e vicenda del rapporto giuridico non sono sinonimi, proprio perché diversa è la cornice, nella quale si muove lo studio sottostante. Entrambe riecheggiano il movimento, il mutamento, la trasformazione di un oggetto; il

quale, però, nelle due espressioni, non coincide; meglio, non coincide necessariamente, essendo, nel secondo caso, più circoscritto, che non nel primo.

Se la vicenda è mutamento, e il mutamento trasformazione, l'atto, o il fatto, costitutivo dell'oggetto di indagine non potrà mai essere anche vicenda dell'oggetto stesso, poiché è l'atto, o il fatto, che – non trasforma, bensì – forma l'oggetto di indagine. Detto altrimenti, la costituzione di un rapporto giuridico ben potrà essere vicenda giuridica, ma non del rapporto stesso, bensì di un oggetto di indagine più ampio, nel quale tale rapporto può essere iscritto. Si pensi, a mo' di esempio, alla costituzione del rapporto di coniugio, che è sicuramente vicenda giuridica dello *status* civile di un soggetto, al quale imprime una trasformazione.

Qualora, al contrario, la ricerca sulle vicende verta su di un rapporto giuridico (o, in generale, sul rapporto giuridico), sarà giocoforza escludere i momenti costitutivi del rapporto stesso, i quali, più che trasformarlo, vi danno origine.

Quanto innanzi osservato spiega perché lo studio, qui condotto, rivolto alle vicende del diritto di prelazione (*rectius*, del rapporto di prelazione, cui il diritto, consumandosi, dà vita), non prenda in sistematica considerazione le molteplici fonti, dal

quale codesto possa scaturire, pur essendo, la costituzione, uno degli elementi più caratterizzanti del diritto di prelazione, che lascia impressa una traccia profonda anche sulle successive vicende del rapporto, e al quale, inevitabilmente, sovente ci si dovrà riferire.

CAPITOLO II

LA RICOSTRUZIONE UNITARIA DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

SOMMARIO: 1. La recente primavera del diritto di prelazione. - 2. La radice giuridica del diritto di prelazione. - 3. Il legame storico-giuridico, che stringe il diritto di prelazione al trasferimento della proprietà. - 4. (*segue*) La ‘relativizzazione’ del diritto di proprietà. - 5. La complementarietà della prelazione al diritto di usufrutto e la vicinanza, sul piano procedimentale, all’istituto dell’ipoteca. - 6. Una nuova qualificazione del diritto di prelazione, nel contesto delle sue espressioni contemporanee. - 7. La natura giuridica del diritto di prelazione. - 8. (*segue*) La triplice condizione sospensiva del diritto di prelazione legale. - 9. (*segue*) La natura giuridica della prelazione di fonte volontaria. - 10. Gli ‘inconvenienti prelatizii’. - 11. La causa giustificativa del diritto di prelazione.

1. La recente primavera del diritto di prelazione.

Dalla metà degli anni ottanta del secolo scorso, lo studio del diritto di prelazione ha conosciuto un'autentica primavera: la sorprendente ricchezza (qualitativa e quantitativa) di pubblicazioni⁸⁸, dedicate a codesto strumento di controllo delle vicende di un dato rapporto giuridico, testimonia del grande interesse suscitato, nella dottrina, dalle dinamiche espressive del diritto di preferenza⁸⁹, riassumibili, in modo icastico, nel concetto unitario – con dignità di categoria – di «vicende».

Lo studio delle vicende di un 'istituto di controllo di vicende'⁹⁰ tradisce, non solo sul piano lessicale, una complessità dalle radici profonde, che, dalla teoria generale del diritto, porta linfa

⁸⁸ Basti richiamare, fra gli altri: F. SANTORO - PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 697 ss.; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984; G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984; AA. VV., *Prelazione e retratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, cit.; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988.

⁸⁹ In accordo con M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 94, «prelazione e preferenza sono termini sinonimi ed il divergere del loro significato in campo giuridico non può andare oltre la particolare qualificazione di un concetto che, fondamentalmente, è e resta sempre il medesimo». Si legga anche, *ivi*, p. 102, in cui l'Autore precisa: «preferenza altro non significa se non posizione di priorità».

⁹⁰ In questi termini, si esprime M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 110, il quale afferma: «una posizione subiettiva facoltativa di priorità, non attribuita a fine di garanzia, può essere concessa allo scopo di porre il soggetto preferito in condizioni di esercitare un efficace controllo sulle eventuali vicende di un dato rapporto. Controllo mirante a valutare il succedersi dei soggetti nella titolarità attiva del rapporto stesso; influenzando, se del caso, sul fenomeno successorio, non nel senso di impedirlo, ma nel senso di determinarlo in favore di un soggetto che può, ma non deve, essere il titolare della preferenza».

ai casi più comuni e ricorrenti della prassi, troppo spesso risolti, sminuzzati, da assunti giuridici ancora grezzi.

Se la costanza della migliore dottrina ha permesso una sicura evoluzione dell'inquadramento scientifico del diritto di prelazione, fino ad allora adagiato sulle confortanti secche del contratto preliminare⁹¹, oggi pare opportuno insistere

⁹¹ Nella assai ricca letteratura, si vedano, almeno, L. COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, vol. III., P. 2, Milano, 1902, p. 101; M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 358 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, II ed., p. 62 ss.; G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 10; R. SACCO, *La prelazione*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, t. II, Torino, 2004, III ed., p. 341 ss.; di recente, si veda la ricostruzione di F. RIZZO, *L'oggetto della promessa di prelazione*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, vol. II, Napoli-Roma, 2009, p. 143 ss.

Per un ampio raffronto del patto di prelazione con il contratto preliminare, si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 125 ss., il quale distingue, in modo netto, le due figure.

Reputo possa precisarsi che, ove si assuma, quale punto di osservazione, la posizione del preferito, è intuitivo avvedersi di come non sia possibile ritenere certo che il soggetto, intenzionato a godere di un diritto di prelazione, sia altrettanto propenso alla stipulazione di un contratto preliminare. Se, infatti, codesta ipotesi è sicuramente plausibile – o, addirittura, frequente –, d'altro canto non è dato considerarla come un corollario ineludibile. Comparata al contratto preliminare, infatti, la prelazione si rivela essere un istituto funzionalmente diverso, che consente, anche al prelazionario, uno *spatium deliberandi* più ampio e libero in merito all'opportunità dell'affare. A ben vedere, per tramite del diritto di prelazione, il beneficiario si assicura due posizioni fondamentali e distinte: in primo luogo, si tutela rispetto agli effetti di eventuali, ulteriori, negoziazioni dell'obbligato con i terzi; in secondo luogo, acquisisce il diritto, essenziale, a essere informato circa la possibilità, concreta, di perfezionare un determinato negozio, del quale potrà valutare, anche solo in quel momento, la reale opportunità e convenienza.

Il diritto di prelazione, quindi, svela il suo essere diritto complesso, costituito da una componente informativa, certa, e da una eventuale, che si sostanzia nel diritto a essere preferiti ai terzi, a parità di condizioni. Paradossalmente, però, il diritto a essere preferiti, proprio perché eventuale, è necessariamente accessorio, rispetto al diritto a essere informati (che è immediatamente vincolante, e che sorge contestualmente alla costituzione del diritto di prelazione).

Per alcuni versi, questa considerazione modifica il modo stesso di concepire la prelazione, spesso tradotta, in maniera sbrigativa e insoddisfacente, nel diritto a essere preferiti. Un'analisi più ponderata, invece, rivela come il diritto a essere preferiti sia un rafforzativo, una conseguenza del diritto all'informazione circa la possibilità concreta di perfezionare un contratto predeterminato. Non a caso, nell'ambito del diritto di prelazione, l'informazione rivolta al prelazionario presenta, generalmente, la struttura della *denuntiatio*, che, in un sol tempo, è sia

nell'indagine di questa figura, proseguendo il cammino già tracciato, nel solco della piena autonomia, dommatica e sistematica, del diritto e del rapporto di prelazione⁹².

proposta contrattuale (si vedano, sul punto G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., pp. 120 e 121; M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 150; in senso critico, però, v. G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 29 ss.), sia negozio idoneo a trasmettere, al preferito, l'informazione dovutagli. Di norma, quindi, l'obbligo di informare è adempiuto pel tramite di un negozio giuridico più ampio, che non sopprime il contenuto informativo, ma lo sviluppa, comportando la produzione di effetti ulteriori. In altri termini, la *denuntiatio* deve comunque essere intesa come un'attività informativa – di cui conserva la natura, testimoniata, in modo significativo, dalla stessa etimologia latina –, rafforzata, poi, dai genî della proposta contrattuale: in questo modo, l'obligato potrà adempiere, in un solo momento giuridico, anche a quell'obbligo, eventuale e successivo, di preferire il beneficiario, che rinviene sempre la sua fonte nel diritto di prelazione costituito (sulla qualificazione della *denuntiatio* come attività di comunicazione, si vedano: G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 32; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 62, il quale costata come la disciplina positiva consenta, a seconda della specificità dei singoli contesti normativi, di tradurre la *denuntiatio* ora come proposta, ora come attività di comunicazione in senso stretto).

⁹² In termini di «rapporto di prelazione», si esprime M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., il quale sostiene (*ivi*, p. 104): «quanto all'espressione: «diritto di prelazione», è da rilevare che, se è opportuno accettarla (perché diffusissima, anzi comune in pratica e tradizionale per uso vetusto), è però criticabile perché lumeggia soprattutto il fenomeno dal punto di vista unilaterale, quindi incompleto, della situazione attiva, lasciando in ombra l'altro aspetto (situazione soggettiva passiva) che non è forse il meno importante e che, comunque, acquisterebbe deciso risalto se si parlasse, come faremo, di «rapporto di prelazione».» (il corsivo è dell'Autore).

Osservazione certo condivisibile, tanto più alla luce della definizione di rapporto giuridico, che è stata resa da F. SANTORO - PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, *Dottrine generali*, Napoli, 1945, II ed., p. 43: «il rapporto giuridico indica, si può dire commisura, la rispettiva posizione di potere di una persona e di dovere di un'altra persona o delle altre persone: potere e dovere stabiliti dall'ordinamento giuridico a tutela di un interesse».

2. La radice giuridica del diritto di prelazione.

Prelazione legale, prelazione volontaria⁹³. Prelazione propria e prelazione impropria⁹⁴.

I numerosi tentativi di ricondurre la sabbiosa figura del diritto di prelazione entro i canoni dettati dalla sistematica giuridica si scontrano, da sempre, con una evidente difficoltà.

Da una parte, la sparpagliata e confusa disciplina della prelazione legale (*rectius*, delle prelazioni legali); dall'altra, il muto suggerimento della prelazione volontaria, il cui asilo, nell'ordinamento civile, è dimostrato in controtelaio, con l'intento di colmare, così, l'indifferenza del legislatore rispetto alla sua esistenza⁹⁵.

Se è vero che il riferimento alle prelazioni legali rimanda a una collezione di fattispecie tutt'altro che omogenea, lo stesso può

⁹³ Riguardo l'istituto prelatizio, è imprescindibile il richiamo, altresì, ai seguenti contributi: G. GORLA, *Precedenti giudiziali sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1966, c. 49 ss., e 1967, c. 97 ss.; L. SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, P. II, p. 620 ss.; U. BRECCIA, *Buona fede e patto di prelazione*, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2283 ss.; E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 95 ss.; P. VITUCCI, *La prelazione e le prelazioni*, in *Riv. not.*, 1981, P. I, p. 803 ss.; A. CATRICALÀ, voce *Patto di preferenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, s. d., ma 1982, p. 511 ss.; E. PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, p. 157 ss.; M. TAMPONI, *Prelazioni legali a confronto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 851 ss.

⁹⁴ In merito ai caratteri di siffatte sub-figure, si veda L. V. MOSCARINI, *Riflessioni conclusive: categorie civilistiche della prelazione*, in *Prelazione e retratto. Seminario coordinato da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, cit., p. 702 ss.

⁹⁵ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 6 ss.

dirsi per le così dette volontarie, categoria che raduna, al suo interno, figure dai caratteri differenti, quali le prelazioni pattizie, le prelazioni testamentarie e le prelazioni originate da promesse unilaterali. Tale classificazione, infatti, non mira a raccogliere, attorno a una disciplina comune, le diverse declinazioni ivi racchiuse, ma si limita a indicarne la fonte, sempre rintracciata nella volontà privata⁹⁶.

La fortuna millenaria dell'istituto prelatizio⁹⁷, ispirata dalla ricchezza di funzioni, e di interessi, al cui assolvimento la figura si presta, mal si concilia con un'accoglienza normativa tanto misurata e approssimativa, della quale non è immediato rendere la spiegazione.

Al radicato ostracismo ottocentesco⁹⁸, che ha adombrato, per lungo tempo, la considerazione dell'istituto, relegato – al pari del maggiorasco, della disposizione fedecommissaria e, più in generale, dei divieti di alienazione – fra gli anacronistici laccioli dell'economia feudale⁹⁹, ha fatto sèguito uno smodato

⁹⁶ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 4.

⁹⁷ Come ricorda P. GALLO, voce *Prelazione*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, s. d., ma 1996, p. 168, le prime applicazioni dell'istituto prelatizio «si perdono nel diritto greco-romano e germanico».

⁹⁸ Per un dettagliato ritratto dell'evoluzione storico-normativa, che ha caratterizzato l'istituto della prelazione legale, si legga G. FURGIUELE, *Contributo allo studio delle prelazioni legali*, cit., p. 1 ss.

⁹⁹ Il vero cambio di passo si avverte con l'età dei lumi e la Rivoluzione francese. Come precisa P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 169, in quest'epoca «i vari tipi di prelazione, il retratto, al pari di tutti gli altri istituti limitativi del traffico e del libero esplicarsi dell'autonomia privata non potevano non apparire come irrimediabilmente connessi ad un mondo ormai in fase di superamento».

atteggiamento “utilitaristico”, che ha reso la figura del diritto di prelazione un rimedio tecnico-giuridico puntiforme, dotato di caratteristiche ritagliate sul caso applicativo concreto, frastagliando irrimediabilmente, in tal modo, i contorni di ogni possibile ricostruzione complessiva dell’istituto¹⁰⁰.

Per questo motivo, sembra lecito chiedersi se sia corretto proporre un’immagine del diritto di preferenza nelle vesti di vero e proprio istituto giuridico.

Se per istituto si intende un corpo organico di norme, che disegna e disciplina la fisionomia di una soluzione giuridica, delineandone tanto la statica quanto la dinamica¹⁰¹, è immediato constatare come il profilo prelatizio presenti tratti deformi,

D’altro canto, si legga anche quanto scritto, in epoca molto più recente, da R. NICOLÒ, *Sulla riforma del diritto successorio (note al progetto del Libro III del codice civile)*, Catania, 1937, p. 94, il quale afferma come «un altro istituto, che il Progetto riporta a nuova vita, sempre allo scopo di impedire la disgregazione del patrimonio ereditario, è il diritto di prelazione accordato dall’art. 328 ai coeredi sui beni alienati da un altro coerede. Ma su questo espediente non sapremmo nascondere le nostre riserve, perché esso si risolve in un nuovo ostacolo alla libera circolazione dei beni, della quale il Progetto, con la molteplicità dei vincoli posti alla facoltà di disposizione, pare si preoccupi assai poco».

¹⁰⁰ Sulla «inconfigurabilità di un modello unitario di prelazione legale», si legga M. TAMPONI, *Prelazioni legali a confronto*, cit., p. 852 ss.

Si veda, altresì. G. BENEDETTI, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, cit., p. 4, il quale, interrogandosi circa la concreta possibilità di una trattazione unitaria, osserva come le fonti, relative al diritto di prelazione, siano talmente disparate, da sembrare avvolte in una reciproca ignoranza. L’indagine si conclude con la constatazione di una materia «sorda, brutta e talora contraddittoria, (...) capricciosamente eterogenea», irriducibile in ricostruzioni unitarie.

A riprova di quanto si è osservato, basti pensare che la voce *Prelazione*, del *Noviss. Dig. it.*, è dedicata alla deroga al principio della *par condicio creditorum*, rimandando, per le prelazioni legali, alle voci *Divisione ereditaria*, *Enfiteusi*, *etc.*; per i patti di prelazione, poi, alle voci *Patto di opzione*; *Somministrazione*, *Vendita*.

¹⁰¹ U. ARDIZZONE, voce *Istituto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, s. d., ma 1963, p. 239.

irregolari, impossibili da rendere in sintesi armonica, e ulteriormente deteriorati dall'assenza di un tessuto normativo di collegamento, che consenta di valicare il vuoto normativo dedicato alla prelazione volontaria.

Eppure, la secolare storia del diritto di prelazione, e la sua frequente riproposizione fra gli schemi di regolamentazione e contemperazione di interessi, sia interpretati, sia legislativi¹⁰², pretende la solidificazione di un nucleo comune, al quale sarà possibile accostare, in un secondo momento, gli elementi specifici di ogni fattispecie individuale.

3. Il legame storico-giuridico, che stringe il diritto di prelazione al trasferimento della proprietà.

Per conferire sostanza al proposito, è opportuno scegliere, come fulcro del sistema prelatizio, la sua funzione, il suo scopo astratto, che si presenta costante e immutato in ogni espressione concreta del diritto di preferenza, e che, per ciò solo, ben può

¹⁰² Come afferma L. V. MOSCARINI, *Riflessioni conclusive: categorie civilistiche della prelazione*, cit., p. 726, «l'attitudine dello strumento prelatizio ad operare come linea di contemperamento di interessi socialmente configgenti fa sì che il ricorso ad esso sia frequente non solo da parte del legislatore, e in particolare da quello delle leggi «speciali decodificanti», attuative dell'inserimento, nel tessuto privatistico disegnato dal codice, dei principi sanciti dalla successiva Carta costituzionale, ma anche e soprattutto dall'autonomia privata, che spesso nelle sue scelte precede il legislatore».

assolvere al compito assegnato, in generale, a ogni principio sistematico.

A seconda della fonte – legale o volontaria – considerata, quello di preferenza si rivela un diritto attribuito dall'ordinamento, o riconosciuto in seno all'ordinamento, idoneo a garantire, a un soggetto, una posizione di priorità, seppur eventuale, rispetto all'acquisto di un diritto determinato.

In termini più ampî, la prelazione è il diritto relativo, che, a parità di condizioni, assicura, al suo titolare, una situazione giuridica di preminenza, sui terzi, circa l'acquisto di uno specifico diritto, o la costituzione di un dato rapporto, qualora l'onere si risolva a cederlo, o a darvi corso.

Quanto appena inciso, sebbene consenta di fissare i lineamenti essenziali dell'istituto prelatizio, restituisce all'interprete un'immagine alquanto sciapa, che tradisce sia le vitali radici storiche, che alimentano tale figura, sia le fronde applicative contemporanee, contraddistinte da una spiccata duttilità.

Per questo motivo, se i caratteri più vivaci del diritto di preferenza scolorano in una definizione tanto vasta, è opportuno risalire alle origini di codesto congegno giuridico, emerso nel

fecondo alveo della trasmissione del diritto di proprietà di una cosa determinata¹⁰³.

A riprova di ciò, basti notare che, sotto l'imperio del rigoroso Codice civile generale austriaco, era comune definire, indirettamente, il diritto di prelazione, limitandosi ad affermare che «compete questo diritto a chi vende una cosa con riserva di recuperarla in caso di rivendita», aggiungendo, altresì: « – Questo diritto è d'ordinario personale, ma riguardo ai beni immobili può cangiarsi in reale mediante iscrizione nei pubblici registri. – Non può essere ceduto a un terzo, né trasmesso agli eredi. – Chi ha questo diritto è in obbligo di recuperare la cosa entro ventiquattr'ore dopo la fatta offerta se trattasi di effetti mobili, ed entro trenta giorni se di un immobile. – In caso di vendita giudiziaria il diritto di prelazione altro effetto non produce, se non che quegli cui compete tale diritto, e che sia iscritto nei pubblici libri, dev'esser particolarmente citato all'asta. – Questo diritto non si estende ad altri modi di alienare senza una speciale convenzione. – L'investito del

¹⁰³ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 11, il quale osserva come la prelazione si attagli «a più vicende giuridiche, e quindi a più negozi; tuttavia, nasce, e via via si fortifica, con riguardo alla vicenda traslativa di un diritto di proprietà; più specificamente, e senz'altro originariamente, di un diritto di proprietà immobiliare».

Si legga, altresì, R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346, che afferma come «la norma contenuta nell'art. 1566 è molto più recente delle altre. Tutte le altre prelazioni affondano le loro radici storiche nello smembramento della proprietà, e nei conseguenti vincoli signorili, comunitari, corporativi, destinati a disciplinare la circolazione dei beni».

diritto di prelazione se non gli venga offerta la ricupera dev'essere soddisfatto dal possessore di qualunque danno: che se trattasi di diritto reale, può ripetere la cosa venduta dal nuovo compratore e suoi successori»¹⁰⁴.

Quanto innanzi richiamato offre spunti preziosi all'opera di identificazione e di specificazione del diritto di preferenza. Senza necessità di una definizione esplicita, sono esaltati, in via di ricapitolazione, i salienti profili tradizionali della prelazione, cesellata come diritto, di regola, personale – *rectius*, doppiamente personale: ossia un diritto relativo, ordinariamente sprovvisto del carattere reale (salvo insista su beni immobili e sia debitamente trascritto), e radicalmente intrasferibile a terzi –, incastonato nel contratto di compravendita, ed estensibile, ad altri modi di alienazione, solo pel tramite di apposita pattuizione.

Una prelazione, dunque, che, incorniciata nella sua dimensione storica più recente, esibisce linee marcatamente ancillari, assumendo i tratti di una pura limitazione della facoltà di alienazione – *rectius*, della facoltà di vendita – proprietaria, e

¹⁰⁴ Cfr. G. A. CASTELLI, *Indice ragionato delle materie contenute nel Codice civile generale austriaco confrontato colle Leggi Romane e col già Codice Civile d'Italia, non che colle Risoluzioni Sovrane, coi Decreti del Supremo Tribunale di Giustizia e di altri Dicasteri Aulici, colle Ordinazioni dell'I. R. Governo, e colle Circolari a stampa dell'I. R. Tribunale d'Appello Generale in Milano, che hanno rapporto col sudd. Codice della Monarchia Austriaca*, Milano, 1833, p. 124.

nella quale la posizione attiva, del prelazionario, risalta in un momento successivo, secondario, serbando un valore preminente, solo ove decifrata come causa giustificativa della limitazione stessa.

Prelazione, quindi, come limitazione concreta – seppur in chiave relativa, in ragione della limitata opponibilità – della potestà di vendere, connaturata alla posizione di titolarità di un diritto di proprietà, che solidifica – ma solo sottotraccia –, una speranza, o, al più, un’aspettativa di mero fatto di un soggetto, in diritto del prelazionario, il cui concreto esercizio sarà soggettivamente condizionato a una libera risoluzione della volontà dell’obbligato corrispondente.

4. (segue) La ‘relativizzazione’ del diritto di proprietà.

L’ombra dominicale, che vivifica la sorgente del diritto di preferenza, è particolarmente significativa, e suggerisce il ricordo di una nascita ‘faticosa’, talvolta rivendicata e difesa, talaltra tollerata o rinnegata, ma sicuramente segnata da vibranti impulsi ideologici contrapposti.

Come ben ricorda Caprioli¹⁰⁵, dall'*obiter dictum* costantino alle ideologie rivoluzionarie della Francia di fine Settecento, il diritto di proprietà è sempre stato inteso come quella peculiare situazione – corrispondente a una sensazione istintiva, sostanzialmente pregiuridica, per alcuni (gius-)naturale –, nella quale il soggetto acquista la dignità di ‘padrone’, potendo disporre, a suo piacimento, dei suoi beni¹⁰⁶.

Tale prospettiva è ribadita dallo stesso Codificatore italiano del 1865¹⁰⁷, che si premurò (art. 436) di sancire, solennemente, come la proprietà fosse «il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta», con il solo limite – dal tenore ipotetico: un ammonimento, una raccomandazione, più che un confine – posto dall’inciso, perentorio, «purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti».

Rinverdire lo spirito del recente passato ha un valore trascendente il mero dato crono-storico, finendo per acuire

¹⁰⁵ S. CAPRIOLI, *Visioni e revisioni storiografiche*, in *Prelazione e retratto. Seminario coordinato da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, cit., p. 654.

¹⁰⁶ La considerazione appena svolta merita una precisazione. Come ricorda efficacemente P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 168, vi è stato un tempo, del diritto germanico, più ancora che del diritto latino, nel quale la proprietà fu vissuta in una dimensione familiare. Il fenomeno della proprietà gentilizia – e del relativo diritto di retratto – si radica proprio nelle falde dello *ius germanicum*, intesa come proprietà inalienabile, appartenente alla famiglia, e sottratta, di conseguenza, al potere di disposizione dei suoi singoli componenti.

¹⁰⁷ Non a caso, come osserva P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 169, «il destino della prelazione e del retratto gentilizio opponibile ai terzi sembrava ormai segnato. Bollato come anticaglia, retaggio di situazioni e rapporti tipici dell’ancien regime, il retratto e la prelazione non compaiono più nel nostro codice del 1865».

l'evidente contrasto provocato dall'accostamento del diritto di prelazione a questo *humus* giuridico, e, prima ancora, sociale e culturale.

Nell'epoca di massimo fulgore del pensiero liberale, l'ordinamento giuridico conosce un istituto, che, in apparenza, estende i confini della capacità di acquisto oltre il perimetro della contingenza, ma che, nella sostanza, contraddice, in modo esplicito, una filosofia del diritto di proprietà tanto assoluta e radicale, germinandola di afflitti di contemperazione, di mediazione, di reciprocità; in altri termini, di relatività.

Un diritto di proprietà, quindi, che, pur serbando la sua granitica matrice, riassunta nel pregnante concetto di assolutezza, viene 'relativizzato' dall'esterno, imponendo, nell'orizzonte dispositivo del proprietario, la figura del prelazionario, e così abbozzando, inconsapevolmente, a quell'espressione sociale (come tale, relativa) della proprietà, successivamente celebrata dal Costituente¹⁰⁸.

¹⁰⁸ A tal proposito si legga quanto scritto da R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 349, il quale afferma che «in tempi più recenti, la diffidenza verso la prelazione convenzionale si è attenuata. Questo patto è stato tenuto in onore in un'epoca in cui la lotta contro l'intoppo al traffico, e contro lo smembramento della proprietà si era rilassata. Si tendeva cioè a vedere nella prelazione una microprogrammazione che sottrae alla spietata regola della concorrenza il rispetto per gli interessi dei più degni di tutela: la prelazione legale – volta, in Italia, dopo il 1948, ad attuare i principi costituzionali – poteva giovare al socio, munito di un diritto la cui gestione è interdipendente da quello dell'alienante; inoltre, ai portatori di superiori interessi clanici e di supremi interessi corporativi; poi, a colui di cui si pensa che viva in un rapporto di unione spirituale con il soggetto passivo; infine ai vicini, e con essi agli appartenenti a

Il diritto di prelazione, infatti, allude a un trasferimento, e se, da un lato, anticipa, pur cautamente, una relazione fra il futuro (sperato) proprietario e il bene desiderato, dall'altro, con la stessa prudenza, pone all'attuale titolare dei limiti esterni nel godimento del bene, che si sostanziano in fonti giuridiche di responsabilità.

La formula per sintetizzare, per distillare l'essenza del diritto dominicale è racchiusa, dunque, nella capacità, piena e incondizionata, di disporre; il meccanismo prelatizio, di converso, altera proprio l'evoluzione dell'atto dispositivo, incidendo, in particolare, sul *come* e sul *se*, sull'oggetto e sul soggetto del contratto¹⁰⁹.

ceti cui la forza politica coniugata alla logica assistenziale assicura meritevolezza di protezioni, accordate a spese di terzi».

¹⁰⁹ Si legga S. CAPRIOLI, *Visioni e revisioni storiografiche*, cit., p. 655, il quale osserva, a tal proposito, come «la collettività non attribuisce al titolare d'un bene la piena signoria su di esso, in quanto fissa una cerchia di soggetti nella quale individuare il futuro titolare di esso, l'acquirente; fissa una ragione di scambio alla quale far circolare il bene, maggiore d'un minimo. La circolazione di quel bene fuori di quella cerchia di soggetti, o secondo una ragione di scambio diversa da quella fissata, non incontra il beneplacito della collettività, la piena difesa. Qualora un soggetto, cui giovi una di quelle regole di circolazione, la faccia valere, l'atto del privato non raggiunge l'effetto cui mirava».

5. La complementarità della prelazione al diritto di usufrutto e la vicinanza, sul piano procedimentale, all'istituto dell'ipoteca.

A stretto rigore, quindi, l'esistenza di un diritto di prelazione – privando la facoltà di disposizione dell'onerato di quella assolutezza, che caratterizza, in modo determinante, il diritto di proprietà – è mal tollerata da un diritto dominicale reso nei termini, classici e netti, testé ricordati.

Il vincolo di preferenza pone un limite e un indirizzo alla facoltà di alienazione. E la facoltà di alienazione è, fra tutte, quella più intimamente connessa alla situazione giuridica condensata nel concetto di titolarità, di un dato soggetto, rispetto a un bene determinato.

Lo stesso diritto di usufrutto, ossia il diritto reale di godimento più ampio, e asfissiante, della condizione proprietaria – da questo resa, anche tecnicamente, “nuda” – non scalfisce menomamente la facoltà di alienare il bene così gravato; facoltà, che rimarrà ben salda, e intatta, all'interno della sfera giuridica del nudo proprietario.

Il parallelismo appena proposto si rivela, in questo contesto, emblematico. L'ampiezza, fin oppressiva, del diritto di

usufrutto¹¹⁰, invero, svuota, in modo perentorio, il diritto di proprietà, privandolo di contenuto e, quasi, di significato; significato, non di meno, che, pur rattrappito, sopravvive in virtù di due sole costatazioni: la temporaneità di codesto, marcato, squilibrio di attribuzioni, che, nella relazione di prossimità giuridica alla *res*, antepone la figura dell'usufruttuario a quella del nudo proprietario, e il costante permanere, in capo a quest'ultimo, della facoltà di alienazione del bene appesantito dall'usufrutto; facoltà, che si eleva sì a simulacro del diritto di proprietà, epperò del quale testimonia il perdurare lungo tutta la costanza del diritto di usufrutto stesso.

¹¹⁰ Non a caso, il Codice civile del 1865 disciplinava i diritti reali di usufrutto, uso e abitazione nel Titolo III del Libro II, dedicato alle «modificazioni della proprietà». In questo senso, quindi, la costituzione di un diritto di usufrutto può essere letta come una vera e propria vicenda del diritto di proprietà, che ne contamina la natura giuridica. A tal proposito, è interessante una risalente sentenza (Cass. Palermo, 17 luglio 1981, *Debilio c. Debilio*, in *Codice civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni delle Corti del Regno per cura di T. Bruno*, Firenze, 1895, IV ed., p. 113), che cerca di mettere ordine nella coesistenza fra le due figure, così affermando: «l'usufrutto formale è un *jus in re aliena*. L'usufruttuario tiene la cosa, quanto all'usufrutto, *animo sibi habendi*, e, quanto alla nuda proprietà, possiede in nome del proprietario (art. 2115). D'onde segue che l'azione *uti possidetis* (art. 694) compete al solo proprietario infra l'anno dopo la morte dell'usufruttuario ed anco contro gli eredi di lui, salvo che si contesti la cessazione dell'usufrutto; mentre invece non compete mai, nel periodo suddetto, agli eredi dell'usufruttuario, ai quali può, nei congrui casi, competere soltanto l'azione di reintegro (art. 695)».

Per un inquadramento attuale del diritto di usufrutto si veda, almeno, G. BONILINI, *Il diritto reale di usufrutto. I suoi caratteri*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, dir. da G. Alpa, G. Bonilini, U. Breccia, O. Cagnasso, F. Carinci, M. Confortini, G. Cottino, A. Iannarelli, M. Sesta, t. I, Torino, 2010, p. 5 ss.

Si noti, peraltro, che storicamente anche la prelazione, al pari dell'usufrutto, nasce come diritto sulla cosa, il cui esercizio, non di meno, non si esprime attraverso un potere fisico sul bene (Si veda, in relazione a questo aspetto, R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346, spec. nota 12). In merito alla natura giuridica del diritto di prelazione, vedi, *infra*, § 7.

Il raffronto appena proposto mi pare sveli un'altra sfaccettatura del cristallo prelatizio, che, attraversato dalla luce di questa prospettiva, si mostra, pur nella sua veste di diritto relativo, per certi versi complementare al diritto, assoluto, di usufrutto.

Il primo, infatti, limita, regola e detta i tempi alla sola facoltà dispositiva del proprietario del bene, lasciando sostanzialmente inalterate le rimanenti, che compongono il variegata struttura della titolarità; il secondo, al contrario, priva il proprietario di ogni relazione giuridica diretta con la *res*, pur non potendo impedire, a codesto soggetto, di avvalersi della facoltà di alienazione del bene, che rimane piena e inalterata.

Il diritto di preferenza, in sostanza, non lacera il rapporto giuridico, che stringe il titolare di un diritto di proprietà al bene sul quale tale diritto gravi, ma agisce in modo meno plateale e più personale; al contrario del diritto di usufrutto – che insiste sulla (e sostanzialmente ridefinisce lo stato giuridico della) *res* –, la prelazione opera sul piano personale, mirando a condizionare, in modo schietto, il comportamento del titolare del bene oggetto di prelazione e, in modo tacito, quello dei terzi, eventualmente interessati a concludere lo stesso contratto desiderato, e sperato, dal prelazionario.

Senza commettere ingerenze nel rapporto interno, che contraddistingue la situazione proprietaria, il diritto di prelazione si propone, in altri termini, di isolare il titolare del bene, di creare una distanza fra costui e i terzi, dando forma, in tal modo, a uno spazio autonomo, a esclusivo appannaggio del prelazionario, rendendolo il soggetto giuridicamente più prossimo al bene, dopo il suo titolare¹¹¹.

Sotto certi aspetti, la raffigurazione testé proposta ricorda il meccanismo di funzionamento dell'ipoteca: la *ratio* giuridica sottesa ai due istituti è ben diversa, se non, addirittura, antitetica, epperò entrambi si sviluppano creando un rapporto privilegiato, un rapporto di prossimità, qualificato, tra il titolare di codesti diritti e il bene verso il quale sono rivolti.

Anche la prelazione, infatti, frappone, fra il suo oggetto mediato e i terzi, un autentico svantaggio giuridico, traducibile sia in termini temporali – sotto forma di diritto, del prelazionario, ad acquisire, con tendenziale priorità, l'informazione della possibilità concreta di concludere un determinato contratto – sia in termini empirici, fattuali, in quanto l'onere del diritto di preferenza sarà spinto, pur non essendone obbligato, a rivolgere

¹¹¹ Si veda R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346, il quale afferma come, storicamente, la prelazione sia un diritto sulla cosa, il cui esercizio comporta un potere fisico sul bene, per poi definire la prelazione come «situazione di favore rispetto alle vicende giuridiche della cosa».

la propria volontà contrattuale direttamente al soggetto, titolare della prelazione, rinunciando, in tal modo, ai vantaggi, di cui potrebbe giovare collocando il bene nel libero mercato.

6. Una nuova qualificazione del diritto di prelazione, nel contesto delle sue espressioni contemporanee.

Quanto fin qui osservato, rappresenta la superficie, sulla quale ancorare lo studio delle vicende del diritto di prelazione.

Non di meno, al fine di rendere la struttura ben salda, è opportuno rinforzarla con un sintetico esame dei caratteri del diritto di preferenza, che levighi le sfaccettature delle molteplici espressioni di tale diritto, restituendone un'immagine unitaria e nitida.

La diffusione uniforme del meccanismo prelatizio, ben rappresentato tanto negli ordinamenti di stampo codicistico, quanto in quelli di *common law*¹¹², ne dimostra, in modo empirico, la rilevanza giuridica trasversale e l'attualità applicativa, mai venuta meno.

L'accoglienza, riservata alla prelazione, in forma di *right of preemption*, da ordinamenti tradizionalmente ortodossi rispetto

¹¹² Per una breve, quanto incisiva ricapitolazione comparatistica, si veda P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 169.

al dogma della libera circolazione dei beni e dei diritti, smentisce, nei fatti, l'immagine stereotipata di un istituto incardinato nei gangli della conservatrice economia tardo feudale, esaltando, di converso, l'evidenza, certo non comune, di una soluzione giuridica, che ha attraversato, indenne, il costante mutamento degli ordinamenti giuridici di volta in volta contingenti, senza dover mai modificare gli elementi essenziali della propria identità, mettendosi al servizio dei valori ritenuti, di volta in volta, prioritari.

D'altra parte, la prelazione è espressione fattiva dei principi coagulatisi attorno ai canoni del compromesso e del bilanciamento; criteri, del resto, rivelatisi ispiratori di ogni moderna codificazione. E non è certo un caso, se l'unico momento di vero intirizzimento, vissuto dalla figura prelatizia, sia conseguenza del radicale e intransigente vento illuminista, presto discioltosi al calore dell'agiatazza del nuovo assetto di potere ormai stabilmente costituito.

La mediazione accolta dall'ordinamento giuridico italiano, peraltro, non è certo una scelta di retroguardia, rispetto al dogma della fluida circolazione dei beni. Nonostante la convincente opinione della più autorevole dottrina¹¹³, tutt'oggi non è

¹¹³ Si vedano, a titolo di esempio, F. SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, cit., p. 697 ss., spec. p. 700 ss. e G.

possibile conferire, alla prelazione convenzionale – prolifica fucina delle «più genuine origini delle moderne figure di prelazione»¹¹⁴ – quella capacità impositiva *erga omnes*, già conosciuta, a certe condizioni, in altri ordinamenti giuridici a noi (per affinità di studî e culturali, prima ancóra che geografiche) vicini, quale quello germanico, nel quale il patto di prelazione, se inerente a un immobile e debitamente trascritto, ha la forza di imporsi ai terzi acquirenti (§1098 BGB)¹¹⁵.

Il Codice civile tedesco, peraltro, si distingue anche sotto il profilo sistematico, dedicando, al diritto di prelazione, un'apposita Sezione, composta di ben undici paragrafi (dal 1094 al 1104), regolante l'istituto nei suoi tratti essenziali e in quelli di dettaglio, e un Capitolo *ad hoc*, il terzo (intitolato 'Prelazione'), inserito all'interno del Sottotitolo 2 (rubricato 'Tipi speciali di acquisto') dell'ottava Sezione (riservata ai 'Particolari tipi di obbligazioni'), che reca un'analitica disciplina degli effetti di tale diritto (dal § 463 al § 473), nella cornice della relazione giuridica capace di legare il prelazionario al suo obbligato. Non mancano, inoltre, norme

VETTORI, *L'efficacia rispetto ai terzi della prelazione convenzionale*, in *Prelazione e retratto. Seminario coordinato da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, cit., p. 585 ss.

¹¹⁴ L. V. MOSCARINI, *Riflessioni conclusive: categorie civilistiche della prelazione*, cit., p. 716.

¹¹⁵ Si veda la ricostruzione offerta da M. P. MARTINES, *La clausola di prelazione*, Padova, 2010, p. 58, nota 33.

pensate per situazioni specifiche (si pensi al § 577, che dispone sul diritto di prelazione riconosciuto al locatario, e ai §§ 2034 e 2035, riservati al diritto, reale, di prelazione ereditaria).

La prelazione, dunque, quale istituto ben noto ai Codici europei e riconosciuto, sul piano convenzionale, dai sistemi anglosassoni, può essere ora reso, in termini più incisivi, come quel diritto, che trova la sua fonte nella legge o in un atto di privata autonomia, e in virtù del quale il suo titolare dovrà essere preferito a chiunque altro rispetto alla conclusione di un determinato contratto, purché a parità di condizioni¹¹⁶.

Il diritto di preferenza, ben lungi dal rispecchiare un obbligo alla costituzione del rapporto contrattuale in oggetto, può allora essere risolto in due obbligazioni fondamentali. La prima, di segno negativo, vincola l'obbligato a non stipulare con i terzi, se non in séguito alla infruttuosa *denuntiatio* indirizzata al prelazionario; la seconda, di ordine positivo e complementare, impone all'onerato – ove riceva, da un terzo, un'offerta contrattuale ritenuta congrua – di rivolgere al prelazionario regolare *denuntiatio*, ponendo lo stesso, nella concreta condizione di esercitare il diritto, di cui è titolare, a perfezionare il contratto divisato, a scapito del primo offerente.

¹¹⁶ P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 168.

Ove ci si soffermi ulteriormente sul procedimento appena ripercorso, è possibile accorgersi di come, a ben vedere, il diritto di prelazione non coarti, in modo definitivo, la capacità di autodeterminazione negoziale dell'onerato: egli permarrà libero di non perfezionare alcun contratto, o di farlo alle condizioni ritenute, arbitrariamente, più vantaggiose e opportune.

In questo senso, quindi il *pactum protomiseos* rappresenta, in un'ipotetica scala di intensità dei negozi preparatorî, il vincolo meno penetrante, idealmente seguito dal patto di opzione¹¹⁷ – pienamente impegnativo per una delle parti – e dal contratto preliminare, il cui orizzonte, sul piano degli effetti, è inscindibilmente proiettato alla conclusione del contratto definitivo, ormai certo nell'*an* e realizzabile anche in forma coattiva; orizzonte, peraltro, che, fin da subito, condizionerà sostanzialmente il comportamento delle parti del preliminare, chiamandole a tenere una condotta compatibile – *rectius*, agevolatrice –, rispetto al buon èsito del definitivo.

L'esistenza di un diritto di prelazione, al contrario, lascia intatta la discrezionalità contrattuale, tanto del suo titolare quanto

¹¹⁷ Per un raffronto fra il patto di opzione e il patto di prelazione si vedano, fra tanti, almeno G. TAMBURRINO, voce *Patto di opzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, s. d., ma 1965, p. 725 ss. e F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, II ed., p. 203 ss.

dell'onerato, limitandosi a imporre un obbligo prioritario alla eventuale dichiarazione negoziale di quest'ultimo.

Collocata la prelazione nella dimensione funzionale delineata, quindi, è evidente come la medesima non incida sul processo di formazione della volontà, bensì operi sulla sua direzione, orientandone – qui, sì, in modo vincolante – il destinatario.

Il soggetto, sul quale insiste l'obbligo di preferire, potrà soppesare, in piena autonomia, la materia dell'opportunità negoziale; non di meno, la sua iniziativa, ove assuma la traiettoria del negozio predeterminato in seno alla prelazione, dovrà raggiungere, innanzi tutto, la sfera giuridica del prelazionario, per poi virare, successivamente, su altri destinatari, ma solo a fronte del mancato esercizio, nei termini, dell'antecedente diritto di preferenza.

Per questa ragione, si può comprendere come fosse fuorviante la prammatica accusa del passato rivolta all'istituto prelazio, tacciato di essere un alfiere delle limitazioni feudali imposte alla trasmissione del diritto di proprietà e, di conseguenza, alla circolazione dei beni.

Le evidenti aberrazioni provocate da un esercizio eccessivo, deregolamentato, di antichi istituti quali la sostituzione

fedecommissaria¹¹⁸ (peraltro non privi di pregi e di esemplari applicazioni virtuose¹¹⁹), tradottesi nell'innegabile problema

¹¹⁸ La traversie vissute dall'istituto fedecommissario sono, da questo punto di vista, emblematiche.

In merito ai riverberi economici negativi, provocati dagli abusi del passato nell'esercizio della soluzione fedecommissaria, è di sicuro interesse l'affresco offerto da C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. III, Milano, 1947, p. 90, il quale osserva che «siccome la trasmissione non era ordinata che a vantaggio di uno solo dei membri della famiglia, il fedecommissario importava sempre un danno per gli altri membri di essa, e specialmente per le donne, che erano sempre escluse da tali disposizioni. In secondo luogo, estesosi oltre misura l'uso del fedecommissario, in guisa che la maggior parte degli immobili si trovò ad una certa epoca sottoposta a vincolo fedecommissario, ed essendo, come si è già osservato, i beni sottoposti a tale vincolo, indivisibili e inalienabili, si venne a costituire una specie di manomorta civile, con notevole danno della pubblica economia; danno, aggravato anche dal fatto che i possessori di fedecommissario, non avendo in parecchi casi alcun interesse a migliorare i beni, non miravano ad altro che a sfruttarli il più che fosse possibile. Infine il fedecommissario costituiva un danno anche per il credito, in quanto che non erano rari i casi in cui i creditori non potevano agire esecutivamente sui beni dei loro debitori per il fatto, da essi ignorato, che tali beni erano sottoposti a vincolo fedecommissario».

La situazione or ora descritta, divenuta ormai insostenibile, condusse a un inevitabile, quanto radicale, ripensamento dell'istituto fedecommissario, che, però, non condusse immediatamente alla sua abolizione. Come afferma, ancora una volta, C. GANGI, *op. cit.*, p. 90, «a tali inconvenienti si cercò dapprima di rimediare stabilendo che sulle rendite del fedecommissario dovessero essere assegnati degli appannaggi a favore dei maschi esclusi dalla successione, e una dote conveniente alle femmine; che, ad evitare facili frodi a danno dei terzi, entro un certo termine dall'istituzione del fedecommissario si dovesse fare un esatto inventario dei beni gravati; che in alcuni casi e sotto certe condizioni, col consenso degli eredi presuntivi viventi, o coll'intervento della pubblica autorità, o anche di un curatore della posterità, fosse possibile l'alienazione dei beni soggetti al vincolo fedecommissario; che fossero esclusi dal vincolo fedecommissario quei beni che non erano capaci di dare una rendita fissa; che non potessero costituirsi fedecommissari da persone non nobili, o non appartenenti alle più alte classi sociali; e finalmente non potessero costituirsi fedecommissari per oltre quattro gradi o passaggi».

Nonostante tali correttivi, il fedecommissario non riuscì a rinnovare la sua immagine, ormai irrimediabilmente compromessa, e il processo della sua eliminazione dall'ordinamento giuridico fu inesorabile: ciò avvenne, dapprima, in Toscana, con una legge del 23 febbraio 1789, poi in Piemonte, con un editto del 29 luglio 1797, infine in tutta Italia, con le leggi francesi, che dichiararono liberi, dal vincolo fedecommissario, i beni posseduti dagli allora investiti (si legga C. GANGI, *op. cit.*, p. 91).

Ciò non di meno, le vicende storico-giuridiche della sostituzione fedecommissaria erano ben lungi dal raggiungere una conclusione. Con la Restaurazione, il fedecommissario trascorse un breve periodo di riviviscenza (perfettamente coerente con la volontà, manifesta, di ripristinare i valori dell'*Ancien Régime*), per poi essere nuovamente estirpato dall'avvento dell'unità d'Italia. Il Codice civile del 1865, ispirato a un forte liberismo, sancì, infatti, all'art. 899, la nullità di «qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona».

sintetizzato dal concetto di ‘manomorta’, posero le fondamenta di un singolare spauracchio giuridico nel perimetro dell’ordinamento civile, che impedì di distinguere i peculiari lineamenti delle singole fattispecie.

Non a caso, proprio il raffronto con l’istituto fedecommissario consente di raffinare l’analisi fin qui svolta. Se, infatti, è

I motivi, che indussero a questa rinnovata, radicale, chiusura furono gli stessi già addotti un secolo prima: il danno provocato all’economia pubblica, alla circolazione dei beni e alla libertà di testare; nonché la contrarietà al principio dell’eguaglianza dei membri di una famiglia.

Eppure, un dibattito incessante continuò a brulicare attorno a codesta, controversa, figura giuridica, poiché le ragionevoli analisi economico-giuridiche si scontravano con un’evidenza innegabile: il fedecommesso aveva il pregio di rispondere a un’esigenza ancora molto diffusa nella società. Detta considerazione indusse il legislatore del 1942 a compiere un parziale passo indietro, che portò alla reintroduzione, nel nuovo Codice civile, di due ipotesi di sostituzione fedecommissaria: il fedecommesso familiare (in favore dei figli dei figli o di fratelli o sorelle del testatore), e il fedecommesso di beneficenza (in favore di un ente pubblico; si legga, in merito, L. RICCA, voce *Fedecommesso*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, s. d., ma 1986, p. 116), delle quali oggi sopravvive la sola, marginale, figura del così detto fedecommesso assistenziale, peraltro contraddistinto da una *ratio* ben diversa, rispetto a quella del passato, orientata in una prospettiva sociale, che sostituisce quella, precedente, di carattere economico-familiare (si veda, almeno, G. BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. V, Padova, 1992, spec. p. 207).

¹¹⁹ D’altro canto, come osserva C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., p. 93, le sostituzioni fedecommissarie «servono a soddisfare esigenze individuali e sociali meritevoli di tutela, e che i limiti entro cui esse sono state ammesse sono stati considerati sufficienti per evitare, almeno in massima parte, gl’inconvenienti che esse presentavano nel passato, e che indussero, come fu già notato, alla loro abolizione. Non si può certamente disconoscere che l’abolizione delle sostituzioni fedecommissarie, così come erano ordinate nel diritto medioevale, rispondeva ai bisogni dell’epoca in cui essa ebbe luogo, ed era giustificata dalla mancanza dei limiti necessari con cui le sostituzioni avrebbero dovuto essere ammesse. Ma si deve anche riconoscere che, ammesse entro certi limiti, le sostituzioni fedecommissarie non solo non presentano gravi inconvenienti, ma posso in alcuni casi riuscire di notevole utilità».

In merito alle fattispecie della sostituzione fedecommissaria e del fedecommesso *de residuo*, si leggano, almeno, V. VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, *Parte nona. Delle successioni*, vol. IV, Napoli-Torino, II ed., 1909, p. 572 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944, II ed., p. 468 ss. e G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, VII ed., 2014, p. 303 ss.

corretto riconoscere come il diritto di preferenza intralci la fase negoziale delle trattative, rallentandone il normale decorso, al contrario sarebbe fuorviante ricavarne, per ciò solo, una definizione in termini di vera e propria limitazione, in senso pieno, della facoltà di alienazione dell'onerato.

Ove si scinda la facoltà di alienazione nelle sue due consequenziali componenti fondamentali, ossia l'iniziativa di alienazione e la modalità concreta di alienazione, emerge, chiaramente, come il diritto di prelazione agisca sulla seconda delle dette componenti, influenzandola, e imponendo, alla medesima, una cadenza prestabilita; di converso, l'istituto fedecommissario incide proprio sull'iniziativa di alienazione, sterilizzandola, ed eliminando, di conseguenza, ogni modalità concreta di alienazione.

7. La natura giuridica del diritto di prelazione.

L'opera di qualificazione del diritto di prelazione impone un passaggio obbligato, lungo le sponde della sua natura giuridica. Scioglierne il nodo gordiano, ignorando gli accomodanti richiami a soluzioni alessandrine, è qui di particolare

importanza: dalla posizione assunta, infatti, deriveranno rilevanti conseguenze su più vicende del diritto di preferenza.

A ciò si aggiunga, peraltro, che l'approfondimento delle singole vicende giuridiche, raccolte attorno al diritto di prelazione, non mira a comporre un'analisi formata da settori indipendenti, ma, al contrario, si propone quale studio organico di pretesti; un mosaico, nel quale ogni vicenda è una tessera, che contribuisce a costruire un'immagine più netta del diritto di preferenza.

Ove si getti ancora uno sguardo sull'origine storica della prelazione, si potrebbe cogliere l'immagine, 'legale', di un diritto formatosi entro i confini di una espressa previsione di legge, insistente su di una *res* e, al pari dei diritti reali, opponibile ai terzi: non a caso, il corollario tipico di detta posizione giuridica è il diritto di retratto¹²⁰, sì strutturalmente autonomo, epperò funzionalmente inscindibile dalla situazione di preferenza.

Qualora, poi, si intenda sostenere la necessità di una ricostruzione il più possibile unitaria dell'istituto prelatizio, che ponga l'accento sui tratti comuni presentati dalle fattispecie lì raggruppate, sembra, oggi, preferibile rendere un'idea di

¹²⁰ Si veda R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346.

prelazione legale in termini di diritto relativo, di credito¹²¹, rivolto alla stipulazione di un contratto – o di un fascio di contratti, di norma alienativi – e generalmente rafforzato dal carattere, reale, infuso nel diverso diritto di retratto: un diritto ancillare, rispetto al primo, collocato in posizione di evidente subordinazione e – questo sì – insistente, in modo chiaro e diretto, su di una *res*.

A ben vedere, infatti, il forte connotato, potestativo, solitamente riconosciuto alla più ampia situazione prelatizia legale è, in realtà, serbato dal diritto di retratto, il cui esercizio consente di modificare una situazione giuridica preesistente, attraverso la mera manifestazione di un atto della volontà¹²².

La prelazione, dunque, nasce inequivocabilmente nella sua veste legale, mentre la forma volontaria, resa in termini di promessa a preferire, si sviluppa in un momento successivo¹²³, ossia in quell'ordinamento giuridico, di stampo liberale, alla ricerca di un bilanciamento fra il dogma intangibile dell'assolutezza della

¹²¹ In dottrina, specie nel passato, detta posizione non è unanime. Si veda, a titolo di esempio, V. PANUCCIO, voce *Cedibilità e Cessione di diritti e di situazioni giuridiche*, in *Enc. dir.*, vol. VI., Milano, s. d., ma 1960, p. 825, il quale inserisce il patto di prelazione nello studio dedicato alla cessione dei diritti potestativi, affermando che «mentre ad esempio è corrente nella dottrina, specie germanica, l'affermazione del principio che i diritti potestativi sono incedibili, con riguardo, invece, a certe ipotesi specifiche, poniamo al patto di riscatto, al patto di prelazione, e a certe azioni, si trova affermata la cedibilità».

¹²² G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 153.

¹²³ R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346.

proprietà e la spasmodica necessità di ampliare, il più possibile, le modalità espressive della facoltà di disporre.

L'origine temporalmente fratturata di codeste, distinte, idee di prelazione, e l'evidente diversità di *ratio*, su cui le medesime poggiano, sono alla base delle difficoltà, che, ancora oggi, l'interprete si trova di fronte, allorquando intenda offrirne una definizione precisa e chiara.

Il termine 'prelazione', in sostanza, è un ardito sforzo di sintesi. L'espressione di un tentativo ambizioso, che mira a costringere, in un solo significante, due significati marcatamente diversi: da un lato, il riferimento a una «situazione di favore rispetto alle vicende giuridiche della cosa»¹²⁴; dall'altro, un «diritto (condizionato) a che il soggetto promittente si presti alla conclusione del contratto»¹²⁵.

L'impegno, comunque, non può punto sostenersi sia vano, e risponde a un'esigenza concreta: la necessità di tenere unite due situazioni giuridiche accomunate, nelle pur innegabili peculiarità, dalla stessa funzione astratta e dal medesimo procedimento attuativo; ossia favorire, attraverso la costituzione di una posizione esclusiva di prossimità, l'occasione, per il

¹²⁴ R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346.

¹²⁵ R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346.

prelazonario, di giovare di un negozio giuridico dato¹²⁶, nell'ipotesi in cui tale negozio volga, dal piano astratto, in quello, reale, della concreta, attuale possibilità.

Un esame della natura giuridica del diritto di prelazione deve, però, necessariamente tenere presente l'aspetto, bifronte, di detta figura, che, giocoforza, si riverbera su alcuni dei caratteri più qualificanti della fattispecie.

Un primo problema, che si affaccia a chi cerchi di dare corpo al proposito appena enunciato, deriva dalla inusuale asimmetria di disciplina, che contraddistingue i due rami prelatizi.

La prelazione legale, infatti, è scolpita da un insieme del tutto eterogeneo di previsioni, che presentano, di volta in volta, aspetti specifici, non rilevabili nelle altre.

Al contrario, la prelazione volontaria non si giova di alcun, generale, riconoscimento formale nell'ordinamento giuridico; non di meno, la sua ammissibilità è suggerita, in modo incontrovertibile, dall'attuale sistema civilistico, che esplicitamente consente la costituzione, volontaria, di limiti ben più coartanti la privata autonomia, quale il divieto di alienazione

¹²⁶ O di un fascio di negozi, ove, come spesso accade, l'oggetto della prelazione sia da identificare nell'acquisto di un diritto di proprietà.

entro ‘convenienti limiti di tempo’, incastonato nella norma racchiusa dall’art. 1379 cod. civ.¹²⁷.

Alla luce della situazione poco sopra riassunta, è possibile fissare alcuni punti fermi, attraversando i quali, si dovrebbe poter giungere a conclusioni ulteriori: la prelazione legale è una categoria di classificazione dalle maglie estremamente larghe, che racchiude ipotesi stratificate, specifiche, ritagliate *ad hoc*, sullo stampo della situazione particolare, alla quale ineriscono; la prelazione di matrice volontaria è sicuramente coerente e compatibile con il sistema civile odierno, perseguendo interessi astrattamente meritevoli per l’ordinamento giuridico, pur non ricevendo, dallo stesso, alcuno spunto di disciplina in termini generali; la ricostruzione dei tratti caratterizzanti la figura della prelazione volontaria non può essere ricavata dalla materia legislativa dedicata alla prelazione legale, a causa del suo eccessivo grado di specialità.

Preso atto, dunque, della limitata utilità, che le fattispecie legali possono offrire all’opera di delineazione dei caratteri salienti

¹²⁷ Per un ampio raffronto tra la fattispecie prelazione e il divieto di alienazione, si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 52 ss. e p. 60 ss. Come afferma l’Autore (*ivi*, p. 52), «in molte occasioni si ha, se non identità, senz’altro affinità tra il nucleo causale dello schema prelazione e di quello vietante l’alienazione. Sicuramente in tutte le previsioni negoziali di preferenza in ordine all’alienazione di un bene – e sono quelle più ricorrenti e interessanti – v’è un punto di contatto con i divieti di alienazione negoziale dato che in entrambe le ipotesi si ha comunque l’assunzione di un’obbligazione negativa».

della prelazione volontaria, si rivela necessario esaltare il ruolo dell'attività interpretativa, che, pur spuntata sul piano del raffronto di norme prelatizie, assume un ruolo centrale, ove sia rivolta verso la privata volontà.

8. (segue) La triplice condizione sospensiva del diritto di prelazione legale.

Quanto fin qui osservato, consente di compiere un passo ulteriore sulla via dell'identificazione della natura giuridica del diritto di preferenza, sfrondando, innanzitutto, l'indagine della matassa delle figure legali.

Come si è avuto modo di ricordare, le prelazioni, che rinvergono la propria fonte nel dettato legislativo, non risentono di lacune di disciplina, ma, semmai, di un eccesso di specificazione¹²⁸, che assottiglia, pur non recidendolo, quel *fil rouge*, al quale tutte sono legate, e rappresentato dal concetto giuridico più generale e omnicomprensivo di prelazione, così come descritto nelle pagine precedenti.

Ogni singola ipotesi di prelazione legale trova il proprio regime applicativo all'interno del contesto, normativo, nel quale è

¹²⁸ Al riguardo, è significativa l'analisi di R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 344 ss.

calata, e dal quale si potranno – *rectius*, si dovranno – dedurre i lineamenti concreti del diritto attribuito, di volta in volta, al singolo prelazionario.

Tutt'al più, può essere utile rimarcare come ogni interrogativo, circa la natura, personalissima o meno, del diritto di preferenza, sia, in questa sede, superfluo.

L'istituto della prelazione legale, infatti, è utilizzato dal legislatore per attribuire (non a un soggetto determinato, bensì) a una categoria di soggetti, il diritto di priorità, rispetto all'acquisto di un certo bene o alla stipulazione di un dato contratto.

In altri termini, e in via di prima approssimazione, il legislatore, ricorrendo alla soluzione prelatizia, ragiona, in senso ampio, per *status*¹²⁹, ricollegando il sorgere del diritto di preferenza all'assunzione, da parte di un soggetto, di una determinata qualità personale¹³⁰.

In dette ipotesi sarà di scarso interesse ogni domanda sulla possibilità di trasmissione del diritto di prelazione, poiché la titolarità del diritto di preferenza sarà accertata in via indiretta,

¹²⁹ In merito alla relazione, che lega le numerose fattispecie di prelazione legale all'idea di *status*, si legga E. PEREGO, *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, cit., p. 158.

¹³⁰ Fatto salvo, ovviamente, l'eccezionale caso della prelazione artistica, in cui il legislatore concede, allo Stato, il diritto.

attraverso la verifica della sussistenza di un certo *status* (a titolo di esempio: di erede in regime di comunione; di coltivatore diretto di un fondo; *etc.*) in capo a un determinato soggetto¹³¹.

A riprova di ciò, basti pensare come la legge stessa attribuisca la prelazione: non in modo generico, bensì riferendosi al prelazionario attraverso l'utilizzo della qualifica identificativa dello *status* goduto. Così, a modo di esempio, l'art. 732 cod. civ. conferisce il diritto di prelazione «agli altri coeredi», mentre l'art. 8, primo comma, della l. 26 maggio 1965, n. 590, riconosce il diritto di prelazione all'affittuario, al mezzadro, al colono, al compartecipante.

I casi richiamati, testimoni del *modus operandi*, più generale, con cui il legislatore interviene attraverso l'utilizzo della soluzione prelatizia, si presentano di vivo interesse anche da una

¹³¹ A titolo di esempio, circa la natura personalissima della prelazione ereditaria, e la conseguente intrasmissibilità ai successori a titolo universale del coerede, si vedano, in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 1983, n. 4777 in *Banca dati Pluris*; Cass., 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Banca dati Pluris*; Cass., 16 marzo 2012, n. 4277, in *CED Cass., rv. 621444*; App. Napoli, 28 maggio 2009, in *Banca dati Pluris*; Trib. Verona, 7 marzo 2000, in *Banca dati Pluris*.

In dottrina, non di meno, vi sono autorevoli posizioni a sostegno della trasmissibilità della prelazione ereditaria. Si leggano, a tal proposito, L. CARIOTA FERRARA, *Trasmissibilità del diritto di prelazione ai successori a titolo universale del coerede*, in *Foro it.*, 1951, c. 116 ss.; G. IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, P. II, p. 478; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 158; M. PROTO, *I soggetti della comunione ereditaria*, in G. BONILINI, G. F. BASINI, M. PROTO, C. COPPOLA, A. ALBANESE, M. BARELA, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. di dir. civ. del Cons. Naz. del Notar.*, dir da P. Perlingieri, vol. VIII, t. 7, Napoli, 2013, p. 15 ss.

Per un'opinione di segno opposto si leggano, invece, A. CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, p. 8 ss; DE CUPIS, A., *Sull'applicabilità della prelazione ereditaria all'erede del coerede*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, P. II, p. 613 ss.

diversa prospettiva, che svela uno degli aspetti più delicati della tematica prelatizia.

Come si può osservare rileggendo le norme affidate ai predetti articoli, gli elementi, caratterizzanti la nascita del diritto di prelazione legale, sono tre.

Quanto al primo, occorre riconoscerlo nella specifica qualifica personale, richiesta dalla legge e vantata da un soggetto; il secondo, strettamente connesso al primo, nel rapporto 'privilegiato', individuato ed esaltato dalla norma stessa, che stringe un certo bene giuridico al soggetto che rivesta detta qualifica; il terzo, infine, nell'opportunità concreta, attuale – potremmo dire, materializzata –, di concludere un determinato contratto oneroso, volto all'acquisto della titolarità del bene o alla costituzione di un diverso rapporto – quale un rapporto di locazione¹³² –, sempre specificato dal legislatore.

In quasi tutte le figure di prelazione, tali criteri assurgono, a ben vedere, ad autentiche condizioni sospensive della nascita del diritto di preferenza (si pensi all'esempio della prelazione agraria); in (poche) altre fattispecie, diversamente, i primi due

¹³² Basti pensare all'art. 3, lett. g), secondo comma, della L. 9 dicembre 1998, n. 431, in materia di disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti a uso abitativo, a tenore del quale: «Il conduttore ha diritto di prelazione, da esercitare con le modalità di cui all'articolo 40 della legge 27 luglio 1978, n. 392, se il proprietario, terminati i lavori, concede nuovamente in locazione l'immobile».

requisiti continuano a rappresentare condizioni sospensive della nascita del diritto, mentre il terzo assume un valore differente, sostanziandosi in una condizione sospensiva dell'esercizio della prelazione, e non della sua nascita (si pensi alla prelazione ereditaria: *ex art. 732 cod. civ.*, il coerede, vale a dire il partecipante alla comunione ereditaria, è, per ciò solo, prelazionario¹³³; oppure, si ricordi la prelazione societaria, che opera in modo ancora diverso: *ex art 2441 cod. civ.*, il sorgere della prelazione è da ricondurre non già al momento, in cui sarà attuale la possibilità di acquisto delle azioni inoptate, bensì in quello, idealmente distinto, nel quale il socio si sia avvalso dell'opzione riconosciutagli).

Si badi: il sorgere del diritto di prelazione legale, non di rado, è sospensivamente condizionato alla compresenza di tutti e tre i predetti elementi. Prima di tale concomitanza, il coerede, il partecipante all'impresa familiare, e così via, non saranno da ritenersi prelazionari, e ciò segna una differenza particolarmente rilevante con le ipotesi di prelazione volontaria, che, di converso, si concretizzano, di regola, contestualmente al

¹³³ Nella prassi, peraltro, si registrano casi ambigui, in merito ai quali si è discusso circa la natura, ordinaria o ereditaria, della comunione. Si legga, a tal proposito, G. F. BASINI, *La comunione ereditaria. Nozione e natura*, in G. BONILINI, G. F. BASINI, M. PROTO, C. COPPOLA, A. ALBANESE, M. BARELA, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. di dir. civ. del Cons. Naz. del Notar.*, dir da P. Perlingieri, vol. VIII, t. 7, Napoli, 2013, p. 7 ss.

loro atto costitutivo, rimanendo sospensivamente condizionato (soltanto) l'esercizio del diritto.

Quanto appena affermato può essere chiarito, ulteriormente, con un raffronto più dettagliato.

Il già richiamato art. 8, primo comma, della l. 26 maggio 1965, n. 590, così come modificato dalla l. 8 gennaio 1979, n. 2, stabilisce: «in caso di trasferimento a titolo oneroso o di concessione in enfiteusi di fondi concessi in affitto a coltivatori diretti, a mezzadria, a colonia parziaria, o a compartecipazione, esclusa quella stagionale, l'affittuario, il mezzadro, il colono o il partecipante, a parità di condizioni, ha diritto di prelazione purché coltivi il fondo stesso da almeno due anni, non abbia venduto, nel biennio precedente, altri fondi rustici di imponibile fondiario superiore a lire mille, salvo il caso di cessione a scopo di ricomposizione fondiaria, ed il fondo per il quale intende esercitare la prelazione in aggiunta ad altri eventualmente posseduti in proprietà od in enfiteusi non superi il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della sua famiglia».

La seconda parte della norma, racchiusa nel comma appena citato, può essere tralasciata, poiché contempla condizioni ulteriori alla nascita della prelazione, decisamente ancillari,

però, rispetto al secondo degli elementi caratterizzanti poco sopra circoscritti; codeste, infatti, contribuiscono a determinare, in modo forse fin puntiglioso, l'esatto tipo di rapporto qualificato preso in considerazione, dal legislatore, per il sorgere della prelazione.

La prima parte della norma richiamata, invece, è particolarmente chiara, e stabilisce che l'affittuario, il compartecipante, *etc.*, 'avranno' diritto di prelazione – quindi, diverranno (anche) prelazionarii – «in caso di trasferimento a titolo oneroso o di concessione di enfiteusi» dei fondi specificati dalla norma.

Un'ipotesi diversa, e per questo motivo emblematica, è invece offerta dal disposto racchiuso nella prima parte, del primo comma, dell'art. 732 cod. civ., che così stabilisce: «il coerede, che vuol alienare a un estraneo la sua quota o parte di essa, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi, i quali hanno diritto di prelazione». Dal passo emerge, in modo evidente, come il coerede in comunione ereditaria sia, per ciò solo, prelazionario, rispetto alle quote spettanti agli altri coeredi; in un momento, quindi, che è anteriore, rispetto a ogni concreta, e attuale, ipotesi di alienazione.

Mettere in risalto codesto aspetto, a me pare importante, poiché, ove calato nella prassi, sarà foriero di conseguenze non trascurabili.

Se nell'ambito della prelazione volontaria vi è, di regola, una frattura temporale tra il momento della sua costituzione e quello, eventuale, in cui l'obbligato sarà gravato del dovere di *denuntiatio* – tempo riempito da un autentico rapporto di prelazione –, lo stesso non potrà dirsi in ogni ipotesi di prelazione legale.

Nel contesto delle prelazioni legali, invero, il diritto di preferenza sorge, di frequente, nell'istante stesso, in cui l'obbligato – *rectius*, colui, il quale, in quell'istante, diviene obbligato – è tenuto a rivolgere al prelazionario – *rectius*, a colui, il quale, in quell'istante medesimo, diviene prelazionario – formale *denuntiatio*. Ciò significa che i due momenti possono essere sistematicamente scissi, ma, da un punto di vista cronologico, coincidono.

In detti casi, prima dell'istante, in cui si materializza il dovere di *denuntiatio*, ossia prima della reale occasione di stipulazione del contratto, individuato dalla legge, il destinatario della prelazione legale non sarà da considerarsi formalmente

prelazonario, poiché una delle condizioni sospensive, che imbrigliano la nascita della prelazione, non si è ancora avverata. Nell'ambito delle prelazioni volontarie, invece, il soggetto, di norma, diverrà prelazonario in séguito alla costituzione del diritto, mentre l'obbligo di *denuntiatio* sarà relegato in un tratto temporale astratto, del tutto eventuale.

La conseguenza che, a stretto rigore, si può ricavare dalla osservazione appena svolta, è intuitiva: una volta costituito il diritto di prelazione, il comportamento dell'obbligato deve essere informato, in virtù della sussistenza del rapporto di prelazione, dai consueti canoni di correttezza e buona fede, che impongono, all'onerato, un comportamento rispettoso, se non, addirittura, premuroso, della posizione giuridica del prelazonario; posizione giuridica, che, in virtù dell'esistenza del diritto di prelazione, si è arricchita di una aspettativa legittima, di diritto, che trova, nella perdurante possibilità di conclusione del negozio giuridico oggetto di prelazione, il suo fulcro.

Nella maggior parte delle prelazioni di stampo legale, invece, ciò non avviene; come si è avuto modo di rilevare, spesso, in codeste ipotesi, la prelazione si sostanzia soltanto in séguito all'avverarsi delle tre condizioni già considerate, cioè a dire nel

momento del suo esercizio fattivo, dovuto alla possibilità concreta di stipulare il contratto divisato.

In merito alle conseguenze, quindi, si deve constatare l'assenza di alcun periodo di tempo, nel quale il comportamento dell'(eventuale) obbligato legale possa essere condizionato, anche solo sul piano della correttezza e buona fede, dalla previsione di un diritto di prelazione (nei fatti, ancora sospeso), in favore del soggetto individuato dalla legge, il quale, a fronte di condotte palesemente orientate alla lesione delle sue aspettative – in questo caso, non già di diritto, bensì di fatto – potrà solo percorrere l'impervia strada della frode alla legge¹³⁴.

9. (segue) La natura giuridica della prelazione di fonte volontaria.

Le considerazioni svolte consentono, ora, di concludere l'analisi sulla natura giuridica della prelazione, soffermandosi sulle fattispecie di fonte volontaria¹³⁵, per le quali è possibile proporre

¹³⁴ In relazione a questo tema, si veda l'approfondimento svolto *infra*, Capitolo III, Paragrafo VI.

¹³⁵ A tal proposito, si veda la ricostruzione di G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 150 ss.

una conclusione unitaria, che prescindendo dalle peculiarità di ogni singola figura¹³⁶.

Il diritto di preferenza, la cui origine si innesta nella privata volontà dei consociati, si presenta come uno schietto diritto di credito sospensivamente condizionato, animato dal proposito di favorire il suo titolare rispetto alla stipulazione del contratto ambito, e la cui violazione, coerentemente alle fonti romane, altro non comporta, se non la nascita di una pretesa risarcitoria¹³⁷.

Ove, poi, si voglia raffinare la sostanza del diritto di preferenza volontaria, è d'uopo rimarcare, una volta di più, come l'intendere la prelazione alla stregua di una soluzione, di cui servirsi per 'assicurare' il raggiungimento di un voluto giuridico, non sia del tutto soddisfacente. Codesto, infatti, è, in chiave unilaterale, il ruolo del contratto di opzione e, in quella bilaterale, il fine del contratto preliminare. Lo stesso, invece, non può dirsi con riguardo alla prelazione; tanto meno, se essa sia di fonte volontaria, e come tale sprovvista di alcun carattere – riflesso, vista l'origine nel retratto – di absolutezza.

¹³⁶ Per una diffusa analisi delle singole fattispecie volontarie di prelazione, si veda, in particolare modo, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 59 ss. Come afferma l'Autore (*ivi*, p. 59), l'espressione 'prelazione volontaria' «ha uno spiccato, ma esclusivo valore descrittivo», limitandosi a individuare, genericamente, «tutti i diritti (-le obbligazioni) di prelazione che trovano la loro fonte immediata nella volontà di uno, o più soggetti».

¹³⁷ Si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 152 s.

La nascita di un diritto di prelazione crea un vantaggio, in capo al prelazionario, rispetto al raggiungimento di un certo risultato giuridico-economico; al contempo, e correlativamente, la costituzione di un diritto di prelazione svantaggia, per via indiretta, tutti i terzi, potenzialmente interessati al medesimo esito.

In ciò, se si vuole, può essere intravisto un simulacro di quella realtà, di quella forza impositiva *erga omnes*, conosciuta in ambito legale. La prelazione volontaria non incide la sfera giuridica dei terzi, epperò, implicitamente, ne deteriora, universalmente, la posizione, prima ancora che qualunque interesse possa aver assunto alcuna concretezza.

Il diritto di preferenza, come già osservato, pone un solco tra il prelazionario e gli ‘estranei’, dando forma a uno spazio privilegiato di prossimità rispetto al risultato – e, in via mediata, al bene – giuridico dallo stesso perseguito, ponendo l’obbligato in una situazione, non già di soggezione, bensì di obbligo: «un obbligo di non porre in essere con terzi il rapporto giuridico al quale la prelazione si riferisce»¹³⁸.

Lo spazio privilegiato di prossimità, cui si è testé fatto riferimento, può anche essere reso in termini tecnici, attraverso

¹³⁸ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 153.

la semplice descrizione, del rapporto obbligatorio, che trova la sua fonte nella costituzione di un diritto di prelazione volontaria; rapporto obbligatorio, che, all'evidenza, contemplerà tanto un diritto di credito, patrimoniale, a prestazione di non fare, quanto un complementare dovere di adempimento¹³⁹.

Per quel che concerne, invece, la trasmissibilità, *inter vivos e mortis causa*, del diritto di prelazione volontaria, è bene precisare, fin da subito, come si tratti di un quesito, che trova la sua soluzione soltanto in via interpretativa, poiché, nell'ordinamento civile, non vi è alcuna norma capace di far pensare a un divieto posto, in tal senso, dal legislatore.

A questo proposito, peraltro, si è già avuto modo di osservare come l'esame delle previsioni legali di prelazione non porti con sé alcun giovamento: il presupposto, che le anima, è radicalmente diverso, ancorato all'idea di *status* personale, e di certo condizionante anche il profilo della trasmissibilità.

Accertata, così, l'impossibilità oggettiva di alcuna applicazione analogica, e preso atto del plumbeo silenzio, dedicato dal legislatore alla prelazione di fonte volontaria, pare doveroso riservare la regolazione di tale aspetto alla volontà privata,

¹³⁹ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 153.

ricorrendo, nei casi ambigui, agli ordinari strumenti interpretativi.

Scendendo più nel dettaglio, non si può negare che l'obbligazione prelatizia, pur essendo un'obbligazione personale, di regola non abbia, a proprio oggetto, una prestazione colorata dal carattere della stretta personalità; ciò significa che, al pari di tutte le ordinarie obbligazioni, sussunte nel patrimonio di un dato soggetto, si trasmetterà, *mortis causa*, ai suoi eredi¹⁴⁰.

Per quel che riguarda, invece, le vicende *inter vivos*, è intuitivo il richiamo delle comuni regole disciplinanti la cessione del debito.

Osservazioni simili possono essere dedicate, altresì, alla trasmissione della posizione prelatizia, considerata nel suo lato attivo. Qualora non vi sia, nel titolo, una espressa previsione in senso contrario, e non si rilevi, in via interpretativa, la presenza di un chiaro *intuitu personae* alle fondamenta del suo atto costitutivo, il diritto di preferenza potrà certo essere partecipe delle vicende successive del prelationario, così come potrà costituire l'oggetto di un atto di cessione *inter vivos*.

¹⁴⁰ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 155.

10. Gli ‘inconvenienti prelatizii’.

Sbiadita ogni resistenza al crepuscolo della prima epoca liberale, il diritto di prelazione ha vissuto una nuova giovinezza, scandita in modo evidente dal moltiplicarsi delle ipotesi legali, inserite dal legislatore sia all'interno del Codice civile, sia nello sfilacciato mosaico della legislazione speciale.

Percorrendo questa strada, il nostro ordinamento si è così arricchito di numerose e consolidate fattispecie, come è a dirsi, anzitutto, della prelazione ereditaria (art. 732 cod. civ.); vanno rammentate, inoltre: la prelazione del partecipante all'impresa familiare (art. 230-*bis* cod. civ.); la ora cancellata prelazione del concedente in caso di vendita del diritto dell'enfiteuta (art. 966 cod. civ.); la prelazione ‘societaria’, rivolta all'acquisto di azioni inoptate (*ex* art. 2441, terzo comma, cod. civ.); le stratificate ipotesi di prelazione agraria (L. 26 maggio 1965, n. 590; L. 14 agosto 1971, n. 817; L. 10 maggio 1976, n. 265; L. 8 gennaio 1979, n. 2; L. 30 aprile 1976, n. 386, art. 10, terzo comma); la prelazione artistica (oggi racchiusa negli articoli 60, 61 e 62 del D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, così detto ‘Codice dei beni culturali e del paesaggio’); la prelazione urbana (L. 27 luglio 1978, n. 392); le due distinte figure prelatizie cotemplate,

in favore del locatore, dall'art. 3, lett. g), della L. 9 dicembre 1998, n. 431, in materia di disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti a uso abitativo.

Non vanno dimenticate, altresì, le prelazioni previste dalla L. 24 dicembre 1993, n. 560, in materia di alienazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, così come la prelazione disposta, in favore dell'Ente Parco, dall'art. 15 della L. 6 dicembre 1991, n. 294 (legge quadro sulle aree protette); il diritto di preferenza disposto in favore di enti pubblici territoriali, per il caso di vendita di immobili da parte dell'Istituto per il sostentamento del clero (art. 37, L. 20 maggio 1995, n. 222); la prelazione riconosciuta, al locatario di un immobile venduto da un ente previdenziale, un'impresa assicuratrice, una società immobiliare o un altro ente che non persegua, come oggetto esclusivo o principale, l'esercizio di un'attività commerciale o agraria, dall'art. 1 della L. 22 aprile 1982, n. 168.

Da ultimo, sono da ricordare anche le prelazioni così dette 'emergenziali', inserite nell'ambito di interventi legislativi in favore dei territori terremotati di Campania e Basilicata (L. 14 maggio 1981, n. 219 e L. 29 aprile 1982, n. 187) e dei Comuni di Venezia e Chioggia (L. 8 novembre 1991, n. 360); per quel che riguarda, invece, la così detta prelazione 'industriale', posta

a vantaggio, un tempo, del datore di lavoro e insistente sulle invenzioni dei dipendenti, è sufficiente rilevare come, oggi, l'art. 64 del D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, preveda un diritto di opzione, risolvendo in radice tutti i problemi del passato legati all'interpretazione di quella spuria figura prelatizia.

Passare sommariamente in rassegna l'ampia casistica delle prelezioni legali, alle quali dovrebbero idealmente aggiungersi le innumerevoli fattispecie volontarie, tanto di matrice convenzionale quanto di stampo testamentario, pone un interrogativo fumoso, eppure ineludibile; invero, è doveroso chiedersi quali siano le cause di codesto, evidente, mutamento di indirizzo.

Un mutamento silenzioso, che, in apparenza, non contraddice le ragioni, concrete, addotte in epoca ottocentesca per sostenere l'epurazione dell'istituto prelatizio. Eppure, un mutamento incontrovertibile, testimoniato dalla libera e multiforme proliferazione delle sue previsioni.

Il diritto di preferenza, infatti, si accompagna, necessariamente, ad alterazioni economiche e giuridiche poco apprezzabili nell'ottica del libero mercato¹⁴¹.

¹⁴¹ Si veda, su codesto aspetto, quanto affermato da G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 60 ss.

Non si può negare, infatti, che vincolare, sul piano della priorità, la direzione di un'offerta negoziale (a tale si riduce, in sostanza, la *denuntiatio*, ossia la manifestazione concreta più autentica del diritto di prelazione), è coartante, anche da una prospettiva *lato sensu* 'morale', degradando ragioni personali, come la simpatia, l'amicizia, la convenienza contingente, nell'irrilevante negoziale; ragioni, che, nella prassi, hanno, al contrario, un ruolo tutt'altro che marginale.

Uscendo dal contesto soggettivo, il sorgere di un diritto di prelazione altera il tempo giuridico delle trattative, che allude e pone le basi del futuro contratto.

La prelazione, infatti, comporta un aumento dei costi e una dilatazione dei tempi, correlati all'obbligo di *denuntiatio* al prelazionario; d'altra parte, come è stato icasticamente affermato¹⁴², riconoscere un diritto di preferenza equivale, sostanzialmente, a subordinare al consenso di costui il perfezionamento dell'atto di alienazione a terzi, appesantendone, di riflesso, il compimento.

In modo altrettanto efficace, sono stati rimarcati, fuori da ogni compassata retorica risorgimentale, i risvolti antieconomici

¹⁴² B. TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, P. II, p 584 ss.

connessi alla prelazione, che, come «qualsiasi intoppo al traffico viene a falsare il libero gioco del mercato»¹⁴³.

Il mercato perde, cioè, il suo carattere concorrenziale, a detrimento del parametro di efficienza, che pretende un'allocazione delle risorse diretta a chi le apprezzi maggiormente, nel minor tempo¹⁴⁴. Non di meno, è osservando l'istituto prelatizio nei suoi riverberi indiretti, che emergono le limitazioni più incisive.

La sua costituzione, di norma, scoraggia le iniziative negoziali dei terzi possibili acquirenti¹⁴⁵, maldisposti a sopportare gli oneri aggiuntivi, che il diritto preferenza impone, o accettare il rischio di un utile esperimento del diritto di retratto, ove esercitabile¹⁴⁶.

¹⁴³ P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 170.

¹⁴⁴ Come afferma R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 350, «la prelazione agisce negativamente sul contenuto del contratto definitivo, perché impaccia la trattativa. Il meccanismo della prelazione non riduce il prezzo del bene in vendita qualora l'alienatore decida di offrire il bene ad un prezzo fisso (ovviamente pari o superiore al valore che il bene rappresenta per lui in questo momento), ch'egli ha determinato interrogando solo se stesso. Il meccanismo della prelazione sacrifica invece il prezzo del bene quando l'alienatore decide di spuntare il miglior prezzo che gli sarà possibile, e a tal fine cerchi di comparare i diversi livelli di prezzo che può ottenere dai diversi possibili acquirenti; la concorrenza risulta fiaccata se uno dei concorrenti può escludere dalla trattativa il suo rivale senza proporre a sua volta un aumento del prezzo».

¹⁴⁵ A tal proposito, è significativo il quesito posto da R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 350: «Quale aspirante-acquirente è disposto a impegnarsi in una trattativa (e ivi insistere con aumenti del prezzo offerto) quando sa che altri potrà sempre neutralizzare la sua proposta senza bisogno di rivolgere al venditore una offerta più vantaggiosa?»

¹⁴⁶ Su detto aspetto si vedano, altresì, P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 170 e L. SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, cit., p. 624.

11. La causa giustificativa del diritto di prelazione.

A fronte di un quadro tanto ‘deprimente’¹⁴⁷, è spontaneo chiedersi quali siano le ragioni per confermare, ancora oggi, all’istituto prelatizio, una cittadinanza tanto controversa nel nostro ordinamento giuridico.

La risposta all’interrogativo posto è ben più immediata di quanto non si pensi. Il diritto di prelazione, come ogni altra fattispecie, ha diverse chiavi di lettura, attraverso le quali è possibile, di volta in volta, fermare un dettaglio differente.

Il diritto di prelazione, invero, appesantisce la fase delle trattative e intralcia il raggiungimento dell’ottimo economico, ma questo non è altro che il doveroso scotto pagato alla concretizzazione della pregnante finalità, sottesa al suo riconoscimento.

A tal proposito, e anticipando un’osservazione, che sarà sviluppata successivamente, in occasione dello studio di una specifica vicenda, è necessario fin da subito porre in risalto una differenza essenziale, che separa e distingue la *ratio*, alla base delle prelazioni legali, da quella capace di caratterizzare le

¹⁴⁷ Come afferma P. GALLO, voce *Prelazione*, cit., p. 170, osservando la consolidata esperienza offerta dalla lunga applicazione della prelazione agraria, è possibile registrare «una generalizzata depressione del mercato in questione con conseguente calo dei prezzi».

prelazioni di stampo volontario; ossia, la qualità dell'interesse perseguito, radicalmente diverso.

Un più diffuso esame di codesto aspetto sarà condotto nel corso dell'analisi degli effetti giuridici legati alla trasformazione del bene, oggetto del diritto di prelazione; sin da ora, però, si può affermare, seppur in via di prima approssimazione, come, alle fondamenta delle prelazioni legali, sia rintracciabile un interesse pubblico, concreto, che ne giustifica, e spiega, la previsione legislativa.

In altri termini, attraverso la costituzione di qualsivoglia fattispecie di prelazione, il legislatore persegue un risultato specifico, senza, tuttavia, imporlo.

Pur nell'astensione da ogni coartazione della privata iniziativa, la previsione di ciascuna prelazione legale tradisce l'intenzione, pubblica, di agevolare la realizzazione effettiva di un interesse determinato, che, di volta in volta, potrà specificarsi nell'interesse dello Stato ad arricchire il proprio patrimonio artistico, o nella volontà di assicurare la titolarità di un fondo agricolo a chi, su di esso, eserciti effettivamente l'attività di agricoltore.

Se il raggiungimento della finalità pubblica ben spiega perché, nell'ambito delle prelazioni legali, non sia così stravagante

l'accettazione dei risvolti economici negativi legati al riconoscimento di un diritto di prelazione, differenti osservazioni, invece, debbono essere dedicate a quell'eterogeneo insieme di fattispecie stretto attorno al laccio della prelazione definita 'volontaria'.

In questo contesto, infatti, la forza dell'interesse pubblico, eteronomo e preponderante rispetto alla volontà dei privati, viene meno, e i margini di discussione circa il suo reale grado di meritevolezza si ampliano inevitabilmente.

A ben vedere, però, ancora una volta i termini dell'analisi risentono profondamente della prospettiva prescelta dall'interprete.

A riprova di ciò, basti una sola considerazione. Se è vero che la prelazione volontaria intralcia la fase precontrattuale delle trattative, è altrettanto innegabile come, proprio in virtù della possibilità di costituire un diritto di prelazione, la sfera dispositiva – *rectius*, la sfera negoziale – dei privati si dilati, quasi inaspettatamente, oltre confini tendenzialmente invalicabili, legittimando, per questa via, una lettura provocatoria della prelazione stessa, da intendersi come primo atto negoziale di una trattativa sospesa, sicuramente precaria.

Illuminata sotto questa luce, quindi, la prelazione può essere incorniciata nel perimetro dell'imponente dibattito, che ruota attorno alla tematica giuridica delle trattative negoziali, rappresentandone – paradossalmente, ove si pensi alle premesse iniziali – il primo atto tangibile.

Servendosi di altre parole, si può affermare come il riconoscimento, nell'ordinamento civile, della prelazione volontaria consenta ai privati di gettare il seme di una trattativa attualmente senza presupposti. In tal modo, si permette loro, in senso proprio, di pre-disporre; in un momento talmente precoce, da rendere la sola ipotesi del perfezionamento del contratto divisato dalla prelazione un'eventualità composta della stessa sostanza di cui è fatta una speranza (*rei sperata*).

Lo strumento prelatizio, quindi, consente di trattare in una fase, in cui ogni trattativa sarebbe oggettivamente preclusa, perché ancora assente la prima delle due componenti, nelle quali, poco sopra, si è scissa la facoltà di alienazione, ossia quella della iniziativa negoziale.

La prelazione avvicina il prelazionario a un negozio, che, allo stato, manca di ogni presupposto, estendendo la sua capacità negoziale oltre i limiti connaturati al concetto di sfera giuridica individuale.

Tale estensione si manifesta, sul piano empirico, nel rallentamento delle trattative successive, imbastite da soggetti terzi, e dirette alla conclusione del medesimo contratto, su cui insiste il diritto del prelazionario. Giova rimarcare, non di meno, che, se questo è il prezzo preteso da un rafforzamento tanto rilevante della potestà negoziale privata, i riflessi positivi paiono, all'evidenza, assolutamente preponderanti rispetto a ogni pur condivisibile critica.

CAPITOLO III

LA TRASFORMAZIONE DEL BENE OGGETTO DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

SOMMARIO: 1. La qualificazione giuridica della trasformazione del bene oggetto di prelazione: dalla «trasformazione» alle «trasformazioni». - 2. Trasformazione del bene, e inadempimento dell'obbligo di preferire. - 3. (*segue*) La diversità, solo apparente, della prelazione ereditaria e il limite generale della trasformazione "speciosa". - 4. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto. - 5. (*segue*) La trasformazione come esercizio abusivo del diritto di proprietà, e il contrasto tra fonti. - 6. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione, sullo sfondo della frode alla legge. - 7. La trasformazione come fonte di responsabilità e la determinazione del danno derivante dalla lesione del diritto di preferenza. - 8. Gli effetti della trasformazione del bene oggetto di prelazione e la sopravvivenza del diritto: la centralità dell'interesse. - 9. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte legale, e la rilevanza dell'interesse pubblico. - 10. (*segue*) I riscontri nella

giurisprudenza della Suprema Corte. - 11. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte volontaria, e la rilevanza dell'interesse privato. - 12. (*segue*) L'accertamento dell'interesse del prelazionario come obbligo specifico in capo all'onerato. - 13. (*segue*) La trasformazione del bene come fatto giuridico, catalizzatore di vicende estintive del rapporto di prelazione.

1. La qualificazione giuridica della trasformazione del bene oggetto del diritto di prelazione: dalla «trasformazione» alle «trasformazioni».

Studio del movimento come strumento di conoscenza. Con dette parole, tratte nel solco del *Discorso* di Romagnosi, si è inaugurato il primo Capitolo di questa analisi. In tal modo, però, si è anche aderito a un'impostazione metodologica precisa, salda nella convinzione che la miglior comprensione di una fattispecie astratta pretenda l'osservazione della sua dinamica giuridica, delle sue vicende.

Il diritto di prelazione conferma la bontà del proposito: lo studio delle sue cause di mutamento permette di raccogliere frammenti

essenziali della sua struttura, conferendo alla ricostruzione complessiva dei suoi caratteri una sostanza ben più significativa. Uno degli aspetti più interessanti e, a mio avviso, ancora non del tutto esplorato, riguarda il tema della trasformazione del bene¹⁴⁸ oggetto del diritto di prelazione. In relazione a codesto ambito, è possibile rintracciare, in dottrina, alcune indagini di particolare interesse¹⁴⁹, che rappresentano, senza dubbio, il punto di partenza.

Al contempo, però, è immediato avvedersi di come le analisi richiamate siano circoscritte all'égida della prelazione di fonte volontaria, il che sospinge oltre il solo intento di sviluppare le conclusioni già autorevolmente raggiunte, e ad interrogarsi circa l'opportunità di una loro piena estensione alla prelazione di matrice legale.

La rilevanza della trasformazione del bene oggetto di prelazione si coglie, appieno, qualora si studino i riflessi di codesto fatto (fisico e/o giuridico) sul diritto di prelazione stesso, e sul rapporto intercorrente tra l'obbligato e il prelazionario. In altri termini, osservando l'orizzonte del diritto di preferenza, è

¹⁴⁸ Sul concetto di «bene», e di «cosa», si vedano S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962 e F. SANTORO - PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31 ss.

¹⁴⁹ Si vedano, almeno, U. BRECCIA, *Buona fede e patto di prelazione*, cit., c. 2283 ss. e G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 173 ss.

necessario stabilire se la trasformazione del bene sia da ritenere quale mero fatto storico o se sia da elevare, al contrario, a fatto giuridico¹⁵⁰; oppure, se non sia da ritenere, addirittura, un'autentica fattispecie, dalla quale derivare, direttamente, una vicenda giuridica del rapporto di prelazione¹⁵¹.

La domanda, testé posta, riecheggia, e si collega, a quella con cui si apriva un significativo «Quesito»¹⁵² di quasi vent'anni fa: «possono essere molteplici le forme di inadempimento dei patti, o delle disposizioni testamentarie, che danno vita ad un diritto di prelazione; al riguardo, non è infrequente la domanda, se possano essere annoverate fra le stesse anche gli atti di

¹⁵⁰ Densa l'immagine di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, P. II., p. 153, il quale afferma: «i fatti della natura e della storia hanno agli occhi del giurista l'opaca impenetrabilità della materia. Essi sono sempre valutati, e così agguagliati in un metro di conformità o difformità dallo schema di pensiero che li rende visibili.

La fonte è l'occhiale del giurista-giudice, il quale sempre e solo è chiamato a riconoscere fatti conformi al modello, e a declinarne la correlativa rilevanza per il diritto».

¹⁵¹ In merito alla relazione intercorrente tra i fatti giuridici, la fattispecie e le vicende giuridiche, si veda M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 86, il quale afferma: «intendiamo per *fattispecie* il complesso di fatti, a cui la norma giuridica, dato il suo carattere condizionale o ipotetico ricollega o la vicenda (costituzione, modifica, estinzione) del rapporto o l'assenza della vicenda stessa.

Ciascuno dei fatti, il cui complesso dà luogo alla fattispecie, li chiamiamo *fatti giuridici*. Questi ultimo sono pertanto gli elementi costitutivi della fattispecie. Allorquando la fattispecie è costituita da un solo fatto fattispecie e fatto giuridico coincidono».

L'importanza di definire, in via prioritaria, la rilevanza giuridica di un fenomeno, a prescindere dallo specifico caso concreto è, peraltro, innegabile. Come afferma P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 366, «è nota la moderna elaborazione della nozione di rilevanza giuridica come primo necessario grado di qualificazione giuridica della realtà effettuale, tale da permettere di distinguere fatti ed effetti rilevanti in fatto (nella realtà sociale, morale, ecc.) dai fatti e dagli effetti che hanno una (qualche) rilevanza in diritto».

¹⁵² G. BONILINI, *La trasformazione del bene oggetto di prelazione*, in *Contratti*, 1995, p. 451 s.

distruzione o di trasformazione del bene alla cui negoziazione si riferisce la prelazione».

Anticipando, in parte, la soluzione, che sarà fornita nelle pagine successive, è d'uopo precisare, fin da ora, come la trasformazione sia un evento dai risvolti cangianti: a seconda della fonte, in cui il diritto di prelazione si radica, e del contesto, in cui la trasformazione del bene si verifica, e degli effetti concreti, che essa produrrà, avremo, di volta in volta, conseguenze del tutto influenti rispetto all'essenza del diritto di prelazione o, di converso, conseguenze capaci di inficiarne l'esistenza. In quest'ultimo senso, la trasformazione del bene, oggetto della prelazione, dà vita a una vera e propria vicenda del diritto, cui inerisce, e, talora, sarà ragione e fondamento di una concomitante obbligazione risarcitoria.

Per questi motivi, è corretto riferirsi, più che «alla» trasformazione, «alle» trasformazioni, illuminando, così, la complessa eterogeneità delle conseguenze di un fenomeno, che solo astrattamente può essere ritenuto unitario.

2. Trasformazione del bene, e inadempimento dell'obbligo di preferire.

L'inquadramento del tema studiato pone in risalto la connessione tra le fattispecie – né coincidenti né riconducibili alla dialettica del rapporto di *species* a *genus* – della trasformazione (*rectius*, di alcune figure di trasformazione) e dell'inadempimento dell'obbligazione derivante dalla costituzione di un rapporto di prelazione, su cui ora è necessario soffermare l'attenzione.

Come bene è stato scritto¹⁵³, pare squisitamente istituzionale tradurre la prelazione nell'impegno, da parte del concedente, a preferire, a parità di condizioni, un soggetto determinato – il prelazionario – circa la stipulazione di un certo contratto (futuro e ipotetico), del quale si delineino il tipo e l'oggetto.

Il riconoscimento di un diritto di prelazione, infatti, produce effetti dai riverberi marcatamente “negativi”; meglio, è informato dalla tensione a un risultato negativo¹⁵⁴ (riassumibile nel dovere di non concludere un dato negozio giuridico con soggetti terzi, rispetto al beneficiario), che prevale sul – o, più

¹⁵³ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 161.

Si veda, inoltre, E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., p. 95.

¹⁵⁴ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 38.

precisamente, che costituisce l'antecedente logico del – corollario “positivo” (il dover preferire, a parità di condizioni, il beneficiario, quale parte di un certo negozio).

L'affermazione trova sicura conferma, ove si assuma, quale chiave prospettica, l'inadempimento: un'ipotesi di violazione del diritto di prelazione potrà essere scòrta solo qualora il concedente – o l'onerato, includendo, così, anche la figura prelatizia di fonte legale – concluda il contratto con il terzo senza prima averne offerta la possibilità al prelazionario, là dove nulla potrà essergli rimproverato nell'eventualità, in cui mai ritenga opportuno, o conveniente, stipulare il contratto, per il quale ha concesso la prelazione¹⁵⁵.

Dalla costatazione appena svolta, emerge come una “lettura negativa” del diritto di prelazione, oltre a conferire un senso e una profondità ben diversi rispetto a quelli, didascalici, proprî della definizione tradizionale, esalti l'ambito di autonomia da riconoscere al concedente – o all'onerato, se il diritto sia di fonte legale – di un diritto di prelazione.

Assumendo questa prospettiva sistematica come linea guida, si può concludere nel senso che, con il riconoscimento di un diritto di prelazione, il concedente – o l'obbligato – si impegna – è

¹⁵⁵ Si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 119.

tenuto – (soltanto) a non concludere un determinato affare con i terzi senza prima aver coinvolto il prelazionario, e rispetto ai quali, quest’ultimo godrà di una posizione di preminenza.

Un vero e proprio dovere di astensione¹⁵⁶, quindi, che getta, indirettamente, un riflesso sulla definizione del perimetro dell’autonomia privata in capo al concedente (o all’onerato), il quale, fatti salvi espliciti divieti di fonte legale o convenzionale, resterà libero di compiere qualsiasi altra attività, giuridica o materiale, che incida o sulla natura del bene oggetto di prelazione, o sulla sua condizione giuridica, o su entrambe, ivi compresa, quindi, la trasformazione del bene oggetto del diritto di preferenza¹⁵⁷.

3. (segue) La diversità, solo apparente, della prelazione ereditaria e il limite generale della trasformazione “speciosa”.

Un’osservazione apparentemente diversa deve essere riservata all’ambito di operatività della prelazione ereditaria¹⁵⁸: in questo

¹⁵⁶ Si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 38 ss.

¹⁵⁷ In questo senso, Cass., 22 luglio 1993, n. 8199, in *Vita notar.*, 1994, I, p. 214.

¹⁵⁸ Sul tema, si veda C. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 71 ss.; G. BONILINI – C. COPPOLA, *Il retratto successorio*, in *Tratt. dir. delle*

caso, infatti, l'erede, gravato (e beneficiato) da un diritto di prelazione posto, dalla legge, in favore dei coeredi, non potrà trasformare¹⁵⁹, né in senso giuridico né in senso materiale, alcun bene del compendio ereditario, di cui è titolare *pro quota*, salvo intervenga un accordo, in tal senso, di tutti i partecipanti alla comunione¹⁶⁰.

A ben vedere, però, tale limite all'autonomia privata del coerede non rappresenta un corollario del diritto di prelazione ereditaria, bensì deriva direttamente (e ragionevolmente) dal perdurante regime di comunione sorto con l'apertura della successione, che impone limiti al godimento dei beni, facenti parte del compendio

successioni e donazioni, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 99 ss.

¹⁵⁹ Il divieto, peraltro, è stato fortemente ridimensionato dal Codificatore del 1942: si veda, in proposito, M. BARELA, *Godimento e amministrazione dei beni ereditari*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 58.

¹⁶⁰ Basti ricordare, infatti, che il legislatore non ha dettato una disciplina *ad hoc* per regolare la comunione ereditaria. La norma di riferimento, quindi, sarà da ravvisarsi nel primo comma dell'art. 1102 cod. civ.: «ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. A tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa». In relazione a codesto aspetto, si veda M. BARELA, *Godimento e amministrazione dei beni ereditari*, cit., p. 49 ss., spec. p. 56 ss., in cui si afferma: «per stabilire concretamente quali siano gli atti e i comportamenti vietati ai coeredi, ciascun partecipante dovrà interrogarsi, innanzi tutto, circa la destinazione del bene e verificare la funzione che gli è propria: a tal fine, va evidenziato come detta funzione non possa essere considerata in astratto, ma debba essere quella attuale, stabilita, convenzionalmente, dai partecipanti alla comunione oppure risultante dal titolo costitutivo, dalla legge (eventualmente, dalle disposizioni urbanistiche) o, semplicemente, dall'uso. (...) Il primo limite, che attiene alla qualità della cosa, si concretizza nel divieto di porre in essere atti illegittimi in quanto volti ad attribuire al bene medesimo funzioni nuove o, comunque, diverse da quelle attuali, (...) anche laddove la cosa in questione possa prestarsi, in astratto, ad esservi adibita».

ereditario, in ragione dell'esistenza, sui medesimi, della titolarità, concorrente e contemporanea, di più compartecipi.

Se questa è la *ratio* sottesa al dettato legislativo, ben si comprende perché tale divieto alla trasformazione venga meno, *ex art.* 1102 cod. civ., qualora la modificazione, apportata, in modo unilaterale, da uno dei partecipanti alla comunione, sia stata necessaria¹⁶¹ per il miglior godimento del bene.

Interrogatasi su questo tema, la dottrina ha poi opportunamente rilevato, come la trasformazione debba comunque essere sempre contenuta entro confini certi, che segnino la frontiera rispetto alla figura della «trasformazione speciosa»¹⁶². A questo proposito, infatti, si è precisato, e a ragione, come il concedente (o l'onerato di) un diritto di prelazione possa incorrere in responsabilità, qualora l'attività di trasformazione celi il fine, l'intenzione – determinante –, di frustrare l'interesse del prelazionario; interesse, che, proprio attraverso la costituzione del diritto di prelazione, si è solidificato in diritto.

Una simile posizione non può che essere condivisa; a ben vedere, però, codesta non rappresenta un limite intrinseco ai caratteri del diritto di prelazione, bensì risponde a un principio cardine

¹⁶¹ Il carattere della necessità della modificazione, in rapporto all'incremento di utilità della cosa comune, è essenziale per stabilirne la liceità. Si veda, sul punto, M. BARELA, *Godimento e amministrazione dei beni ereditari*, cit., p. 58 s.

¹⁶² Si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 175.

dell'ordinamento giuridico, tradotto, in sede civilistica, nel generale divieto di porre in essere un esercizio abusivo dei diritti, di cui si abbia la titolarità.

Ribadito, quindi, che l'obbligato al rispetto di un diritto di prelazione – fatti salvi espressi, specifici, divieti in tal senso – avrà sempre la piena potestà di trasformare il (o la condizione giuridica del) bene, su cui tale diritto insista, si deve sottolineare come questi sarà pur sempre tenuto, come ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, a non esercitare il proprio diritto in modo abusivo, piegandone gli effetti in relazione al fine, esclusivo, di provocare un disagio a terzi, o un danno alla loro sfera patrimoniale.

In chiave affermativa, dunque, si può sostenere come la trasformazione, per non tradursi in una eventuale fonte di responsabilità, debba corrispondere a un interesse apprezzabile, rilevante¹⁶³, anche indiretto, dell'onerato, che possa giustificare

¹⁶³ A questo proposito, si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 77, in cui si precisa come non sia rilevante solo il "socialmente utile", ma anche ciò che appaia utile a uno dei consociati.

Per quel che riguarda la valutazione dell'interesse alla trasformazione, in capo all'obbligato, sembra opportuno distinguere, nell'ambito delle prelazioni volontarie, quelle attribuite a titolo gratuito da quelle concesse a titolo oneroso. Premesso che l'affidamento, ingenerato nel prelazionario, merita adeguata tutela in entrambe le ipotesi, è innegabile come, nel secondo caso, il giudizio di meritevolezza debba essere più rigoroso, al fine di evitare un eccessivo svilimento del sinallagma alla base del negozio costitutivo del diritto di preferenza. La stessa severità dovrà essere mantenuta a fronte di trasformazioni incidenti su fattispecie di prelazione legale; epperò, per una ragione differente: come si verificherà successivamente, in codeste fattispecie è identificabile un interesse pubblico, che si riflette, necessariamente, nell'attività di valutazione.

l'eventuale sacrificio dell'interesse in capo al preferito (e che, in virtù del legame tra il diritto di prelazione e l'interesse sottostante, si tradurrebbe, a sua volta, in un impoverimento della sua posizione giuridica soggettiva).

4. La trasformazione del bene, oggetto del diritto di prelazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto.

Poco sopra, si è posto in rilievo come la trasformazione del bene, oggetto di prelazione, orientata al fine, esclusivo, di ledere la posizione giuridica del prelazionario, altro non sia, se non un'ipotesi di trasformazione "speciosa"; in altri termini, essa integra l'esercizio abusivo del diritto.

Il tema dell'abuso del diritto si presenta, agli occhi dell'interprete, tanto vasto quanto vaporoso: se l'esistenza di tale principio è unanimemente affermata (o malinconicamente riconosciuta), appare ben più complessa e articolata la descrizione, concreta e puntuale, delle sue dinamiche espressive.

La genesi si rintraccia nella giurisprudenza francese, prima interprete di un'istanza di equilibrio, rispetto alle inevitabili

storture connesse all'affermazione di un diritto di proprietà assoluto e intangibile¹⁶⁴.

A testimonianza di codesta concreta esigenza, il Codice civile italiano ha accolto, tra le sue maglie, il prudente precetto racchiuso nell'art. 833 cod. civ., che regola (soprattutto in punta di principio), vietandoli, gli atti emulativi del proprietario compiuti nell'esercizio del suo diritto. Ciò non di meno, «nel codificare il divieto il codice ha fatto scientemente riferimento ad una impostazione già allora superata, poiché il divieto di atti emulativi era evoluto, specie nella dottrina francese, in una figura più generale: quella dell'abuso del diritto»¹⁶⁵.

Il divieto di atti emulativi, quindi, finì per rappresentare, non già un'eccezione dell'ordinamento, non già una deroga specifica, e circoscritta, alle facoltà dispositive del soggetto-proprietario, bensì una dimostrazione, evidente, della diffusa presenza di un principio di più ampia portata, che classifica come antiggiuridico ogni atto caratterizzato da un'alterazione della funzione sua propria, intesa come corrispondenza tra il potere di autonomia conferito e l'atto di esercizio di codesto

¹⁶⁴ Si veda S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 2.

¹⁶⁵ A. GAMBARO, voce *Emulazione*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 440.

potere, e finalizzato, in modo determinante e preponderante, al deterioramento della sfera giuridica altrui¹⁶⁶.

In ragione della sua potenziale, vastissima, applicazione – peraltro non circoscritta entro confini certi –, il principio dell'abuso del diritto continua a suscitare l'attenzione della migliore dottrina, impegnata a risolvere i problemi, sistematici e pratici, sollevati dal suo riconoscimento all'interno dell'ordinamento giuridico.

Per questo motivo, appare interessante indagare, la trasformazione del bene, posto a oggetto di un rapporto di prelazione, anche nella prospettiva inquadrata dal principio dell'abuso del diritto.

5. (segue) La trasformazione come esercizio abusivo del diritto di proprietà, e il contrasto tra fonti.

La riflessione sul tema permette di fissare un punto fermo, da cui prendere avvio: la trasformazione, qualora presenti i crismi dell'abuso del diritto, non sarà mai classificabile come un abuso interno al rapporto di prelazione, bensì come un esercizio abusivo di altro diritto – qual è quello di proprietà –, che

¹⁶⁶ In relazione a questo aspetto, si veda Salv. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, p. 167 ss.

attribuisce, all'obbligato, la facoltà di trasformare il bene oggetto di prelazione.

La constatazione appena svolta è foriera di conseguenze, che trascendono il solo ambito prelatizio, proponendosi quale prova della bontà di quella tesi, che intravede, fra le maglie dell'abuso del diritto, un conflitto tra fonti¹⁶⁷.

In sostanza, l'oscura fattispecie dell'abuso del diritto non può essere sbrigativamente sciolta in un esercizio "deviato" del diritto corrispondente, ma esige uno spettro di analisi più ampio, che consenta una lettura razionale di ciò che, *prima facie*, potrebbe apparire eccessivamente arbitrario.

È per questa via, dunque, che si può affermare come l'esercizio di un diritto, in sé, non sia mai abusivo; il problema si porrà solo nel caso, in cui questo si manifesti, in rapporto ad altra fonte, come illecito, ché lesivo di un diritto diverso, incompatibile con il primo.

¹⁶⁷ M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, cit., p. 157 ss.; l'Autore si concentra sull'analisi dell'incompatibilità degli effetti – dei quali la titolarità del diritto rappresenta la premessa logica – cagionato da un contrasto tra fonti, che potrà risolversi solo applicando un criterio di prevalenza; ciò implicherà la disapplicazione della fonte perdente, in virtù di un procedimento che, a ben vedere, sarà insuscettibile di una valutazione astratta, *a priori*. Secondo Orlandi, infatti, «l'abuso non rivela nulla ma attende di essere rivelato: conforme al modello, la condotta esige un altro e diverso giudizio di riprovazione», osservando, poi, che «l'abuso finisce allora per risolversi nella qualifica dell'illiceità dell'atto di esercizio; il quale atto – in ragione di altra specifica fonte – implicherà l'effetto risarcitorio».

Di qui, la necessità della “prudente valutazione” del giudice, che, informata all’impervio principio della meritevolezza, stabilirà quale fonte debba affermarsi sull’altra.

Il richiamo alla meritevolezza, non di meno, mostra, come si avrà modo di ribadire, l’importanza che assume, in concreto, il concetto giuridico di interesse: la necessità di una valutazione, che tragga origine dal contrasto tra fonti, avrà ragion d’essere solo nel caso, in cui l’atto di esercizio del diritto sia sorretto da un interesse, appunto, meritevole; di converso, ove codesto manchi, il sacrificio della posizione giuridica, connessa alla fonte contrapposta, non sarà mai tutelato dall’ordinamento giuridico, implicando un’automatica prevalenza di quest’ultima. L’architettura appena descritta rivela la sua importanza, qualora, dal piano teorico, si scenda su quello processuale: se, infatti, nessuna prova sarà richiesta al titolare del diritto leso, in quanto l’interesse meritevole è insito nella volontà di non veder diminuito il proprio patrimonio giuridico, diversa si presenterà la situazione di chi intenda esercitare il diritto. Per non essere qualificato come abusivo, questi dovrà dimostrare l’interesse, anche squisitamente soggettivo, perseguito con la propria condotta.

Applicando tutto quanto si è fin qui osservato alla fattispecie specifica in esame, è immediato avvedersi di come, in linea generale, la trasformazione del bene, oggetto di prelazione, declinata in termini di esercizio abusivo, sottenda un contrasto tra le fonti rappresentate dal diritto di proprietà, di cui è titolare l'obbligato, e dal diritto di prelazione, posto in capo al beneficiario: la trasformazione sarà incensurabile, ove il proprietario provi il vantaggio perseguito suo tramite; in caso contrario, diverrà sicura fonte di responsabilità.

6. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione, sullo sfondo della frode alla legge.

La prospettiva aperta dall'abuso del diritto, e risolta sull'orizzonte del contrasto tra fonti, suggerisce, inevitabilmente, un ulteriore profilo da approfondire: in quale fattispecie si imbatterebbe l'interprete, ove la fonte, antitetica rispetto alla trasformazione del bene, oggetto di prelazione, fosse una norma imperativa, positiva del diritto di prelazione stesso.

Così formulato, il quesito modifica l'inclinazione dell'indagine, che, dall'abuso del diritto, scivola sul tema della frode alla legge¹⁶⁸.

Come si può intuire, non è questa la sede, cui affidare uno studio esaustivo, o anche solo soddisfacente, di uno degli argomenti più controversi del diritto moderno; diritto moderno, nel quale la frode alla legge, intesa quale principio – e rimedio – generale dell'ordinamento, fatica a ricavarsi un autonomo e reale spazio di operatività, troppo spesso diluito, e confuso, fra i precetti riservati alle ipotesi di simulazione, e le applicazioni, più o meno rigorose, di tecniche interpretative estensive. Ciò non ostante, ove si voglia render conto delle principali implicazioni riconducibili alla trasformazione del bene, oggetto di un diritto di prelazione, un breve richiamo ai lineamenti principali della fattispecie della frode alla legge si rivela imprescindibile.

I profili, che avvicinano i modelli teorici dell'abuso del diritto e della frode alla legge sono molteplici, eppure una mera elencazione, anche minuziosa, non renderebbe il senso di questa somiglianza, che si svela tramite un'osservazione complessiva, e raffrontandoli nella loro intierezza.

¹⁶⁸ Per un interessante parallelismo fra le due fattispecie, si veda E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 1344*, in *Commentario del Codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, vol. I, *Artt. 1321 – 1349*, Torino, 2011, p. 679 ss.

Attraverso le lenti di entrambi gli istituti, infatti, un fenomeno giuridico, ineccepibile nella sua manifestazione oggettiva, si palesa inaccettabile, una volta calato nel suo contesto, giuridico, di riferimento, contrastando, in un caso, con interessi incompatibili, e ritenuti maggiormente meritevoli di tutela; nell'altro, con norme imperative o, quanto meno, ordinarie¹⁶⁹, dell'ordinamento giuridico. In ambedue le ipotesi, è manifesto un esercizio deviato dell'autonomia privata¹⁷⁰.

A questo proposito, è necessaria una precisazione. La norma racchiusa nell'art. 1344 cod. civ., che regola il contratto in frode alla legge, non delimita, in modo implicito, lo spettro di applicazione dell'istituto antielusivo, ma, al contrario, ne corrobora il valore di principio generale dell'ordinamento giuridico¹⁷¹.

Le argomentazioni per dimostrare questa tesi si rivelano molteplici, ma la più immediata, è fuor di dubbio, emerge da

¹⁶⁹ Si veda U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992, p. 504, il quale si riferisce, precisamente, alle norme «di stretto diritto», rimarcando come le stesse «non dovranno essere peraltro necessariamente norme imperative».

¹⁷⁰ In questi termini si esprime E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 1344*, cit., p. 680.

¹⁷¹ Si veda G. GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, s. d., ma 1969, p. 74. Come afferma U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, cit., p. 505, nota 16, «la frode alla legge, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 1344 c.c. col codice del 1942, era considerata un *principio generale* del sistema, principio già esistente nel sistema francese dal quale il vecchio Codice del 1865 era derivato, ed esistente pure nel sistema italiano con applicazioni di un certo rilievo» (il corsivo è dell'Autore). Dello stesso Autore, peraltro, si veda anche *Frode alla legge*, Milano, 1969, *passim*.

un'analisi prettamente testuale della norma medesima: il suo tenore letterale, e la collocazione, dell'articolo che la custodisce, nell'architettura del Codice civile, provano come questa sia stata posta non già per regolare la fattispecie della frode alla legge, bensì per ricondurre, in modo espresso, una sanzione specifica a una generalità di contratti, che presentino una caratteristica determinata.

In altri termini, attraverso la regolamentazione esplicita del contratto in frode alla legge – o della frode alla legge in forma di contratto –, il legislatore assume, quale presupposto, la vigenza diffusa del principio antielusivo, testimoniata, paradossalmente, dall'eloquente silenzio speso per definirne i caratteri concreti, reputando ovvio, altresì, il richiamo di quell'elaborazione dottrinale, che rinviene le proprie radici nei celebri frammenti di Paolo e Ulpiano.

Se le conseguenze, che promanano dalla frode alla legge, presidiano ogni espressione della privata autonomia¹⁷², a conferma di quel concetto esteso di elusione, che sanziona «qualsivoglia meccanismo di aggiramento e di violazione

¹⁷² E non solo. Significativo, a questo riguardo, il sommario di G. GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, cit., p. 73: il secondo paragrafo è intitolato: «Estensione del fenomeno: a) la *fraus legi* nel sistema delle fonti del diritto; b) nell'attività amministrativa; c) nei rapporti di diritto internazionale privato; d) nel processo», mentre il terzo ha il seguente titolo: «La frode alla legge nel diritto privato».

indiretta di una norma imperativa»¹⁷³, che, rispettando la lettera della legge, ne tradisce, al contempo, lo spirito¹⁷⁴, anche la trasformazione del bene, oggetto di un diritto di prelazione, può assumere le vesti di una condotta in tal senso vietata.

Le premesse appena svolte, pongono due problemi essenziali, cui è necessario dare risposta: l'individuazione, da un lato, di un criterio di riconoscimento delle trasformazioni in frode alla legge; dall'altro, della sanzione, alla quale le stesse sono sottoposte.

Per quel che riguarda il criterio, ancora una volta si deve valorizzare l'interesse del soggetto, che abbia compiuto la trasformazione, ossia l'onerato del diritto di prelazione, nella cornice, già tracciata, dell'ampia *potestas*, che questi conserva sul bene, sul quale insiste il diritto di preferenza.

Interesse, peraltro, che deve rimanere ben distinto dall'impalpabile concetto di intenzione, e col quale tende a confondersi, ogniqualvolta si traduca la frode alla legge come una violazione dello "spirito" della legge.

A riprova di ciò, è opportuno richiamare una recente sentenza della Corte di Cassazione¹⁷⁵, con la quale è stata sancita la nullità

¹⁷³ E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 1344*, cit., p. 683.

¹⁷⁴ Si veda U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, cit., p. 501.

¹⁷⁵ Cass., 16 novembre 2005, n. 23079, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

della compravendita di un terreno agricolo – conclusa mediante l’utile esercizio della prelazione agraria –, e perfezionata al solo fine, perseguito dal prelazionario, di rivendere il fondo ad un terzo, sprovvisto del diritto di preferenza.

L’arresto in esame è esemplare, perché, per un verso, riconduce, correttamente, la fattispecie nell’alveo della frode alla legge, e, per altro, dimostra come l’applicazione di codesto principio non richieda alcun “processo alle intenzioni”.

A ben vedere, infatti, nel caso appena richiamato, la frode alla legge si consuma, realmente, non già nel momento, in cui il prelazionario eserciti il suo diritto, bensì in quello, successivo, in cui questi rivenda, attraverso un’operazione funzionalmente collegata alla prima, il fondo, testé acquistato, al terzo, rivelando, così, l’assenza dell’interesse – privato – funzionale all’interesse – pubblico – connesso alla prosecuzione dell’opera di coltivazione del terreno, e per il cui soddisfacimento il legislatore ha posto la prelazione agraria. In altri termini, l’atto giuridico “rivelatore” – in questo caso, la rivendita al terzo da parte del prelazionario –, a tutti gli effetti pienamente valido ed efficace, illumina, in un percorso a ritroso, la frode insita nell’atto funzionalmente preordinato, che, fino a quel momento, era del tutto conforme al precetto legale.

Trasponendo quanto fin qui affermato nell'ambito della trasformazione del bene oggetto di prelazione, l'onerato di un diritto di prelazione legale potrà essere chiamato a dimostrare l'oggettiva coerenza di codesta attività, fisica o giuridica, rispetto al complesso soggettivo di interessi, di cui è portatore, fugando, così, la possibile qualificazione in termini di elusione della norma legale, positiva del diritto di prelazione¹⁷⁶.

Per quel che riguarda, infine, le conseguenze, connesse ad una trasformazione, in frode alla legge, del bene oggetto di prelazione, sembra che debba essere condivisa l'opinione di chi¹⁷⁷ propende per la sanzione dell'inefficacia¹⁷⁸: ove ciò sia possibile (si pensi all'ipotesi di una trasformazione giuridica), la trasformazione sarà da considerare, quanto meno nei confronti del prelazionario, come mai avvenuta; in caso contrario, non potrà che trovare applicazione il rimedio generale del risarcimento del danno.

¹⁷⁶ Si veda U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, cit., p. 509, in cui si afferma che «il motivo di eludere la legge deve essere *l'unico motivo* che spinge le parti ad adottare determinati procedimenti o a compiere determinati atti: se concorrono altri motivi legittimi non sussistono tutte le condizioni necessarie per poter individuare l'esistenza di una frode».

¹⁷⁷ U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, cit., p. 504.

¹⁷⁸ Come afferma U. MORELLO, voce *Frode alla legge*, cit., p. 504, «la nullità del negozio in frode alla legge, nel rispetto dell'art. 1344 c.c., si potrà affermare peraltro nei *particolari* casi di *elusioni* a norme imperative con *contratti* in frode alla legge la cui causa sarà quindi *reputata* illecita» (il corsivo è dell'Autore).

7. La trasformazione come fonte di responsabilità e la determinazione del danno derivante dalla lesione del diritto di preferenza.

A fronte di quanto si è fin qui riscontrato, è doveroso offrire, ora, una qualificazione generale del regime di responsabilità, che può sorgere in conseguenza della trasformazione del bene oggetto di prelazione.

A tal proposito, giova particolarmente la lettura “negativa”, del diritto di prelazione, richiamata pocanzi: se, in via principale, il rapporto di prelazione impone all’obbligato un dovere di astensione, che si sostanzia nel non perfezionare un determinato negozio con soggetti diversi dal prelazionario, la trasformazione del bene, intesa come fonte di responsabilità, svelandosi estranea all’assetto obbligatorio, non potrà che essere assorbita nell’alveo della responsabilità aquiliana, assumendo, appunto, le forme dell’abuso del diritto di proprietà¹⁷⁹.

Il quadro, invece, sarà radicalmente diverso, nell’eventualità, in cui l’atto di trasformazione risponda, sì, a un interesse dell’obbligato, ma sia seguito, in un momento successivo, e nei modi che si esamineranno, da una lesione dell’interesse e del

¹⁷⁹ Si veda M. ORLANDI, *Contro l’abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, cit., p. 159.

diritto del prelazionario già sopravvissuto alla trasformazione del bene oggetto di prelazione: in questa ipotesi, infatti, si ricadrà nell'ambito della responsabilità da inadempimento di obbligazione (così detta, seppur impropriamente, responsabilità contrattuale)¹⁸⁰.

A ben vedere, però, la fonte di codesta responsabilità non è da rintracciare nell'atto di trasformazione (fisico o giuridico) del bene, oggetto del diritto di preferenza – che, in una simile ipotesi, rappresenta un esercizio lecito del diritto di proprietà, di cui è titolare l'obbligato, e, come tale, sarà immune da ogni contestazione –, bensì in un atto successivo, capace di compromettere, definitivamente, l'interesse del beneficiario del diritto di prelazione.

Non ostante l'impressione, che potrebbe ricavarsi da un primo sguardo della fattispecie, quanto si è appena constatato dimostra, dunque, come il profilo di responsabilità, riconducibile, in via diretta, all'atto di trasformazione di un bene, lesivo di un diritto di prelazione altrui, sarà sempre espressione di quella,

¹⁸⁰ A tal proposito, si legga il saggio di M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 283 ss., dove si afferma (*ivi*, p. 291) come «la precontrattuale è una responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, secondo l'art. 1218 c.c.; in effetti, questa è la definizione corretta. Nel linguaggio comune, poiché il contratto esercita una forte attrattiva verso tutte le obbligazioni che non siano un fatto illecito, si finisce per etichettare come contrattuale anche quelle obbligazioni che hanno fonte diversa dal contratto, come accade per quelle che originano da quel particolare fatto (art. 1173 c.c., parte finale) altrimenti denominato "contatto sociale"».

aquiliana, dettata per ogni atto illecito, cui appartiene la categoria dell'abuso del diritto, e che, a sua volta, ricomprende la fattispecie della trasformazione illecita del bene posto a oggetto del diritto di prelazione.

Se la natura della responsabilità è chiara, ben più ardua si presenta la determinazione puntuale del danno, da riconoscersi al titolare del diritto di prelazione ingiustamente leso dalla condotta dell'obbligato.

Come si è osservato¹⁸¹, infatti, non è semplice individuare degli indici oggettivi, che permettano di quantificare, concretamente, il pregiudizio patito dal prelazionario.

Un criterio, non di meno, è offerto da qualche sparuta e risalente pronunzia¹⁸²: in base a codesto orientamento, il giudice sarebbe tenuto a liquidare una somma rapportata sia al valore del bene, sia all'utilità non conseguita; il beneficiario del diritto di preferenza, al contempo, dovrebbe dar prova della concreta intenzione di esercitare il proprio diritto, suffragata da una capacità economica a tal fine adeguata.

¹⁸¹ P. DE MARTINIS, *La responsabilità del promittente nella prelazione volontaria*, Milano, 2012, p. 158.

¹⁸² Cass., 28 agosto 1952, n. 2778, in *Foro it.*, 1953, P. I, c. 1296 ss. Di recente, si veda Trib. Macerata, 26 aprile 2007, n. 90, in *Giust. civ., Rep. gen. ann.*, 2007, t. II, p. 3321.

L'indirizzo tracciato dalla Corte di Cassazione è ragionevole, epperò non del tutto appagante, poiché concede all'interprete dei margini discrezionali ancora troppo ampi.

La regolazione puntuale della fattispecie risarcitoria, infatti, richiede una frammentazione delle ipotesi concrete, che, pur scontando, inevitabilmente, una sicura complessità applicativa, consenta di esaltare maggiormente le peculiarità dell'istituto prelatizio. Non bisogna mai dimenticare, infatti, che il diritto di preferenza non assicura il raggiungimento del risultato sperato dal beneficiario: per un verso, non è dato sapere se l'obbligato si risolverà a concludere il negozio desiderato dal prelezionario; per altro, non è certo che questi ritenga vantaggiose le condizioni eventualmente propostegli dall'onerato.

Tale osservazione conduce a formulare almeno tre ipotesi distinte.

Nel caso, in cui l'obbligato pregiudichi il diritto di prelazione, concludendo il contratto con soggetti diversi dal prelezionario, sarà necessario verificare se, per il beneficiario, sia possibile ottenere un risultato equivalente, o, quanto meno simile, attraverso la stipulazione di un nuovo contratto con un terzo. In questa circostanza, il risarcimento dovrà essere parametrato alle spese, sostenute dal beneficiario, per l'acquisto del diritto di

prelazione, nonché alla differenza tra il prezzo pagato dal prelazionario al terzo e quello pattuito dall'obbligato con la sua controparte.

Nell'eventualità, in cui il beneficiario del diritto di preferenza non abbia, di converso, la possibilità di perseguire, per altre vie, un negozio equivalente a quello oggetto di prelazione, il risarcimento dovrà essere informato, da un lato, alle spese sostenute per ottenere il diritto di preferenza, e, dall'altro, all'eventuale differenza fra il valore dell'utilità soggettiva¹⁸³, che il prelazionario avrebbe conseguito attraverso il positivo esercizio del diritto di preferenza, e il valore, oggettivo, del bene oggetto del mancato acquisto, che potrà essere desunto dal prezzo pagato dalla controparte dell'obbligato.

Infine, nell'ipotesi in cui l'onerato leda il diritto di prelazione del beneficiario senza perfezionare alcun contratto con soggetti terzi, bensì ponendo in essere un esercizio abusivo del diritto di proprietà sul bene di cui è titolare – a titolo di esempio, distruggendolo, o trasformandolo, con l'intento di danneggiare la posizione giuridica del beneficiario –, la valutazione dovrà essere diversa. Contrariamente ai casi esaminati in precedenza,

¹⁸³ In merito alla «applicazione del criterio subiettivo di misura del danno», si vedano le considerazioni svolte da A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, III ed., 1979, p. 334 ss.

invero, la volontà dell'onerato di concludere il negozio, oggetto di prelazione, è qui del tutto assente. Codesto fatto deve essere tenuto in débita considerazione, poiché dimostra, all'evidenza, come, per il prelazionario, sarebbe stato radicalmente impossibile perfezionare, con l'obbligato, il negozio desiderato. Ciò comporta che, a fronte di un'ipotesi simile, il risarcimento debba avere, quale unico parametro di riferimento, le spese sostenute, dal beneficiario, per ottenere il diritto di prelazione.

8. Gli effetti della trasformazione del bene oggetto di prelazione e la sopravvivenza del diritto: la centralità dell'interesse.

Posto che il concedente (o l'onerato) rimane, generalmente, nella piena facoltà di trasformare il bene, cui il diritto di prelazione inerisce, giova ora domandarsi quale sia la sorte di codesto diritto a seguito di tale attività, materiale o giuridica.

Si è sopra fatto cenno a come il diritto di prelazione consenta di solidificare un interesse, per sua natura irrilevante, conferendogli sostanza di diritto.

Ove si esamini la struttura, e la funzione¹⁸⁴, del diritto di prelazione, codesto carattere emerge con chiarezza. Il diritto di prelazione non limita, in alcun modo, la *potestas* dell'onerato sul bene¹⁸⁵, ma, qualora si realizzino i presupposti, assicura, o agevola, la soddisfazione di un interesse del preferito, che, sprovvisto di apposita veste giuridica, rischierebbe fortemente di rimanere insoddisfatto.

Se l'onerato conserva intatta la propria *potestas* sul bene, sarebbe, al contempo, irragionevole e sproporzionato sancire la sopravvivenza, o meno, del diritto, sorto in capo al prelazionario, in conseguenza di un comportamento, unilaterale, del primo. Per questa via, infatti, si profilerebbe una posizione giuridica del beneficiario eccessivamente sbiadita, e la prelazione attribuitagli non meriterebbe nemmeno la qualifica di

¹⁸⁴ Sull'insufficienza di un'analisi solo funzionale o strutturale, si veda, circa il patto di preferenza, G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 3 ss.

¹⁸⁵ Ciò è sicuramente vero con riferimento alle prelazioni volontarie, che, in ragione del loro carattere squisitamente obbligatorio, rappresentano, in concreto, solo un disincentivo economico rispetto a comportamenti non conformi del concedente. La disamina si presenta più articolata, invece, qualora si considerino anche le prelazioni di fonte legale: la realtà del retratto, infatti, costituisce un indubbio limite alla facoltà di disporre dell'onerato.

diritto¹⁸⁶, riducendosi, al più, a una mera aspettativa¹⁸⁷, soggetta, paradossalmente, alle iniziative dell'onerato.

In ragione di questa constatazione, sembra necessario formulare una costruzione alternativa, che tuteli maggiormente

¹⁸⁶ Una costruzione del diritto di prelazione di tal fatta, invero, sovvertirebbe quella che è la dialettica sottesa a ogni rapporto giuridico. Come afferma F. SANTORO - PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 43, infatti, «per effetto del rapporto giuridico e della concessione di un potere di volontà al soggetto attivo del rapporto, all'interesse di questo soggetto viene subordinato l'interesse del soggetto o dei soggetti passivi». Si noti, peraltro, un aspetto importante: accogliendo la definizione proposta dall'Autore, il diritto, attribuito al preferito, in virtù del rapporto di prelazione, non può nemmeno qualificarsi come diritto soggettivo. Secondo F. Santoro - Passarelli, infatti (*ivi*, p. 44), «dovunque al singolo è riconosciuto un potere per la realizzazione di un suo interesse, *ivi* la legge ravvisa un diritto soggettivo». Uno sguardo, anche fugace, al diritto di prelazione, svela immediatamente come il prelazionario, all'evidenza, sia sprovvisto di questo potere (quantomeno fino al ricevimento della *denuntiatio*), il che induce a ritenere come la categoria del diritto soggettivo, pur «gravemente controversa» (*ivi*, p. 43), non sia la più adatta per descrivere codesta situazione soggettiva. Ciò, non di meno, non deve preoccupare l'interprete; a tal proposito, sempre F. Santoro - Passarelli rileva (*ivi*, p. 43) come «la posizione attiva del rapporto giuridico può designarsi col termine generico di potere, quella passiva col termine correlativo di dovere. (...) La figura tipica, *sebbene non esclusiva*, del rapporto giuridico privato è quella in cui il potere costituisce un diritto soggettivo». Se, quindi, appare comunque corretto servirsi dell'espressione 'diritto di prelazione', per inquadrare un fenomeno giuridico che, altrimenti, risulterebbe di difficile definizione, è necessario tener presente come, a livello sistematico, sia più corretto riferirsi al 'potere di prelazione', con ciò alludendo al potere, attribuito al preferito in séguito alla costituzione del rapporto di prelazione, di tutelare l'integrità del proprio interesse ed, eventualmente, di soddisfarlo appieno, qualora l'obbligato intenda concludere il negozio, su cui la prelazione insiste.

¹⁸⁷ Per un approfondimento critico del concetto di aspettativa, si veda la posizione di M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 79, il quale afferma: «non si può stabilire un criterio generale, in base al quale si possa determinare in quali casi e in quale momento, durante il periodo di formazione della fattispecie, la fase dell'eventualità del mutamento trova una sua considerazione nell'ordinamento giuridico. Così ad esempio, nell'intervallo tra la confezione del testamento e il perfezionamento della fattispecie a cui l'ordinamento giuridico ricollega la successione testamentaria, l'eventualità del mutamento non ha alcuna rilevanza. È poi evidente che ogni rilevanza venga meno e quindi non si possa parlare di eventualità, in senso tecnico, del mutamento, ma di speranza, in senso generico, di quest'ultimo, allorquando la fattispecie manca del tutto. Così, ad esempio, prima ancora della confezione del testamento Tizio potrà sperare di succedere, ma non ricorre in tal caso la figura della eventualità del mutamento».

Si legga, inoltre, R. NICOLÒ, voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in R. NICOLÒ, *Raccolta di scritti*, t. III, Milano, 1993, p. 69 ss.

l'equilibrio¹⁸⁸, che è alla base del rapporto intercorrente tra il prelazionario e l'obbligato.

Un'osservazione attenta, infatti, rivela come l'ordinamento debba, al contempo, rispettare e preservare il dominio, pieno, dell'obbligato, sulla propria sfera giuridico-patrimoniale, e proteggere un interesse, strutturato in forma di diritto, che non tollera compressioni derivanti dal mero arbitrio altrui.

Un'interpretazione sistematica più coerente, quindi, deve prendere slancio dal concetto di interesse¹⁸⁹, che incorpora anche il motivo e la necessità da soddisfare del preferito; interesse, che, attraverso la costituzione di un diritto di prelazione, viene cristallizzato, e tutelato rispetto a iniziative, che possano lederlo. Ove, però, si consideri la prelazione nei suoi termini più ampî, senza distinguere la fonte, da cui essa sia scaturita,

¹⁸⁸ A questo proposito, è di sicura importanza il pensiero di M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 43 ss., il quale osserva come non sia raro che, «di fronte ad una determinata esigenza sociale, che richiederebbe una certa soluzione legislativa, se ne levi un'altra contraria (o per lo meno divergente) che esigerebbe soluzione normativa diversa, se non opposta. (...)

È ovvio che il delicato compito del legislatore consiste nel temperare ed armonizzare le diverse esigenze sociali in una norma che attui tra di esse un felice compromesso; quando, naturalmente, non appaia opportuno sacrificare una delle esigenze a tutto vantaggio della tutela dell'altra o delle altre. Se una esigenza sociale richiede una soluzione normativa determinata, ed un'altra esigenza sociale, necessariamente connessa con la prima, ma da questa divergente per lo scopo, vuole una soluzione diversa od opposta, la norma positiva sarà un *quid medium* tra le due soluzioni normative che si avrebbero se ciascuna delle esigenze considerate non dovesse subire, anche nel momento della sua tutela, l'influenza dell'altra».

¹⁸⁹ Si veda F. SANTORO - PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 43, il quale osserva: «l'interesse non è il bene, ma il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto, sì che s'intende, fra l'altro, come in ordine allo stesso bene sia possibile una gradazione degli interessi di più soggetti».

l'interesse dovrà essere inteso in senso assoluto, non potendosi avere riguardo, per le ragioni che si esporranno, alla sola figura del beneficiario.

In altri termini, la sopravvivenza o meno del diritto di prelazione, a séguito di una trasformazione – giuridica o fisica – del bene, su cui esso insiste, dipenderà, in modo esclusivo, dalla perdurante sussistenza dell'interesse, sullo sfondo del quale, la prelazione campeggia: ciò implicherà, come è ovvio, un'attività di valutazione, che, nel contesto delle prelazioni legali, sarà oggettiva e predeterminata, laddove, in quello delle prelazioni volontarie, sarà colorata da una spiccata soggettività. In ragione del diverso atteggiarsi del procedimento di ricognizione appena abbozzato, è opportuno distinguere, in modo netto, le ipotesi di prelazione legale da quelle di prelazione volontaria; infatti, se il criterio metodologico è comune a entrambe, necessariamente diverso, se non antitetico, si rivela essere l'oggetto dell'indagine.

9. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte legale, e la rilevanza dell'interesse pubblico.

Una ricognizione, anche sommaria, del nostro ordinamento civile illumina una sicura lacuna, che già si è avuto modo di osservare: il legislatore non ha dettato una disciplina organica della prelazione, ch  si   limitato a interventi mirati, chiaramente slegati, capaci di suscitare un senso di incompletezza¹⁹⁰.

Le variegate forme, in cui si manifesta il fenomeno della prelazione legale¹⁹¹, di l  delle specifiche considerazioni, che potrebbero spendersi per ognuna delle stesse¹⁹², esaltano un duplice fine, che, di volta in volta, l'ordinamento persegue: per un verso, si cerca di rendere impermeabile un insieme di individui, accomunati da uno specifico carattere – giuridicamente rilevante, e idoneo a identificare tali soggetti come «gruppo»¹⁹³ –, rispetto alle intrusioni eventualmente

¹⁹⁰ R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 344.

Di sensibilit  del tutto diversa, invece, M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 179, a opinione del quale, «la frequenza delle ipotesi di prelazione legale potrebbe costituire indice rivelatore della progressiva penetrazione del concetto di utilit  sociale nel campo del diritto privato».

¹⁹¹ A questo proposito, si vedano le fattispecie richiamate *supra*, Capitolo II, Paragrafo X.

¹⁹² Per un'esautiva, eppur sintetica, analisi, si veda R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 344 ss.

¹⁹³ Si veda, fra tanti, C. COPPOLA, *La disponibilit  della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 72.

perpetrate da chi, di questo carattere, difetti¹⁹⁴; per altro verso, si mira a favorire una determinata persona, fisica o giuridica, rispetto al possibile perfezionamento di uno specifico contratto. Seppur in apparenza distinti, i due propositi legali rivelano, ad un'osservazione più attenta, il medesimo presupposto metodologico, che assurge a scelta politico-legislativa: porre in una condizione di vantaggio il soggetto-portatore – o i soggetti-portatori – di un interesse qualificato¹⁹⁵, ritenuto, dall'ordinamento, particolarmente rilevante e meritevole.

Non di meno, il legislatore non si limita a presupporre l'esistenza di tale interesse in capo a codesti soggetti, ma,

Si leggano anche M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 205 ss. e G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 5 s.

¹⁹⁴ Si veda, a mo' di esempio, M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 111.

Si legga, altresì, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 17 s.: l'Autore rievoca la Novella pubblicata da Romano Lacapeno nel 922, «che costituisce la tappa più significativa della storia giuridica del *ius protimeseos*», e rileva: «ciò che traspare da suo dettato è che lo *ius protimeseos* assicura l'esclusione di un «estraneo» dall'acquisizione di una proprietà».

¹⁹⁵ Si veda R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 346, il quale, trattando delle prelazioni regolate dalla legge, e sottolineando l'eccezione rappresentata dall'art. 1566 cod. civ., afferma che «tutte le prelazioni hanno come oggetto l'acquisto della proprietà di una cosa determinata da parte di un altro soggetto che ha un diritto, un potere o un interesse qualificato alla cosa».

D'altra parte, come ben è stato messo in luce da G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 9, «la millenaria esperienza che accompagna il fenomeno prelatizio dà conto del rilievo che mediante il diritto di prelazione è possibile realizzare una pluralità di funzioni», precisando, altresì, come sia «più corretto parlare di diritto di prelazione che assicura, o tende ad assicurare, il conseguimento di una molteplicità di interessi». L'Autore, poi (*ivi*, p. 16), richiama le radici romane dell'istituto prelatizio, «che ci consegnano l'idea della prelazione come volto a far sì che parenti, condomini e vicini prevalgano nell'alienazione degli immobili, escludendo, pertanto, altri soggetti. Non si possono poi non richiamare quei passi delle fonti che attestano la possibilità di convenire la prelazione, con effetti puramente obbligatori, per assicurare ai coeredi la posizione di preferenza, ovvero per assicurare al venditore la possibilità prelatizia allorché l'acquirente intenda a sua volta dismettere, attraverso la vendita, la proprietà del bene acquistato».

indirettamente, lo definisce – conferendogli, così, sostanza concreta –, dettando, a sua protezione, una disciplina, che ne svela la natura sistematica.

Un interesse eteronomo, quindi, posto in capo a individui, che presentano requisiti tipici, tassativi¹⁹⁶, e che possono, attraverso la propria volontà, uniformarvisi; un interesse pubblico¹⁹⁷ – tutelato da «norme d'interesse pubblico»¹⁹⁸ –, declinato e perseguito attraverso gli strumenti proprî del diritto privato¹⁹⁹.

¹⁹⁶ G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelezioni legali*, cit., p. 3.

¹⁹⁷ Lo stesso M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 95, afferma come «proprio il *parallelo tra tutte le ipotesi di prelazione legale*, delle quali si tratterà, mi ha convinto che non si arriva a giustificare la preferenza attribuita *ope legis*, se non risalendo agli interessi superindividuali la cui tutela esige il ricorso alla *graduazione* ora ricordata» (il corsivo è dell'Autore). Si legga, inoltre, G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelezioni legali*, cit., p. 1.

¹⁹⁸ M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 51, ad avviso del quale, qualora «si preferisca chiamare «norma d'ordine pubblico» soltanto la norma cogente che tutela interessi collettivi, non potendosi adottare per le norme non cogenti, che tutelano interessi della stessa natura, la denominazione di «norme di interesse privato», sarà necessario ricorrere ad una terza categoria che verrebbe a porsi tra le due richiamate e che potrebbe definirsi con l'espressione: «norme d'interesse pubblico».». Nella stessa opera, si veda anche l'ampia ricostruzione relativa al tema dell'interesse collettivo, a p. 13 ss. Si legga, altresì, p. 43, in cui l'Autore precisa: «la norma che tutela interessi collettivi specifici si presenta a volte come norma assoluta, a volte come norma permissiva, a volte come norma dispositiva», rivendicando, così, una piena indipendenza e autonomia per l'interesse a rilevanza pubblica, che non dovrà, necessariamente, essere assistito da una norma di carattere imperativo.

¹⁹⁹ Si veda G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, II ed., p. 319, in cui, richiamando un passo della Relazione al Codice civile, n. 8, si rimarca «l'idea, fatta propria dal legislatore del 1942, di uno Stato che, rappresentando l'unità morale, politica ed economica della Nazione, esprime, come abbiamo visto, «l'esigenza di subordinare all'interesse pubblico gli interessi particolari dei singoli e di attuare un'armonica coordinazione fra loro ha posto in rilievo gli aspetti pubblicistici degli istituti di diritto civile»». Con riferimento, poi, a un passo della Relazione al Codice civile, n. 6, l'Autore esalta l'impostazione metodologica diffusa nell'intero impianto del Codice civile, in virtù del quale «non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela dell'interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale». Un simile intento, se organico al sistema civilistico così come teorizzato dal Legislatore

L'ordinamento, in un certo senso, prima ancora di proteggere, incentiva, spinge²⁰⁰ codesti soggetti – proprio attraverso la posizione del diritto di prelazione di fonte legale –, a perfezionare specifici negozi, la cui conclusione soddisferà, in un sol tempo, l'interesse privato e quello pubblico, al medesimo sovraordinato²⁰¹.

Ove si abbracci una simile lettura della prelazione legale, risulta intuitivo descrivere le conseguenze, che deriveranno dalla trasformazione del bene oggetto di prelazione. A questo proposito, però, sembra opportuna una precisazione preliminare: anche nell'alveo delle prelazioni legali, il titolare del bene, su cui grava il diritto di prelazione, sarà pienamente libero di porre in essere una sua trasformazione (salvo che, come è ovvio, ciò

del 1942, è particolarmente accentuato e scoperto, per i motivi che si diranno, nelle figure di prelazione legale.

²⁰⁰ Basti pensare alle norme dettate per la prelazione agraria. D'altra parte, come afferma M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 85, «l'incremento della produzione agraria, in quanto affidato all'iniziativa privata, è protetto dal legislatore attraverso norme che appoggiano e valorizzano l'iniziativa stessa».

²⁰¹ A questo proposito, è interessante il pensiero di É. DURKHEIM, richiamato da G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 322, secondo il quale, «tutti i diritti sono privati, nel senso che sempre e dovunque vi sono individui in rapporto i quali agiscono; ma soprattutto ogni diritto è pubblico nel senso che costituisce una funzione sociale e che tutti gli individui sono – benché a titolo diverso – funzionari della società». La stessa concezione ideologica è evidente nelle parole di D. GRANDI, richiamate sempre da G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 326. A opinione del Guardasigilli, «interesse privato e interesse pubblico sono legati da un vincolo indissolubile... I mezzi tecnici più idonei ad attuare la funzione sociale della proprietà consistono, ora, in limiti e servitù di diritto pubblico che ne circoscrivono o riducono la libera estrinsecazione, ora, invece, in oneri e obblighi che, stimolando l'esercizio del diritto di proprietà con la prospettiva di vantaggi e di sanzioni (massima l'espropriazione), utilizzano l'interesse privato del proprietario come strumento attivo a servizio di un interesse pubblico».

non sia impedito da altre norme, di carattere pubblico: si pensi ai beni di particolare interesse storico o artistico²⁰²). Ricorrendo alla costituzione di una prelazione legale, infatti, il legislatore sceglie di rinunciare al rimedio del precetto imperativo, rimettendo l'eventuale soddisfazione del proprio interesse alle dinamiche privatistiche, di cui rispetta i principii – primo fra tutti, quello dell'autonomia privata –, limitandosi ad agevolare determinati sviluppi.

Svolgendo le considerazioni fin qui proposte, si può compiere un passo ulteriore, traendo conclusioni, che coinvolgano il tema specifico qui indagato: sulla scorta di tali presupposti, infatti, è coerente sostenere come, in séguito alla trasformazione di un bene, oggetto di prelazione legale, la sopravvivenza del diritto di preferenza sia indissolubilmente intrecciata alla sopravvivenza dell'interesse, pubblico, che ha indotto il legislatore a costituire tale diritto.

A questo riguardo, la permanenza dell'interesse del prelazionario (pur concretamente necessaria) è del tutto ininfluente: come si è affermato in precedenza, l'interesse del

²⁰² A titolo di esempio, basti richiamare il primo comma dell'art. 20 del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (ossia il Codice dei beni culturali e del paesaggio), a norma del quale, «I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione».

prelazionario può solo conformarsi all'interesse, pubblico, che ha dato origine al diritto di prelazione di fonte legale; ma non essendone la fonte – e, a differenza di quanto si osserverà in merito alla prelazione di matrice volontaria –, non avrà alcuna rilevanza rispetto al fine di stabilire se la prelazione legale sopravviva, oppure no, alla trasformazione del bene, cui essa inerisca²⁰³.

10. (segue) I riscontri nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Un esame, seppur sommario, delle decisioni giurisprudenziali pare avallare la struttura dogmatica appena abbozzata.

²⁰³ Le osservazioni appena svolte sembrano coerenti con quanto sostenuto da G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 47, in cui l'Autore considera il retratto quale misura dell'importanza dell'interesse sotteso alla prelazione: «ben si comprende, più in generale, perché si preveda, in alcune occasioni, il diritto di retratto, ed in altre, invece, no. Certo, la prelazione mostra la sua pienezza, il suo vero volto di strumento efficace per il soddisfacimento di un bisogno, solo allorquando si accompagna ad essa lo strumento del retratto; in alcune occasioni, però, gli interessi che immediatamente sollecitano la previsione prelatizia non sono considerati così importanti da giustificare quello strumento, ritenuto, a torto o a ragione non giova specificarlo, troppo «forte» in conseguenza della sua natura reale».

Alla luce di questa considerazione, è possibile sviluppare ulteriormente la tesi fin qui sostenuta, e, premesso che il retratto è rintracciabile solo nelle figure di prelazione legale, stante l'impossibilità, per i consociati, di dar vita a diritti convenzionali dotati di efficacia reale, si può intuire come il legislatore attribuisca il diritto di retratto al prelazionario, allorquando l'interesse dell'ordinamento giuridico alla tutela di una determinata posizione subiettiva – per mezzo della quale soddisfa un fine superindividuale –, sia talmente intensa, da ammettere una reintegrazione in forma specifica.

A questo proposito, è interessante richiamare tre decisioni, che, pur da prospettive differenti, sono rivolte allo stesso orizzonte funzionale.

Con il primo arresto, la suprema Corte ha affermato²⁰⁴ che, in tema di diritto di prelazione e riscatto agrario, e con riguardo alla destinazione agricola del fondo rustico, è sufficiente, ai fini del riconoscimento del diritto di preferenza, l'esistenza di un fondo rustico suscettibile di un'attività di natura agraria, senza che sia rilevante né la sua estensione, né il suo concreto sfruttamento in tal senso. Il diritto prelazione in favore del coltivatore (proprietario del terreno confinante), pertanto, dovrà essere negato, ove si accerti che il fondo sia di dimensioni talmente esigue, da escludere ogni possibilità di coltivazione, o ne abbia perduto, irreversibilmente, l'attitudine, a causa dell'effettiva trasformazione del suolo.

Sempre con riguardo alla prelazione agraria, la stessa Corte ha poi sostenuto²⁰⁵, come non costituisca condizione ostativa del diritto di prelazione e riscatto la circostanza che un programma di fabbricazione comunale, incidente su zone a destinazione agricola, consenta non solo l'edificazione della così detta edilizia rurale attuativa delle finalità dell'impresa agricola, ma

²⁰⁴ Cass., 2 febbraio 1995, n. 1244, in *Mass. Giur. it.*, 1995.

²⁰⁵ Cass., 20 maggio 1993, n. 5733, in *Mass. Giur. it.*, 1993.

anche di strutture destinate al servizio del traffico. Queste, infatti, non comportano uno snaturamento della destinazione agricola data ai terreni, bensì soddisfano esigenze di collegamento connaturali a codeste finalità.

In base ai due arresti testé richiamati, si possono avanzare alcune considerazioni.

Il primo svela come l'interesse, apprezzabile, sotteso e tutelato dalla normativa sulla prelazione agraria, sia da rintracciare in seno alla politica legislativa espressa dall'ordinamento. È un interesse esplicitamente eteronomo, attuato attraverso un'attività di indirizzo e di agevolazione: il foro interno del prelazionario può semplicemente aderire a codesto interesse, e farlo proprio. Il legislatore pone il soggetto, il quale presenti una determinata caratteristica soggettiva – vale a dire, l'essere coltivatore –, in una posizione di vantaggio, rispetto all'acquisto di un bene specifico – un fondo coltivabile –; il venir meno di uno dei requisiti – soggettivo e oggettivo – frustra l'interesse perseguito dall'ordinamento, ossia il “motivo legale” dell'attribuzione della prelazione. Per questa ragione, qualora le dimensioni del fondo siano inadeguate alla coltivazione, o una trasformazione irreversibile lo pregiudichi in modo definitivo, non vi sarà ragione per ritenere attuale il diritto di prelazione, e

a prescindere dall'interesse, concreto, del coltivatore-prelazionale, del quale sarà inutile verificare la permanenza. L'interesse privato, pur necessario per attuare l'interesse legislativo perseguito, è posto, rispetto al medesimo, in una posizione chiaramente subordinata.

La seconda sentenza richiamata è in piena assonanza con il percorso interpretativo sostenuto: la Corte, dovendo valutare in merito alla trasformazione perpetrata da un programma di fabbricazione comunale, ha riconosciuto la piena operatività della prelazione legale, constatando come la trasformazione del terreno coltivabile, pur innegabile, non importi «uno snaturamento» del medesimo, che continuerà ad essere conforme al fine legislativo.

La terza decisione²⁰⁶, paradigmatica del modello fin qui tracciato, conferma la tesi svolta, muovendo da una vicenda speculare alle precedenti: la trasformazione, non già dell'oggetto, sul quale cade la prelazione, bensì del soggetto, tenuto al rispetto della prelazione.

La Corte di Cassazione, invero, ha affermato come l'obbligo di alienare gli immobili, di proprietà degli enti previdenziali, ai conduttori, i quali abbiano manifestato la volontà di acquisto, si

²⁰⁶ Cass., 17 maggio 2010, n. 11937, in *CED Cassazione*, 2010.

applica, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata, anche a quegli enti, che si siano trasformati in fondazioni di diritto privato. In caso contrario, infatti, la trasformazione produrrebbe «effetti ablativi ed estintivi di posizioni soggettive già protette attraverso la previsione di una prelazione» in favore dei conduttori di beni in titolarità a enti pubblici.

L'assunto or ora richiamato è importante per più ragioni: in prima istanza, si riafferma come la prelazione legale sia uno strumento volto a garantire posizioni subietive di vantaggio, che corrispondono a due interessi: l'uno (reale e concreto) dell'ordinamento; l'altro (presunto), invece, del prelazionario. In secondo luogo, consente di fermare un principio, che fungerà da guida nella valutazione della trasformazione del bene oggetto di un diritto di prelazione di fonte volontaria: la posizione giuridica soggettiva, garantita dal diritto di prelazione, non può essere cancellata, *tout court*, in ragione degli effetti di un atto potestativo²⁰⁷, che ricade, esclusivamente, nella sfera personale

²⁰⁷ Per una puntuale definizione del concetto di diritto potestativo – il cui concreto esercizio è rappresentato dall'atto potestativo –, si veda F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1952, VIII ed., p. 146: «si chiamano diritti potestativi (diritti di potere giuridico), quelli che consistono nella potestà di determinare un mutamento (sorgere, modificarsi o estinguersi di diritti soggettivi), nella situazione giuridica di altro soggetto, mediante un atto unilaterale, senza che, peraltro, sorgano, per quel soggetto, obblighi corrispondenti al diritto potestativo; si può dire, infatti, che la posizione altrui è quella di dover subire la potestà del titolare del diritto potestativo, nel senso

o patrimoniale dell'obbligato²⁰⁸. In altri termini, se, a fronte di prelazioni di fonte legale, è prioritaria e dirimente la valutazione dell'effettiva perseguibilità dell'interesse custodito dall'ordinamento giuridico, in ipotesi di prelazione di fonte volontaria, al contrario, sarà necessario accertare, in via esclusiva, la perdurante presenza dell'interesse, privato, del beneficiario.

11. La trasformazione del bene, oggetto di prelazione di fonte volontaria, e la rilevanza dell'interesse privato.

Se la determinazione degli effetti connessi alla trasformazione del bene, oggetto di prelazione legale, pretende un'attenta considerazione delle diverse sorgenti della volontà, pubblica e privata, alla base dell'assetto di interessi così determinato, l'analisi si presenta più semplice, ove ci si concentri sulla prelazione volontaria, e, in particolar modo, sui patti di preferenza.

di non potersi sottrarre: onde, la volontà dell'assoggettato è indifferente, per il prodursi dell'effetto giuridico».

²⁰⁸ Fatto salvo, ovviamente, il caso limite della distruzione completa del bene oggetto di prelazione, e dovendosi richiamare, anche in questa sede, quanto già specificato circa i profili di responsabilità legati a eventuali abusi del diritto.

A questo proposito, è d'uopo una precisazione: se, ai fini della presente indagine, è possibile unificare il fenomeno entro le maglie di una sola categoria, è pur necessario tenere sempre presente come l'etichetta «prelazione volontaria» sottenda fattispecie variegate, abbracciando figure giuridiche dai caratteri sia consensuali (i patti, appunto), sia unilaterali (la prelazione di fonte testamentaria o scaturente da promessa unilaterale)²⁰⁹.

L'istituto della prelazione volontaria, quindi, si presenta come un sistema eterogeneo, formato da elementi non solubili, bensì accomunati dalla medesima genesi (la volontà dei consociati) e dallo stesso procedimento funzionale²¹⁰.

Ciò significa che, all'interprete, non sarà consentito tracciare una disciplina unica, comune a tutte le differenti fattispecie²¹¹, ma si potrà, comunque, estrapolarne la *ratio*, la logica interna, necessariamente custodita da ogni espressione della prelazione²¹², da cui derivare principî e corollarii validi per ognuna di esse, e agevolmente verificabili.

²⁰⁹ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 3 s.

²¹⁰ Sull'importanza, centrale, rivestita dalla funzione nello schema prelatizio convenzionale, tanto più in ragione dell'assenza di norme specifiche dettate per disciplinare la fattispecie, si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 10, in cui si accenna, implicitamente, al vivido legame, che salda la funzione della prelazione all'interesse da soddisfare.

²¹¹ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 4.

²¹² In merito a codesto aspetto, si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., pp. 45, 46 e 47, in cui l'Autore ben illustra le ragioni, in virtù delle quali è

Circoscrivendo, quindi, l'analisi al perimetro della prelazione volontaria, e prescindendo dalla fonte specifica, da cui il diritto di prelazione sia scaturito, emerge, in modo netto, una differenza funzionale evidente, rispetto alla prelazione di fonte legale.

In questo caso, infatti, il vincolo di preferenza si atteggia a mero strumento di manifestazione, e di giuridica costruzione, dell'autonomia privata, scevro da qualsiasi coloritura pubblicistica; di converso, dal silenzio dell'ordinamento, che nulla dispone in codesta sede, si potrebbe intuire qualche traccia di un pregiudizio, retaggio del passato²¹³, che si sostanzia in un anatema – o, quanto meno, in una critica preconcepita, in un'ostilità di fondo –, verso qualsiasi ostacolo, che impacci la libera circolazione dei diritti.

Alla luce di questa premessa, è palese come la prelazione volontaria, non essendo sorretta, rafforzata, da un fine pubblicistico, che affievolisca codesta avversione di principio a ogni impaccio tecnico-economico²¹⁴, che gravi la *potestas*, di un

difficile una *reductio ad unum* della frammentaria disciplina dettata per la prelazione, nonostante l'istituto si presenti come «ontologicamente unitario».

²¹³ Si vedano G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 46 e G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., pp. 4 e 5.

²¹⁴ Si vedano G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 62 e R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 350 s.

Si legga anche M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 95, in cui l'Autore, dopo aver riconosciuto come la prelazione sia un ostacolo alla trasmissibilità, proprio per il suo essere diritto, e non un «rapporto di mera

soggetto, sul bene di cui lo stesso sia titolare, dovrà sempre corrispondere a un'utilità soggettiva acclarata, ed essere sostenuta da una propria causa stringente, nonché da un interesse del promittente o del testatore²¹⁵.

La considerazione, testé formulata, consente di mettere a fuoco il criterio di valutazione, che si andava cercando: anche nell'alveo della prelazione volontaria, infatti, il concetto di interesse assume un'importanza centrale, prioritaria, presentando, però, una coloritura del tutto peculiare: se, infatti, la nascita della prelazione deve essere assistita dall'irrinunciabile presenza di un interesse, concreto, del suo obbligato (o del testatore, in ambito ereditario), la sua estinzione, specie in ipotesi di trasformazione, dipenderà, indissolubilmente, dal venir meno dell'interesse del suo beneficiario.

Ancóra una volta, quindi, emerge come l'interesse, pur declinato nelle sue diverse forme, sia il vero fulcro del sistema prelatizio, la cui assoluta centralità è confermata dalla dinamica risarcitoria, che consegue alla violazione del diritto di preferenza costituito. Come ben è stato osservato, infatti, la

cortesía o di amicizia», rende un'immagine molto significativa della posizione dell'obbligato, riferendosi ad un «affievolimento della disponibilità».

²¹⁵ Si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 62.

misura pecuniaria del danno varierà in ragione dell'intensità, dell'importanza, dell'interesse sottostante, «la cui apprezzabilità, pertanto, evidenzia la maggiore o minore quantità di danaro che a quel soggetto andrà assegnata»²¹⁶.

12. (segue) L'accertamento dell'interesse del prelazionario come obbligo specifico in capo all'onerato.

Il filo rosso, che tesse le trame di questa costruzione dell'istituto giuridico, che governa le dinamiche del diritto di preferenza, può essere ulteriormente svolto, e non deve stupire se, interrogandosi sui limiti temporali di una clausola prelatizia testamentaria, si sia sostenuto, e a ragione, come la efficacia della medesima debba «cessare allorquando l'interesse che la anima si spegne»²¹⁷: tale osservazione è coerente, e si attiene, scrupolosamente, ai dettami derivanti dalla natura, dall'essenza stessa del diritto di prelazione, e una considerazione del tutto analoga deve essere sostenuta riguardo alla trasformazione del bene, che ne costituisca l'oggetto.

Con ciò, non si intende certo ignorare la diversità delle due fattispecie, ma la *ratio*, che le anima e le ispira, è la medesima.

²¹⁶ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 77.

²¹⁷ G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 105.

La ragion d'essere di un diritto di prelazione, infatti, si annida nell'integrità dell'interesse del prelazionario; prelazionario, che, come risulta evidente, non può sapere se avrà modo di realizzare concretamente il proprio interesse – quanto meno fino alla ricezione di una eventuale *denuntiatio*, da parte del concedente-obbligato –; ma, a ben vedere, la conclusione concreta dell'affare, su cui insiste il diritto di prelazione, foriesce dall'oggetto di tutela specifico del diritto di preferenza, segnandone, di converso, la naturale estinzione, e assorbendone completamente la causa. In altri termini, il diritto di prelazione protegge proprio quel lasso di tempo, del tutto indeterminato, che precede il perfezionamento del negozio, cui si riferisce, e nel quale la conservazione dell'interesse rappresenta il fine specifico prioritario, se non esclusivo.

Di nuovo, quindi, si deve riaffermare come il diritto di preferenza sia inscindibilmente legato alla permanenza di un interesse non soddisfatto, al quale, codesto istituto offre una struttura giuridicamente rilevante e concretamente tutelabile. Per questa ragione, il punto focale di ogni prelazione volontaria deve sempre essere individuato nell'interesse del prelazionario, che, in ipotesi di trasformazione del bene, rappresenterà l'unico

riferimento per dichiarare l'estinzione o la sopravvivenza del diritto.

Data, però, la sostanza intangibile dell'interesse, più simile a un moto del foro interno del suo portatore, che non a un fatto empiricamente riscontrabile²¹⁸, è necessario individuare una forma di accertamento, che ne consenta la puntuale determinazione.

Più che una forma rituale, sembra utile stabilire, seppur in termini generali, il comportamento, cui sarà tenuto l'obbligato al rispetto di un diritto di prelazione.

In questa prospettiva, al concedente, il quale abbia trasformato il bene oggetto di prelazione, e che intenda delineare puntualmente la propria posizione soggettiva – evitando, così, di generare possibili, seppur incerti, profili di responsabilità –, è coerente suggerire l'interrogazione del beneficiario del diritto di preferenza in merito alla permanenza del suo interesse – o attraverso un'attività di interpello²¹⁹, o in sede di vera e propria

²¹⁸ In codesto aspetto sta una delle differenze più rilevanti, che distinguono la prelazione volontaria da quella di fonte legale. Nel primo caso, l'interesse, a presidio del quale la prelazione è stata costituita, risiede completamente – ed esclusivamente – nel foro interno del preferito, e sarà, dunque, necessario accertare se, in séguito alla trasformazione, codesto sia venuto meno. Nella prelazione legale, come già si è avuto modo di osservare, l'interesse è posto (prima ancora che presupposto) dall'ordinamento, e, pel tramite di una valutazione oggettiva, sarà immediato rilevare se la trasformazione del bene abbia reso impossibile la realizzazione dell'interesse, legale, che ha dato origine all'attribuzione della prelazione.

²¹⁹ In merito a codesto aspetto, si veda G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 48, in cui si mette in luce come la

denuntiatio –, salvo che tale accertamento si riveli superfluo alla luce dei comportamenti inequivoci del prelazionario, già significativi delle sue intenzioni.

Come ben ci si può avvedere, dunque, le conclusioni, che si sono tratte dalle argomentazioni appena svolte, respingono, radicalmente, alcune delle ipotesi all'origine della disamina in corso, e che, fin da subito, apparivano sistematicamente incoerenti: attraverso le lenti di questa scelta interpretativa, infatti, la sopravvivenza del diritto soggettivo, attribuito al prelazionario, non sarà più sensibile agli effetti derivanti da un'attività, meramente arbitraria, del concedente – quale può definirsi la trasformazione –, ché sarà vero, invece, il contrario. La posizione giuridica del concedente, sempre libero di trasformare, muterà, oppure no, a seconda della manifestazione di volontà del preferito, nel cui interesse il diritto di preferenza sia stato posto, e alle cui valutazioni, l'obbligato dovrà attenersi.

D'altronde, se, come più volte si è affermato, l'aspetto funzionale ricopre un ruolo centrale nella delineazione dell'istituto prelatizio, la soluzione abbozzata non può che apparire più armonica, rispetto ai principî, che governano la

denuntiatio ricomprenda «in sé l'ulteriore natura di atto di interpello rivolto dal proprietario al preferito».

genesi e le dinamiche di questo peculiare diritto, e si rivela indubbiamente più sensibile, rispetto alle istanze di conservazione del delicato – e, per certi versi, sempre precario – equilibrio di interessi, cui la sua costituzione dà forma.

13. La trasformazione come fatto giuridico, catalizzatore di vicende estintive del rapporto di prelazione.

Alla luce di quanto affermato, è ora possibile tratteggiare la trasformazione del bene, oggetto di prelazione, in armonia con la solida cornice delle vicende giuridiche.

La trasformazione del bene, su cui insiste il diritto di preferenza, è un fatto giuridico, che, amalgamato a un secondo²²⁰ – il venir meno dell'interesse, legale o privato che sia –, vivifica una compiuta fattispecie, produttiva di una specifica vicenda giuridica: l'estinzione del rapporto di prelazione.

La trasformazione, quindi, non deve più essere guardata di sottocchi, come una chimera giuridica dalle conseguenze imprevedibili, bensì come un fatto giuridico cristallino, incapace, in astratto e di per sé solo, di produrre movimenti del

²²⁰ In ossequio al canone combinatorio, si tratta, quindi, di una fattispecie complessa, composta da due (o più) fatti. Si veda, a questo riguardo, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 18.

rapporto, ma, in concreto, idoneo a provocare una reazione: ove questa inaridisca l'interesse sottostante, vero fulcro della tutela offerta dal diritto prelazione, la reazione assurgerà a movimento giuridico, specchiandosi in quella vicenda estintiva tipica della teoria allariana.

La metafora della reazione permette, infine, di porre in risalto un aspetto peculiare della fattispecie estintiva appena incisa. Scegliendo come lente di analisi il rapporto di prelazione, la trasformazione del bene, oggetto del diritto, ha rilevanza solo ove sia produttiva della vicenda giuridica estintiva del rapporto stesso: la trasformazione, in sé e per sé considerata, pur significativa da un punto di vista storico-empirico, non può aver altro riflesso sul piano tecnico-giuridico determinato dal rapporto di prelazione, il che vivifica la tesi, secondo cui la teoria della fattispecie e quella delle vicende giuridiche, pur godendo di sedi dottrinarie autonome, non possono essere interpretate – meglio: non possono avere un senso compiuto –, se non intese, reciprocamente, l'una in funzione dell'altra²²¹.

Ciò non di meno, una riaffermazione della piena indipendenza delle categorie richiamate non può essere letta come mera astrazione, come eco di più sottili sistematizzazioni appartenenti

²²¹ P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 393.

a un'epoca passata: l'opera di scissione delle vicende giuridiche di un rapporto dalle "vicende naturali", che coinvolgono il bene materiale, oggetto degli atti giuridici dei privati, è, al contrario, ogni giorno più indispensabile. Da un lato, fornisce all'autonomia privata uno strumento di espressione più impermeabile ai condizionamenti materiali, riducendo gli effetti dello 'evento sopravvenuto'; dall'altro, permette al diritto privato di adattarsi meglio a quella dinamica evolutiva, irreversibile, che sempre più spesso separa il bene, il valore giuridico, dal carattere della corporalità.

In questo senso, quindi, la trasformazione del bene, oggetto del rapporto di prelazione, non sarà mai, necessariamente, trasformazione del diritto di preferenza²²², alludendo, le stesse,

²²² In relazione a codesto aspetto, è di sicuro interesse la ricostruzione offerta da C. MAIORCA, voce *Vicende giuridiche*, cit., p. 701 ss., il quale afferma: «dell'originario discorso dogmatico è sopravvivenute una terminologia applicata, per l'appunto, a una nozione, in tal senso «oggettiva», del diritto soggettivo; definito come una specie di «entità», se non proprio corporea, tuttavia intesa come se tale fosse. Questa «oggettivazione» del diritto soggettivo ha la sua punta di più compiuta qualificazione in termini di concretezza, in quelle dottrine che, con particolar riferimento ai «rapporti reali» in cui sembra aver maggior spicco una nozione «concreta», corporea, dell'«oggetto» del «diritto soggettivo», quasi identificano, come già si è detto, le vicende (giuridiche) del diritto soggettivo, con le vicende (naturali) del suo oggetto, cioè delle «cose».

Così si fa parola di «nascita», e altresì di «estinzione» (nel senso di «morte»), del «diritto soggettivo», inteso come una entità «come se» corporea, con riguardo al suo «riferimento oggettivo»: la «cosa, oggetto del diritto».

Sicché, in alcune ipotesi di trasformazioni parziali della *res* nella sua sostanza materiale, si fa anche parola di «modificazioni oggettive nel diritto», nel quale assunto l'oggetto cui si fa riferimento è proprio la cosa nella sua materialità; proponendosi un parallelo, se non proprio una identificazione, tra modificazione (oggettiva) del diritto e trasformazione della cosa «oggetto del diritto».

È appena il caso di rilevare che, in tale prospettiva, non di «vicende» dovrebbe parlarsi, ma di vicenda, di un'unica vicenda: la vicenda esistenziale del diritto soggettivo, considerata nelle varie «fasi» dell'esistenza stessa, dalla nascita alla morte».

a piani fenomenici diversi, che nulla hanno in comune, se non l'imprescindibile riferimento alle interazioni dell'uomo nella realtà in cui è immerso, e con la quale, a livelli differenti, entra in relazione.

Tutto quanto fin qui osservato consente, dunque, di assorbire la nebulosa fattispecie della trasformazione del bene, oggetto del rapporto di prelazione, entro le maglie di solide architetture giuridiche, che si rivelano rassicuranti, proprio perché astratte, e capaci di conformare il fatto concreto a un modello teorico di riferimento, applicabile ad ogni circostanza.

Ed è servendosi di codeste strutture, che si può pensare, quindi, ad una trasformazione declinata nella categoria dell'efficienza²²³, la cui possibile, eventuale, efficacia sarà

Il concetto è ripreso, *ivi*, a p. 715, in cui si legge: «va anche ricordato che gli esempi che la dottrina propone di «acquisti originari» sono il riflesso di quelle incerte nozioni che stanno alla base della teoria dogmatica delle vicende giuridiche, e segnatamente delle «vicende dei diritti reali»; allorché, nel fissare la «vicenda iniziale», essa oscilla tra un concetto di «nascita» e un concetto di «acquisto» del diritto soggettivo, prospettando una specie di parallelo tra le «vicende del diritto soggettivo» e le «vicende della cosa», allorché, come nel «diritto soggettivo di proprietà» sembra quasi che la «cosa» compendi in sé l'essenza stessa del «diritto». In questa luce, la «nascita della cosa» (*res nova*) sarebbe corrispondente alla «nascita del diritto» su quella cosa. E, per certi aspetti, alla nascita materiale sarebbe affiancata una specie di nascita giuridica (anche di cosa già materialmente esistente), dipendente dalla circostanza del «venire a trovarsi» la cosa nella sfera del soggetto che si consideri (la «sfera soggettiva» di cui si è detto) o dall'«entrare il soggetto in contatto con la cosa» (la quale risulterebbe, così, in via originaria inclusa nella sfera del medesimo)». ²²³ Sul rapporto, che intercorre fra i concetti di «efficienza» ed «efficacia», si veda M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, cit., p. 154, il quale afferma: «la distinzione tra efficienza ed efficacia è penetrata nella teoria generale, e si risolve in ciò: che la prima ha carattere astratto, e riguarda la interna (al congegno normativo) connessione tra fatto e conseguenze giuridiche; la seconda, ha carattere concreto, e riguarda lo storico verificarsi del fatto, ed il prendere vigore delle conseguenze, *hic et nunc*. (...) L'efficienza appare nota intrinseca, ed esprime il giudizio sull'astratta

determinata, dall'interprete, in séguito all'accertamento dell'impatto dei suoi effetti sull'interesse, di volta in volta predominante, che anima il rapporto di prelazione.

idoneità del fatto a determinare gli effetti previsti; l'efficacia è invece una nota estrinseca, ed attiene al giudizio sulla concreta determinazione degli effetti previsti».

CAPITOLO IV

LA RINUNZIA AL DIRITTO DI PRELAZIONE

SOMMARIO: 1. La rinunzia come causa estintiva del diritto di prelazione. - 2. La natura giuridica e la causa della rinunzia. - 3. La distinzione della rinunzia dall'istituto della remissione. - 4. Il carattere peculiare della dismissione di posizioni prelatizie. - 5. Gli aspetti strutturali della rinunzia. - 6. (*segue*) La disciplina giuridica della rinunzia al diritto di prelazione. - 7. (*segue*) La rinunzia sinallagmatica. - 8. I differenti presupposti della rinunzia alla prelazione di fonte legale.

1. La rinunzia come causa estintiva del diritto di prelazione.

Fra le cause estintive del diritto – e del rapporto – di prelazione, può essere annoverata (per certi versi, però, impropriamente²²⁴) la fattispecie della rinunzia; fattispecie, che, pur mostrandosi

²²⁴ Come si avrà modo di approfondire nel corso dell'analisi, l'effetto estintivo del diritto, provocato dall'atto abdicativo, è un elemento, a ben vedere, secondario, eventuale e non caratterizzante la fattispecie rinunziativa.

lineare nel suo profilo essenziale, pone, di nuovo, l'interprete di fronte a una disciplina a mosaico, senza possibilità di ricomporre le fratture, che ne distinguono, in modo netto, le numerose tessere.

Se l'assenza di un corpo di norme generale, dedicato all'istituto della rinunzia, è un dato di fatto²²⁵, ben più sintomatico appare il fallimento di ogni tentativo²²⁶, pur audace, di *reductio ad unum* di codesta figura giuridica, che offre limitati riferimenti strutturali, pretendendo, di converso, una minuziosa analisi della fattispecie concreta di volta in volta considerata.

A fronte di una situazione oggettiva tanto frastagliata, la tecnica di indagine più appagante si rivela essere quella che, da un abbozzo del concetto nelle sue linee più ariose, conduce alla puntuale determinazione dei caratteri espressi dalla rinunzia nel contesto d'interesse di riferimento, attraverso una progressiva opera di raffinazione.

²²⁵ Si veda L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 6; l'Autore, pur rilevando l'assenza di una disciplina generale dedicata all'istituto, stila un elenco di articoli, nei quali è possibile rintracciare norme dedicate alla rinunzia.

Si leggano, altresì, F. MACIOCE, voce *Rinunzia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 923 e G. SICCHIERO, voce *Rinunzia*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 652.

²²⁶ A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1140.

Il «significato minimale»²²⁷ del concetto giuridico di rinunzia è stato ben rappresentato come «l'atto, essenzialmente unilaterale, con cui il titolare di una determinata posizione giuridico-soggettiva si spoglia, puramente e semplicemente, di essa: indipendentemente dall'effetto che da tale spoliatura derivi nella sfera giuridica di altri soggetti e indipendentemente dalla sorte che a seguito dell'atto subisca il rapporto giuridico la cui posizione soggettiva formi oggetto della rinunzia»²²⁸.

Il pregio di codesta definizione è duplice: da un lato, pone in risalto la natura tecnicamente “semplice” della rinunzia, che si condensa in un atto squisitamente individuale di pura riduzione del patrimonio giuridico di un soggetto; dall'altro, essa illumina, da una prospettiva negativa, i corollari del così detto ‘effetto abdicativo’, ossia quel complesso di conseguenze indirette, eventuali, occasionali, che possono derivare dalla rinunzia, come l'acquisto della stessa posizione giuridica soggettiva da parte di un terzo (effetto traslativo), o la sua, pura e semplice, estinzione (effetto estintivo).

²²⁷ L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, cit., p. 1. Si veda, altresì, F. MACIOCE, voce *Rinunzia (diritto privato)*, cit., p. 926.

²²⁸ L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, cit., p. 1.

Come è stato correttamente rilevato²²⁹, l'effetto estintivo del diritto, provocato dalla rinuncia, sebbene sia frequente o, addirittura, "normale"²³⁰, rappresenta, pur sempre, un effetto secondario e non caratterizzante; e lo stesso dicasi per l'eventuale estinzione del rapporto, su cui la rinuncia finisce per incidere. Al contrario, la perdita del diritto²³¹, ossa la sua uscita dalla patrimonio giuridico del rinunziante, è un elemento costante e indispensabile della fattispecie, che contribuisce a conferirle una identità autonoma e definita, di negozio essenzialmente abdicativo.

2. La natura giuridica e la causa della rinuncia.

Se il punto di partenza, per l'enucleazione dell'istituto, è rappresentato dall'esclusione degli effetti mediati dal campo d'indagine dell'interprete, la natura giuridica della rinuncia non può che essere scorta in una modalità di esercizio del diritto, dai

²²⁹ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 75.

²³⁰ Come afferma P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 75, «rinunziare non vuol dire estinguere il diritto, anche se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue».

²³¹ Si veda P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 124, il quale afferma: «la perdita e l'estinzione sono due vicende distinte: solo la seconda contiene la prima. Perdere il credito ed estinguere lo stesso non sono effetti equivalenti: è petizione di principio ritenere che ogni perdita del credito comporti la sua estinzione».

caratteri estremi²³², sempre ammissibile in via astratta in quanto espressione della privata autonomia, e limitabile solo attraverso specifici divieti.

In particolare, la rinuncia si manifesta, a opinione pressoché unanime della dottrina, come negozio giuridico, costituito da una dichiarazione di volontà volta al perseguimento di uno scopo principale specifico, dismissivo di una situazione giuridica già facente parte del compendio di diritti riconducibile al rinunziante²³³, «senza influire, se non di riflesso e accidentalmente, sulla contrapposta situazione soggettiva passiva»²³⁴.

Di converso, proprio il carattere “estremo” della rinuncia, sussumibile in un esercizio del diritto orientato alla sua eliminazione soggettiva, pone degli interrogativi dal punto di vista causale²³⁵.

Sul punto, il dibattito registra un’ampiezza considerevole: gli estremi sono tracciati da chi sostiene la acausalità del negozio

²³² Si vedano A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1141; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 930; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 653.

²³³ F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 926. Si veda (*ivi*, p. 927 e s.), altresì, il raffronto, proposto dall’Autore, fra gli istituti della rinuncia e dell’atto di disposizione, concludendo nel senso che «la rinuncia costituisce un atto dispositivo abdicativo o estintivo, ma non ogni negozio estintivo è per ciò solo rinuncia».

²³⁴ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 100.

²³⁵ Si veda, a tal proposito, L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., p. 5.

rinunziativo²³⁶ e da chi, invece, reputa la causa coincidente con l'effetto abdicativo²³⁷, di dismissione del diritto. Nel mezzo, la tesi di chi denuncia uno schema negoziale incompleto²³⁸, necessariamente ancorato a un negozio più strutturato, appropriandosi della – riflettendone la – relativa funzione economico-sociale.

Al quadro così delineato, si aggiunge, poi, la posizione di chi²³⁹ rinviene la giustificazione, e il fondamento, della rinunzia, al di fuori del negozio giuridico stesso, concentrando le argomentazioni sulla peculiare struttura di codesta figura giuridica.

In questa prospettiva, la rinunzia sarebbe riducibile, nei suoi minimi termini, a una prestazione isolata, sganciata da un contratto e da ogni altro profilo sinallagmatico, comprensibile in chiave plurilaterale.

Definendola quale «prestazione», la rinunzia sarebbe, in ossequio ai canoni classici, priva di un elemento funzionale a sé stante, finendo per sovrapporsi, sostanzialmente, con lo scopo indicato dal rinunziante; in questo senso, la rinunzia rinverrebbe

²³⁶ Si veda L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, cit., p. 5.

²³⁷ Si vedano A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1147; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 930.

²³⁸ M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1960, p. 565.

²³⁹ F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 928.

la propria giustificazione nel fondamento giuridico – ragione degli effetti del negozio – identificabile nel rapporto sottostante, che diverrebbe, così, un presupposto imprescindibile dell'atto rinunziativo.

In altri termini, la rinunzia, inquadrata in codesta prospettiva, non sarebbe un negozio astratto, bensì un negozio sorretto da una causa indeterminata, ma determinabile²⁴⁰: in quanto prestazione isolata, infatti, sarà necessario rintracciare la sua fonte causale in quel più ampio complesso di interessi, e di rapporti giuridici, riconducibili, in generale, al rinunziante, e sullo sfondo del quale, la rinunzia assume un senso logico compiuto.

La varietà, e la lontananza, delle tesi pocanzi richiamate, si intreccia con – e risente di – un'avversione antica, radicata nel senso di sospetto dell'ordinamento giuridico, guardingo nei confronti di qualsiasi negozio, che importi un impoverimento, in senso assoluto, del patrimonio giuridico del disponente, senza un corrispettivo che ne evidenzi, in modo chiaro, la *ratio*. Ciò non ostante, forse i presupposti della discussione potrebbero essere ripensati in chiave meno problematica.

²⁴⁰ F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 929.

Una volta suggellato il negozio di rinuncia nello sfondo dell'esercizio del diritto corrispondente, il problema causale perde, a ben vedere, gran parte del suo significato, che riacquista tutto il suo vigore ove si sposti l'accento sull'eventuale effetto traslativo.

Lo studio della rinuncia, che esalti, come essenziale, la sola funzione abdicativa, non pone, in una prospettiva eziologica, reali problemi di qualificazione: codesta si rivela, a pieno titolo, l'espressione di una facoltà dispositiva, che, in via di principio – e fatti salvi espressi limiti legali –, spetta, piena, al titolare di un diritto assoluto, e, con opportuni correttivi, al titolare di un diritto relativo, inscritto in un rapporto obbligatorio.

Intesa come manifestazione di un potere di disposizione, la rinuncia vanta un inquadramento che soddisfa appieno, e in sé solo, quella 'necessità causale' del negozio giuridico di cui si veste, e nel quale si struttura.

Si noti, infine, che porre l'accento esclusivamente sull'effetto abdicativo, prodotto dalla rinuncia, reputando secondarie, e del tutto accidentali, le attribuzioni patrimoniali, che, eventualmente, possano accompagnarne il perfezionamento, implica un'altra semplificazione nell'opera di analisi della fattispecie, rendendo ogni qualificazione, in termini di onerosità

o gratuità, superflua, risparmiando, all'interprete, la ricerca di una matrice onerosa, o gratuita, nella *ratio* di codesto negozio giuridico²⁴¹.

3. La distinzione della rinuncia dall'istituto della remissione.

La soluzione or ora abbozzata, se risolve un problema astratto in tema di validità, ne svela, al contempo, uno ben più concreto, che involge direttamente anche l'istituto prelatizio.

Secondo un'autorevole tesi²⁴², infatti, la rinuncia, anche nella sua forma meno cristallina, traslativa²⁴³, può avere ad oggetto solo diritti soggettivi assoluti²⁴⁴: in codeste ipotesi, infatti, l'acquisto, da parte del terzo, sarebbe pur sempre un effetto

²⁴¹ F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 928.

²⁴² Si veda L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., p. 3.

²⁴³ A opinione di autorevole dottrina, la figura della rinuncia traslativa non è ammissibile, riconoscendosi nel solo effetto abdicativo l'elemento caratterizzante l'istituto. Si veda, in questo senso, CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, rist. 2011, p. 19 ss. A opinione di A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1148, il fine di recar vantaggio a terzi attraverso la rinuncia, se presente, deve essere ridotto a mero motivo interno, e, in quanto tale, irrilevante.

²⁴⁴ È doveroso osservare come tale costruzione sia radicale, e tutt'altro che pacifica. Per tutti, si veda P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 190, il quale afferma: «che il credito sia remissibile e rinunziabile si è già costato; che il credito sia talvolta, e direi di regola, soltanto remissibile è pacifico; sempre però si è escluso che vi siano crediti soltanto rinunziabili».

secondario²⁴⁵, non automatico, connesso alla dismissione del diritto.

Nel caso dei diritti soggettivi relativi, invece, il distacco del diritto, provocato dalla rinuncia del suo titolare, implicherebbe, necessariamente, l'incremento della sfera giuridica della controparte del rapporto obbligatorio, finendo per costituire un elemento qualificante la fattispecie.

Per questa ragione, e richiamando il codice linguistico²⁴⁶, usato dal legislatore, in materia di diritto di credito, la dismissione di un diritto soggettivo relativo ricadrebbe sotto l'ègida dell'istituto della remissione²⁴⁷. Un negozio giuridico

²⁴⁵ Si veda la distinzione fissata da P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 72, in virtù della quale, per effetto essenziale, o principale, si intende l'effetto caratterizzante, senza il quale non può aversi la fattispecie; per effetto riflesso, «l'effetto che non trova la sua causa principale nella fattispecie produttiva dell'effetto principale ma solo, ed esclusivamente, in quest'ultimo»; per effetto secondario, infine, «l'effetto eventuale ed accidentale, cioè l'effetto che può esservi o no, ed anche se ne manchi la previsione, la fattispecie resta la stessa».

²⁴⁶ A questo proposito, si noti che, se, per alcuni interpreti, la terminologia prescelta dal legislatore ha un significato intrinseco (si veda L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., p. 3), per altri (P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 65), invece, ha un valore solo indicativo, e tutt'altro che probante.

²⁴⁷ In merito alle differenze, che distinguono la rinuncia dalla remissione, si veda P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., *passim*, e, spec., p. 51 ss.

Si legga, altresì, la ricostruzione di F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 937 s. L'Autore ravvisa che nella remissione, e a differenza della rinuncia, «l'effetto estintivo si presenta come effetto negoziale e pertanto reagisce sulla causa del negozio che è causa estintiva del rapporto; nella rinuncia al credito, invece, l'effetto estintivo costituisce riflesso meramente eventuale, il che giustifica l'efficacia della dichiarazione indipendentemente dalla conoscenza dell'atto da parte del terzo».

Dello stesso Autore, si veda (*ivi*, p. 942) la considerazione spesa per la rinuncia al credito, che sarebbe figura essenzialmente diversa dalla remissione, rappresentando una vera e propria ipotesi di rinuncia ad un diritto relativo. Per una analisi puntuale della figura della remissione, si veda, *ivi*, p. 101 ss.

differente²⁴⁸, quindi, nel quale il connotato attributivo è di pari rilevanza rispetto a quello, correlato, dismissivo; e il cui effetto immediato, e diretto, ricomprenderebbe il vantaggio sostanziale apportato nella sfera giuridica del terzo²⁴⁹.

L'importanza di tali asserzioni merita una riflessione accurata. Da tempo, si è autorevolmente costatato come la natura della remissione implichi, in un sol tempo, sia l'estinzione della situazione giuridica soggettiva riconducibile al remittente, sia l'estinzione della situazione giuridica soggettiva facente capo al remissario²⁵⁰, in un connubio che rende, in modo chiaro, il tratto peculiare, e qualificante, di detta figura. Nella remissione, e rispetto alla rinuncia, «vi è un *quid novi*»²⁵¹, costituendo una fattispecie estintiva «di più ampio respiro».

Se la rinuncia circoscrive i suoi effetti nella sfera giuridica del rinunziante, la funzione della remissione opera su di un piano

²⁴⁸ Si noti, peraltro, come codesta lettura dell'istituto della remissione non sia unanime. Secondo P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, s. d., ma 1979, p. 204, ad esempio, la remissione del debito costituisce, al contrario, lo schema tipico dell'atto rinunziativo. Ciò non ostante, oggi la netta frattura, che separa la figura della rinuncia da quella della remissione, pare un fatto definitivamente acquisito.

Quanto alla funzione estintiva remissoria, è stato osservato (P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 167), come la medesima possa realizzarsi sia tramite lo schema particolare di contratto definito dalla norma racchiusa nell'art. 1236 cod. civ., sia tramite lo schema contrattuale ordinario, sia tramite lo schema del negozio unilaterale, il che dimostra come, tra la funzione e le strutture negoziali, non vi sia un rapporto imprescindibile di necessaria correlazione.

²⁴⁹ Si vedano G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 664 e F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 932.

²⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 130.

²⁵¹ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 131.

più vasto²⁵², e serba un oggetto del tutto diverso. La remissione, infatti, incide sul rapporto obbligatorio, che (necessariamente) vincola due o più o parti, cagionando, di conseguenza, l'estinzione dell'intera obbligazione²⁵³; attraverso un solo effetto, essa involge, contemporaneamente, due posizioni giuridico-patrimoniali soggettive differenti, il che, a ben vedere, altro non è se non l'effetto bilaterale dell'estinzione dell'obbligazione²⁵⁴.

L'esame critico di tutto quanto richiamato innanzi consente di porre in risalto il pregio maggiore di codeste costruzioni, che risiede nel non cercare un criterio distintivo radicato esclusivamente sullo studio degli effetti, che remissione e rinuncia, producono (o meno) sulle (eventuali) obbligazioni circostanti, né di dare per presupposto ciò che, invece, pretende di essere dimostrato (la diversità ontologica dell'oggetto delle due figure giuridiche), ma si concentra rigidamente sulla struttura dei due istituti, traendone, così, le sole conclusioni coerenti, in concordanza con quell'impostazione, che ritiene come ogni fattispecie negoziale si qualifichi per la sua funzione

²⁵² P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 130.

²⁵³ Nel senso che «l'estinzione dell'obbligazione è l'effetto necessario della dichiarazione remissoria: in tanto v'è remissione, in quanto v'è estinzione dell'obbligazione», si veda P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 125.

²⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 132.

essenziale tipica²⁵⁵, intesa come *summa* degli effetti primari espressi dal negozio.

4. Il carattere peculiare della dismissione di posizioni prelatizie.

Rivolgendo le argomentazioni, or ora svolte, all'istituto prelatizio, emerge come l'adesione alla tesi, che sostiene la rinunziabilità dei soli diritti assoluti, getti una luce del tutto nuova sul diritto di preferenza, che, in questa prospettiva, non sarebbe più rinunziabile, bensì solo remissibile.

Così non è; e proprio questo raffronto illumina la peculiarità del diritto di prelazione, che, pur serbando la natura di diritto soggettivo relativo, si atteggia, quanto meno nella fase che precede la (eventuale) *denuntiatio*, in modo diverso, e, per certi versi, più simile a un diritto assoluto.

Si badi: l'affermazione non mira già ad attribuire, al diritto di preferenza, un carattere di realtà, che, all'evidenza, non ha e non può avere, bensì a mettere in luce come, nella dicotomia tra diritti soggettivi relativi e diritti soggettivi assoluti, il diritto di prelazione, pur appartenendo alla prima delle due classi,

²⁵⁵ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., p. 71.

presenti dei caratteri ibridi, che ne consentono, sia pure con prudenza, un accostamento alla seconda.

La premessa di questa ricognizione non può che radicarsi nella rilevazione di un dato di fatto.

Il diritto di prelazione – nel quadro più ampio del rapporto di preferenza, del quale è, a seconda della prospettiva prescelta, talvolta *dante causa*, talaltra *avente causa* – deve essere necessariamente distinto, a livello strutturale, in due fasi (o periodi)²⁵⁶, dall'estensione temporale variabile: una, necessaria e passiva, o silente, che precede la *denuntiatio* ed è segnata da un dovere formale, in capo all'onerato, di astensione verso i terzi; l'altra, invece, eventuale e attiva, che si aprirà ove diventino concreti i presupposti negoziali divisati dalla prelazione, imponendo all'obligato un dovere, ora concreto, di astensione rispetto ai terzi, e pretendendo, al contempo, il perfezionamento di un'offerta contrattuale che consenta, al prelazionario, di stipulare il contratto desiderato.

²⁵⁶ Tale suddivisione sembra riecheggiare anche nelle parole di G. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1339, il quale afferma come occorra «tener distinte, nella fattispecie complessa della prelazione ereditaria, due situazioni giuridiche: il diritto «astratto» ad essere preferiti, e quello «concreto», attuale a fronte di una determinata alienazione». Nello stesso senso, C. COPPOLA, *La rinuncia al diritto di prelazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 92.

Nel tempo segnato dal primo periodo – e aperto dalla costituzione del diritto di preferenza –, il patrimonio giuridico del beneficiario è arricchito dall'ingresso di codesta nuova posizione giuridica attiva.

In detta fase, il diritto di prelazione si comporta in modo del tutto originale: vero è che non possa definirsi diritto assoluto – difettando di quella tipica forza impositiva *erga omnes*, che prescrive un generale dovere di astensione nei confronti di tutti i consociati²⁵⁷ –, ma, al tempo stesso, non può nemmeno essere letto come un diritto relativo tradizionale, in quanto, sul piano empirico, nessun obbligo sufficientemente concreto grava sul soggetto onerato (*rectius*, così detto onerato, almeno fino al sorgere dell'obbligo di *denuntiatio*) del diritto di prelazione, bensì (solo) un impegno, astratto – vista l'assenza di presupposti negoziali attuali – a non stipulare con i terzi.

Nel lasso temporale considerato, la posizione giuridico-soggettiva dell'obbligato non è appesantita da alcun dovere

²⁵⁷ Tale constatazione è verificata anche nel contesto delle prelazioni legali assistite da retratto. A ben vedere, infatti, in dette ipotesi il diritto di preferenza è uniformato dalla medesima natura giuridica: la forza impositiva-reale è propria del (diverso) diritto di retratto, il cui sorgere, eventuale e condizionato al mancato rispetto della posizione di prelazione, è necessariamente legato alla seconda fase del rapporto di prelazione.

In merito alla forza impositiva dei diritti assoluti reali, si vedano le considerazioni svolte, di recente, da M. PROTO, *L'usufrutto e gli altri diritti di godimento*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, dir. da G. Alpa, G. Bonilini, U. Breccia, O. Cagnasso, F. Carinci, M. Confortini, G. Cottino, A. Iannarelli, M. Sesta, t. I, Torino, 2010, p. 39 ss.

stringente nei confronti del prelazionario, e la propria facoltà di disporre, a titolo di esempio, del bene, oggetto di prelazione, rimarrà sostanzialmente invariata, potendo, costui, financo trasformarlo, o condurre trattative con i terzi per la conclusione del negozio oggetto di prelazione.

L'obbligo "tangibile" sorge in un momento diverso, ossia nell'istante in cui l'onere del diritto di preferenza si risolve, effettivamente, nel senso di dar corso al negozio divisato dalla prelazione, magari accettando un'offerta ritenuta congrua, e pervenuta da soggetti terzi, estranei al rapporto di prelazione.

La determinazione del momento appena individuato è di fondamentale importanza, perché, con esso, si apre la seconda fase del rapporto prelazionario, e il diritto di preferenza, vantato dal beneficiario, mostra, ora, un tratto decisamente più relativo, in uno con il carattere dell'attualità.

La dialettica obbligatoria assume, qui, una forma ben più marcata, imponendo, all'obligato, un dovere concreto di astensione verso i terzi, e l'esecuzione attiva di una prestazione corrispondente, e complementare, al diritto vantato dal prelazionario.

Un comportamento abdicativo della propria posizione di preminenza, posto in essere dal prelazionario, e calato in questa

fase specifica del rapporto giuridico, assume i contorni di un'autentica remissione, liberando, in via primaria, l'obbligato, dalla prestazione da cui è gravato.

Per inciso, è bene notare come la situazione giuridica appena delineata si differenzi, in modo netto, dal mero rifiuto, espresso dall'oblato-prelazionario, rispetto all'offerta di conclusione del contratto a lui avanzata dall'onerato: mentre il rifiuto non estingue il diritto di prelazione, che rimarrà intatto ove non sia il terzo a concludere il contratto, la remissione esaurisce, in nuce, il rapporto prelatizio.

Qualora, invece, si esamini il periodo, del rapporto di prelazione, che precede l'obbligo di *denuntiatio*, si può rilevare come il diritto di preferenza si atteggi, qui, in modo assai differente.

Come già si è avuto modo di osservare, in tale circostanza l'onerato è gravato da un obbligo – concreto – squisitamente eventuale (definito nel *quomodo*, ma totalmente indeterminato nell'*an*), e non sarà tenuto a porre in essere alcun comportamento specifico, se non quello di tener fede all'impegno – ancora astratto – di non stipulare con i terzi; impegno che, però, diverrà sostanziale solo con l'incedere della

seconda fase prelatizia, pressoché concomitante al sorgere dell'obbligo di *denuntiatio*.

In tale periodo, quindi, il prelazionario è investito di una posizione quasi solitaria, di presidio, autonoma e inattiva, e, per questo, (più) rinunziabile (che remissibile).

Quanto innanzi proposto consente di rilevare, infatti, come, in tale situazione, riferirsi all'atto giuridico della rinunzia sia imprescindibile, proprio perché, nella circostanza, viene meno – o si rivela estremamente sbiadito – quell'automatico effetto incrementativo, del patrimonio giuridico della controparte, che, secondo la tesi evocata in apertura, sarebbe un tratto distintivo, e qualificante, della remissione rispetto al modello strutturale proprio della rinunzia.

5. Gli aspetti strutturali della rinunzia.

Per quanto riguarda i caratteri specifici della rinunzia al diritto di prelazione – intesa, nel solco delle considerazioni testé svolte, nel suo tempo giuridico antecedente l'obbligo concreto

di *denuntiatio* –, codesta si presenta come un negozio giuridico essenzialmente unilaterale²⁵⁸, e non recettizio²⁵⁹.

In apparenza, la norma, affidata all'art. 1334 cod. civ., parrebbe contrastare con questa asserzione, ma l'assenza di alcun riflesso negativo, anche indiretto, sulla sfera giuridica dell'obbligato, ne rafforza il convincimento.

Sostenerne la recettizietà, al contrario, indurrebbe a considerazioni incoerenti: per un verso, si ostacolerebbe la produzione di effetti solo positivi – almeno a livello oggettivo, giuridico-economico – per l'onerato²⁶⁰; per altro, si svilirebbe il connotato, principalmente abdicativo, della rinuncia,

²⁵⁸ Si vedano, a questo riguardo, le considerazioni svolte da P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 88, il quale ritiene che la figura della “rinuncia bilaterale” rappresenti nient'altro che una nozione illegittima, riferita a negozi che, in realtà, non sarebbero rinunzie, bensì alienazioni, o, in senso lato, negozi novativi. In altri casi, invece, si tratterebbe di rinunzie vere e proprie, nelle quali, però, la presunta bilateralità è solo apparente, nascondendo un carattere unilaterale recettizio. Secondo l'Autore, vi sarebbero, infine, ipotesi di bilateralità superflua, «realizzata in fatto dai privati, ma non richiesta dall'ordinamento».

²⁵⁹ In ordine alla recettizietà, o meno, del negozio giuridico della rinuncia, si veda G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 654 s., il quale afferma come non sia possibile stabilire un criterio generale, adatto ad ogni ipotesi di rinuncia, ma sia necessaria un'attenta valutazione del caso specifico. In giurisprudenza, la non recettizietà della rinuncia è un fatto consolidato: si vedano Cass., 22 marzo 1962, n. 592, in *Banca dati Pluris – Utet/Cedam* e Cass., 24 ottobre 1961, n. 2355, in *Banca dati Pluris – Utet/Cedam*.

²⁶⁰ Si veda F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 938, il quale afferma: «allorché il risultato finale della dichiarazione consiste nella estinzione dell'obbligazione, la rinuncia si presenta come attuazione di un potere unilaterale del creditore di provocare tale estinzione, facendo difetto, nel concreto rapporto, un ragionevole interesse del debitore ad opporsi ad un tale effetto». Come rileva lo stesso Autore, vi sono, comunque, ipotesi eccezionali, in cui la rinuncia, in ragione di un oggettivo – seppur indiretto – aggravio della posizione obbligatoria del terzo, impone che costui ne sia informato: in questo senso, si pensi all'abbandono della quota di comunione.

accentuando un carattere plurilaterale essenzialmente estraneo ai tratti tipici di codesto negozio.

D'altro canto, la dottrina²⁶¹ ha argomentato in vario modo la non recettizietà della rinuncia, che emergerebbe anche da uno studio ristretto agli effetti tipici di codesto istituto, la cui propagazione si esaurirebbe nella sola posizione giuridico-patrimoniale del rinunziante.

Non bisogna dimenticare, infatti, come il tratto fondamentale, e qualificante, del negozio di rinuncia, si riassume nell'isolamento del solo effetto abdicativo, sordo a ogni considerazione ulteriore, che, invero, sarà presa in considerazione dallo studio di fenomeni giuridici differenti.

Un altro aspetto di sicura importanza, nello studio del negozio rinunziativo, tanto più sullo sfondo del diritto di prelazione, è insito nella determinazione del carattere, revocabile o irrevocabile, di detto istituto.

Secondo autorevole dottrina²⁶², l'irrevocabilità sarebbe un corollario imprescindibile della non recettizietà della rinuncia, dalla quale deriverebbe, infatti, l'immediata estinzione del diritto, in conseguenza della sola emissione della dichiarazione.

²⁶¹ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, pp. 62 e 86 ss.

²⁶² F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 940.

La base dommatica di codesta asserzione poggia su un semplice postulato: quando una manifestazione di volontà ha prodotto gli effetti giuridici suoi propri – divenendo così negozio giuridico –, non può essere posta nel nulla tramite una nuova manifestazione di volontà, di verso opposto, fondata sulla mera, diversa, determinazione del dichiarante.

A opinione di altri²⁶³, invece, se la rinuncia provoca una vacanza, pur temporanea, del diritto, cui si rivolge, riducendolo in una condizione di “sospensione”, e di attesa, di un atto di apprensione, posto in essere anche da soggetti terzi, il rinunziante avrà la possibilità di eliminare l’effetto dismissivo, attraverso la manifestazione della revoca della rinuncia stessa.

Entrambe le tesi sono coerenti e, a ben guardare, non si pongono in antitesi. Esse danno conto del quadro complessivo, rievocando il binomio dialettico che (co)stringe la regola generale a quella speciale.

²⁶³ L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, cit., p. 6.
In senso contrario, si veda F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 940.

6. (segue) La disciplina giuridica della rinuncia al diritto di prelazione.

In ragione della premessa svolta, si può individuare agevolmente la disciplina più adatta alla rinuncia del diritto di preferenza, e per la quale è imprescindibile riferirsi a quel concetto, di rapporto di prelazione, che definisce le linee strutturali autentiche del fenomeno prelatizio.

Invero, la rinuncia al diritto di prelazione – nella fase, come visto pocanzi, che precede l'attività di *denuntiatio* –, non dà vita a una situazione di vacanza del diritto, ma provoca, puntualmente, l'estinzione della posizione di garanzia, riconosciuta al prelazionario, e, indirettamente, la conclusione del rapporto di prelazione.

La ricostituzione della situazione giuridica precedente non potrà prescindere dalla collaborazione del soggetto (un tempo) onerato, e ciò significa che, in uno con la già affermata non recettività della rinuncia al diritto di preferenza, si può, ora, anche affermarne la irrevocabilità.

Per quel che concerne i crismi di validità della rinuncia, è superfluo indugiare sulla necessaria presenza della capacità, sia naturale, sia d'agire, in capo al rinunziante, così come, in

ossequio alla norma custodita dall'art. 1324 cod. civ., sembra opportuno riconoscere la possibilità di impugnare il negozio abdicativo per dolo e violenza²⁶⁴.

Allo stesso modo, e in considerazione dell'assenza di un sinallagma nelle fondamenta della rinuncia – che potrebbe esigere una maggiore tutela dell'affidamento di controparte –, è ragionevole ritenere rilevante anche il vizio dell'errore²⁶⁵, quantomeno nelle ipotesi, in cui esso verta sull'effetto estintivo. In merito, poi, alla forma, richiesta per la rinuncia al diritto di prelazione, è preferibile affermarne la piena libertà²⁶⁶ – e a prescindere dalla posizione assunta nel dibattito, mai sopito del tutto, circa la forma necessaria per rivestire un patto di prelazione²⁶⁷ –, salvo che, ovviamente, le parti non si siano impegnate a rispettare una forma specifica per ogni atto, che abbia incidenza sul loro rapporto sottostante²⁶⁸.

È doveroso rammentare, non di meno, come la giurisprudenza abbia, in più occasioni, ritenuto invalida la rinuncia, al diritto

²⁶⁴ Si veda G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 663.

²⁶⁵ Si veda G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 663.

²⁶⁶ Si veda F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 944.

²⁶⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, II ed., p. 160.

²⁶⁸ In relazione a questo tema, si veda, però, F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 946, ad avviso del quale, l'inosservanza di questi accordi non avrebbe alcuna conseguenza sul piano della validità della dichiarazione abdicativa informale.

di prelazione, non rivestita della forma richiesta per il contratto, definitivo, al quale la prelazione si riferiva²⁶⁹.

Una simile pretesa non convince. La statuizione di un vincolo formale così stringente contrasta, in modo sferzante, con un elemento qualificante – e pacificamente acquisito –, della ricostruzione dommatica dell'atto abdicativo, che prescrive come il negozio di rinuncia non debba necessariamente rispettare le forme richieste per l'atto costitutivo del diritto abdicato²⁷⁰, anche se, come è ovvio, ordinarie prudenze probatorie potrebbero consigliare un comportamento a ciò informato.

Se, in generale, la rinuncia a un diritto non deve rispettare la forma prescritta per la sua stessa costituzione, non si intende, vieppiù, per quale ragione la rinuncia al diritto di prelazione (la cui costituzione non imponga, di per sé, alcun onere formale) debba seguire le forme dettate per il contratto, al quale inerisca. In linea di massima, dunque, si ritiene che la rinuncia a un diritto di prelazione possa essere espressa anche tacitamente²⁷¹, o pel

²⁶⁹ Si veda, sul punto, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 85, nota 102. L'Autore, esaminando, incidentalmente, il tema della rinuncia fra le «ipotesi in cui si estingue l'obbligazione/il diritto di prelazione», richiama un'ampia giurisprudenza: Cass., 28 giugno 1952, n. 1921, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, II, p. 800 ss.; Cass., 26 aprile 1968, n. 1270, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1670 ss.; Cass., 18 aprile 1980, n. 2553, in *Riv. not.*, 1980, p. 1601.

²⁷⁰ Si veda F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 944. In riferimento alla prelazione ereditaria, si legga, altresì, G. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 1338.

²⁷¹ Si veda F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 947.

tramite di un comportamento concludente²⁷², preclusivo di ogni possibile intento al mantenimento del diritto nella propria sfera giuridica.

La giurisprudenza²⁷³, non di meno, esclude, recisamente, la possibilità di desumere la rinuncia in base a presunzioni, anche se gravi, precise e concordanti; ove sorgano dubbî, sul significato del comportamento posto in essere dal presunto rinunziante, si dovrà propendere per l'assenza di una volontà in tal senso diretta.

7. (segue) La rinuncia sinallagmatica.

A chiosa della disamina sugli aspetti strutturali della rinuncia, si noti che, a opinione di parte della dottrina²⁷⁴, il negozio rinunziativo potrebbe essere disposto in ragione di un corrispettivo, pagato dall'obbligato stesso o da un terzo.

Detta fattispecie modificherebbe radicalmente la struttura della rinuncia fin qui osservata, sospingendola a confluire, in modo deciso, nell'alveo tipico della materia contrattuale.

²⁷² Si veda F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 947.

²⁷³ Si veda Cass., 10 ottobre 1974, n. 2767, in *Foro it.* 1975, I, c. 365.

²⁷⁴ Si veda G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 654.

In virtù di codesta tesi – già richiamata nel corso dell'indagine sulla natura giuridica della rinunzia –, il negozio abdicativo assumerebbe, qui, la veste di prestazione, e dovrebbe strutturarsi in armonia con le regole del quadro, sinallagmatico, scandito dalla volontà delle parti.

Come già si è avuto modo di osservare, quanto innanzi osservato non trova consensi nella dottrina più autorevole.

A tal proposito, infatti, si è sostenuto²⁷⁵ come la rinunzia, ove inserita in un contratto corrispettivo, perderebbe la sua connotazione di dichiarazione meramente dismissiva, il che le impedirebbe, a ben vedere, di definirsi «rinunzia».

In altri termini, nello scenario appena abbozzato, la dichiarazione abdicativa smarrirebbe la sua natura di negozio giuridico – propria della rinunzia –, in quanto sprovvista di uno scopo autonomo e di una causa, dismissiva, che la contraddistingua, rintracciando, quindi, un significato, solo nello scambio reciproco.

Le tesi, testé richiamate, divergono su un punto determinante: se, nella prima, la forma contrattuale non impedirebbe di enucleare le linee qualificanti dello schema rinunziativo, la seconda rifiuta un simile riconoscimento, rimarcando

²⁷⁵ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., p. 95.

l'insanabile diversità strutturale delle due manifestazioni abdicative.

La rinunzia, in altri termini, non potrebbe mai essere tradotta in prestazione contrattuale²⁷⁶, poiché, in realtà, l'effetto dismissivo troverebbe fonte – in modo diretto –, nel contratto stesso, senza alcuna necessità di riferirsi ad un diverso negozio autonomo, quale la rinunzia; corollario di siffatte asserzioni sia la ferma distinzione dell'effetto rinunziativo – che può propagarsi anche attraverso un contratto –, dalla rinunzia come negozio giuridico, che, contraddistinta da lineamenti suoi propri, vanta una natura giuridica autonoma, e, di conseguenza, una struttura non alterabile.

8. I differenti presupposti giuridici della rinunzia a una prelazione di fonte legale.

Le osservazioni sin qui svolte si riferiscono a una figura ideale di prelazione, ispirata al modello volontario, e, in ispecie, a quello convenzionale.

²⁷⁶ P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., p. 97.

È ora opportuno verificare se sia possibile estendere le conclusioni, così raggiunte, alla prelazione di tipo legale²⁷⁷; meglio, a tutte le espressioni della prelazione legale.

In particolare, è necessario rispondere a una domanda, di fondo, che non può essere elusa; vale a dire, se sia possibile rinunciare a una prelazione di fonte legale.

La soluzione del quesito merita un'attenta riflessione.

Il percorso codicistico della prelazione legale è tanto affascinante quanto contraddittorio²⁷⁸. Come già si è avuto modo di constatare, il legislatore dell'Ottocento la tacciò di essere un luminoso esempio di istituto a tutela di principii feudali, e, come tale, riservò ad esso un aperto ostracismo, superato, solo in casi eccezionali, per rispondere ad esigenze di particolare importanza, quale l'assicurazione dell'acquisto, da parte del neonato Stato italiano, di beni artistici o storici di comprovato valore. Ciò non ostante, la previsione di sparute ipotesi di prelazione legale, ben lungi dal rappresentare un ristretto nucleo di fattispecie straordinarie, aprì la via a una serie sempre più ampia, e profonda, di deroghe, sfociata nell'aperto

²⁷⁷ In riferimento alle figure di prelazione legale, giova precisare che, ove esse siano assistite da retratto, la rinuncia al diritto di prelazione comporterà, necessariamente, rinuncia al diritto di riscatto. In questo senso, si vedano G. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 1338 e C. COPPOLA, *La rinuncia al diritto di prelazione*, cit., p. 94.

²⁷⁸ Sul punto, si veda la ricostruzione di G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 1 ss.

riconoscimento dell'istituto ad opera del Codice civile del 1942, che ha reso la figura prelatizia uno strumento di regolazione di vicende giuridiche particolarmente fortunato.

In questa ampia parabola crescente della prelazione legale, che, fino ad oggi, ha visto via via allargarsi il numero di fattispecie soggette alla sua ègida, è possibile isolare una triplice matrice, emblematica e caratterizzante, che contraddistingue, e chiarisce, la politica legislativa cui la prelazione è stata, di volta in volta, asservita.

Il prudente legislatore dell'Unità ha posto il diritto di preferenza a salvaguardia di interessi superiori²⁷⁹, e, quindi, pubblici; in costanza del primo Codificatore del secolo scorso²⁸⁰, invece, ci si è serviti della prelazione con l'intento di rafforzare la posizione giuridica di determinati soggetti – nell'ambito di singoli e prestabiliti rapporti, contrattuali o successorii –, in virtù del ruolo, precipuo, rivestito da codesti, cui si riconosceva un interesse, specifico, maggiormente meritevole di tutela.

Gli intenti perseguiti dal legislatore repubblicano, infine, si articolano in maniera più complessa e compiuta: pur mantenendo, e integrando, l'impostazione già tracciata in

²⁷⁹ G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 1.

²⁸⁰ G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 2.

precedenza, lo stesso ricorse allo schema prelatizio per disciplinare sia esigenze eccezionali e contingenti²⁸¹, sia situazioni, nelle quali, in ragione della peculiare attività economica (*lato sensu*) esercitata, si riteneva opportuna la creazione, e la protezione – proprio attraverso il riconoscimento del diritto di prelazione – di una relazione qualificata tra un soggetto e l’oggetto di un eventuale, futuro, contratto²⁸².

Il panorama appena descritto, se messo a fuoco sullo sfondo della rinuncia, si scontra con un’osservazione, attorno alla quale la dottrina si riscopre compatta: una posizione giuridico-soggettiva può essere oggetto di rinuncia, solo e soltanto in quanto attribuita, al suo titolare, per la tutela di un interesse individuale²⁸³. Ciò, per una ragione intuitiva: qualora l’ordinamento riconosca una specifica protezione a situazioni individuali determinate, ma riconducibili, anche solo indirettamente, a un interesse sovraordinato, riferibile a un gruppo o a una collettività, il riconoscimento della facoltà di disposizione, tanto più in senso rinunziativo, contrasterebbe, inevitabilmente, con la stessa istanza di tutela²⁸⁴. In ossequio a

²⁸¹ Si pensi, a mo’ di esempio, agli artt. 13 e 83-*bis* della l. 14 maggio 1981, n. 219, disposti in favore di popolazioni colpite da eventi sismici.

²⁸² Si veda G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, cit., p. 3.

²⁸³ L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., p. 2.

²⁸⁴ F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 942.

codesto principio, non sono rinunziabili, a titolo di esempio, le potestà, in quanto poste a salvaguardia di un interesse, del quale è portatore un soggetto diverso da chi le eserciti²⁸⁵.

Attribuire, a siffatte asserzioni, il valore di principio ordinatore dell'istituto rinunziativo, significa riconoscere come la facoltà abdicativa sia esclusa tanto nei casi, in cui la posizione giuridica soggettiva sia stata attribuita per approntare una protezione di interessi altrui, quanto in quelli, nei quali la tutela dell'interesse individuale si sovrapponga all'interesse generale della collettività²⁸⁶. Per questa ragione, si esclude, coerentemente, la possibilità di rinunciare a interessi legittimi, o a diritti indisponibili²⁸⁷.

Come si può intuire, un'osservazione di tal fatta non può che suggerire serî interrogativi circa l'ammissibilità di un potere di rinunzia, i cui riverberi incidano su una prelazione di fonte legale, che, come si è già avuto modo di osservare, nasconde sempre, in modo più o meno marcato, un interesse, pubblico o diffusamente avvertito, vòlto al rafforzamento di una posizione soggettiva determinata.

²⁸⁵ F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 942.

²⁸⁶ L. V. MOSCARINI, voce *Rinunzia*, cit., p. 2.

²⁸⁷ Si veda G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 665.

La risposta più coerente, non di meno, sembra essere quella, che riconosce la possibilità di rinunciare alle prelazioni di stampo legale²⁸⁸, e un simile convincimento può essere spiegato in ragione di alcune semplici costatazioni.

Interrogarsi circa l'ammissibilità di una rinuncia al diritto di prelazione di stampo legale, ha ragion d'essere solo con riferimento a limitate ipotesi, che costituiscono un sottoinsieme, minoritario e rigidamente circoscritto, delle fattispecie complessive di prelazione legale.

La *ratio* di tale selezione è tutt'altro che astratta. Si è osservato, in precedenza, come il diritto di preferenza di matrice legale sia sempre posto a tutela di interessi pubblici, o di interessi diffusi. Le due espressioni non sono sinonime.

Alcune figure di prelazione legale – come quella agraria, o quella, in favore dello Stato, insistente sui beni di particolare interesse storico o artistico –, perseguono, in senso proprio, un fine “pubblico”, inteso come interesse superiore della collettività, che si impone su quello, del privato, eventualmente in contrasto con il primo.

²⁸⁸ Si noti, peraltro, che, qualora un soggetto sia titolare di due distinti diritti prelazione legale, aventi il medesimo oggetto (si pensi al caso di una sovrapposizione tra un diritto di prelazione ereditaria e un diritto di prelazione agraria), la rinuncia, espressa verso il primo di essi, non implica necessariamente una rinuncia al secondo. In questo senso, si veda, in giurisprudenza, Cass., 24 febbraio 2010, n. 4497, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1339.

Altre ipotesi, invece – come è a dirsi per la prelazione ereditaria²⁸⁹, o quella posta a presidio della posizione del partecipante all'impresa familiare – non proteggono un interesse pubblico *stricto sensu* inteso, bensì assecondano un'esigenza di tutela avvertita da una categoria, diffusa, di persone, e che il legislatore, per ragioni più o meno contingenti, ritiene particolarmente meritevole.

Se, nella prima delle due classi di prelazione legale, la pubblicità del fine perseguito è evidente, nella seconda, a ben vedere, l'interesse è assai diverso: pur avendo carattere collettivo, esso va inteso quale somma, certo rilevante, di interessi essenzialmente individuali, che, in virtù della loro vasta diffusione, o della particolare sintonia con la politica legislativa espressa in un determinato momento storico, gode di un'attenzione specifica da parte dell'ordinamento giuridico.

Quanto innanzi rilevato mette in luce come il problema della rinuncia, a un diritto di preferenza di fonte legale, riguardi solo quella cerchia, ristretta, di prelazioni, che perseguono autenticamente un interesse pubblico; le prelazioni dettate a protezione di interessi diffusi, infatti, non perdono la loro natura

²⁸⁹ In merito alla rinuncia del diritto di prelazione ereditaria, si vedano, almeno, G. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 1337 ss.; C. COPPOLA, *La rinuncia al diritto di prelazione*, cit., p. 91 ss.

di diritti di preferenza posti a tutela di interessi, comunque, privati, e, come tali, non possono che essere pienamente disponibili, salvo espressi divieti disposti, dall'ordinamento, in tal senso.

Dopo aver circoscritto la sede del problema, non resta che dare risposta, di nuovo, alla domanda da cui, tale riflessione, ha preso spunto. Vale a dire se sia rinunziabile un diritto di preferenza, che persegua un interesse "autenticamente pubblico".

Ancóra una volta, la risposta deve essere affermativa, sulla base di una considerazione generale, che riguarda ogni fattispecie di prelazione, che rinvenga la propria matrice direttamente nell'ordinamento giuridico.

Come si è avuto modo di osservare nel corso di questo studio, attraverso la posizione di una prelazione legale, il legislatore opera, in modo netto e consapevole, una scelta ibrida.

Sceglie, cioè, di assecondare una sensibilità diffusa – come nel caso della prelazione attribuita ai coeredi – o di perseguire – agevolandone lo sviluppo –, un interesse pubblico – come avviene nell'alveo della prelazione agraria –, evitando, al contempo, di ricorrere allo strumento, ordinario, offerto dalla cogenza della norma imperativa, e così accettando le più

classiche dinamiche privatistiche, suggellate dal riconoscimento di un diritto soggettivo, per certi versi “incompleto”.

Una volta assunta codesta decisione, il diritto, sì posto, non può che atteggiarsi secondo le comuni dinamiche espressive dei diritti soggettivi, le quali presuppongono, in linea generale, la possibilità di un loro esercizio in senso abdicativo.

Per questa ragione, sembra da riconoscersi, anche a fronte di figure di prelazione aventi fonte nella legge, la possibilità, o, per meglio dire, il potere, in capo al beneficiario, di rinunziarvi, perdendo, così, la posizione di vantaggio espressamente attribuitagli dal legislatore.

Non di meno, per ciò che concerne le prelazioni afferenti a un interesse pubblico, inteso in senso stretto, è opportuno sostenere la necessità di una cautela²⁹⁰ particolare.

²⁹⁰ Anche la giurisprudenza, d'altra parte, sembra avvertire codesta esigenza, cui risponde con soluzioni, che, però, non convincono appieno.

Si veda, a modo di esempio, Trib. Bologna, 11 gennaio 2011, in *Banca dati Pluris – Utet/Cedam*, ad avviso del quale, la rinunzia al diritto di prelazione agraria non può, in alcun caso, essere esercitata in un tempo antecedente la *denuntiatio*, poiché, solo in tali circostanze, il prelazionario sarebbe posto nelle condizioni di valutare gli aspetti, positivi e negativi, della sua scelta; per questa ragione, il Tribunale stabilisce l'inefficacia e l'invalidità degli atti di rinunzia precedenti tal momento. Sostanzialmente sulla stessa linea, Cass., 22 gennaio 1994, n. 624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, vol. I, p. 498 ss., con nota di F. REGINE, *Sulla rinunzia alla prelazione ereditaria*, ad avviso della quale, il diritto di prelazione non sarebbe rinunziabile, prima della *denuntiatio*, per indeterminatezza dell'oggetto. Sul punto, si veda, in senso critico, G. BONILINI, *La rinunzia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 1339.

Una simile soluzione non sembra del tutto condivisibile. Da un lato, ove si astrasse rispetto al caso concreto, si dovrebbe riconoscere l'impossibilità di rinunciare a qualsiasi tipo di diritto di prelazione, legale o volontaria, in un tempo anteriore all'offerta concreta rivolta, dall'onerato, al prelazionario (unico tempo nel quale, invero, e come si è osservato in precedenza, è ipotizzabile una rinunzia e non una remissione); dall'altro, tale impostazione sembra ricondurre

In caso di controversia, l'interprete sarà tenuto a verificare le modalità di esercizio, nonché il contesto in cui è avvenuta la rinuncia manifestata dal prelazionario: qualora emerga che l'atto, abdicativo del diritto di preferenza, sia stato posto quale condizione, implicita, per la conclusione di un diverso negozio, logicamente collegato all'atto rinunziativo – svilendo, così, in nuce, l'interesse pubblico sottostante²⁹¹ – sarà doveroso riscontrare l'inefficacia dell'atto abdicativo stesso, in quanto non diretto a perseguire un interesse meritevole di tutela (ma, al contrario, con questo contrastante). Atto abdicativo, che, pertanto, sarà considerato *tamquam non esset*.

la prelazione nello schema dei diritti futuri (si vedano, a tal proposito, G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 659; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 941), condizionando l'ingresso, nel patrimonio del rinunziante, della situazione giuridica rinunziabile, al solo verificarsi della *denuntiatio*.

In ossequio alle considerazioni svolte *supra*, Capitolo II, Paragrafo VIII, ciò è vero in numerose ipotesi di prelazione legale (come quella agraria), ma non in tutte (si pensi proprio alla fattispecie, già esaminata, della prelazione ereditaria). Gli arresti richiamati non convincono perché, nel primo caso, si nega validità alla rinuncia fondando l'argomentazione su ragioni soggettive non condivisibili; nel secondo, invece, si contesta la rinunziabilità di un diritto, quale quello di prelazione ereditaria, già perfettamente formatosi soltanto in ragione dell'attualità della comunione tra coeredi.

Si noti, inoltre, che, a opinione di parte della dottrina (si leggano, ad esempio, A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1141; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., p. 941), sarebbe rinunziabile, dal soggetto che ne è titolare, anche la mera aspettativa, purché non si tratti di aspettativa di mero fatto, o di speranze e previsioni generiche d'acquisto.

In ogni caso, le sentenze richiamate hanno comunque il pregio di tradurre, in termini concreti, quell'esigenza di maggior cautela, che contraddistingue la rinuncia al diritto di prelazione di fonte legale.

²⁹¹ Sulla necessità di realizzare «la finalità della legge», in riferimento ad una ipotesi di prelazione agraria, si veda, in giurisprudenza, Cass., 19 gennaio 2007, n. 1192, in *Giust. civ., Mass.*, 2007.

CAPITOLO V

ALTRE VICENDE DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

SOMMARIO: 1. La novazione. – 2. *Datio in solutum*. – 3. La cessione del diritto di prelazione. – 4. La morte del prelazionario quale vicenda modificativa o estintiva.

1. La novazione.

La dinamica giuridica del diritto di prelazione si arricchisce, attraverso il prisma di ogni singola vicenda, di una luce nuova, che consente un'esplorazione più vasta e approfondita di codesto istituto, icasticamente definito «proteiforme»²⁹².

Proseguendo lungo la via così tracciata, pare allora interessante accostare la figura prelatizia a fattispecie ulteriori, ben note nella prassi, e studiare, in tal modo, le reazioni più evidenti.

Nell'intento di dar corso a un simile proposito, sembra di particolare interesse osservare le conseguenze provocate, sulla posizione prelatizia, dal perfezionamento di un negozio novativo.

²⁹² G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 9; v., inoltre, B. BRUGI, voce *Congruo o Protomiseo*, in *Dig. it.*, vol. VIII, P. II, Torino, 1895-1898, p. 27.

Come è ben noto, la novazione rinviene la propria disciplina nelle norme affidate agli articoli 1230-1235 del Codice civile. Norme, che, nel Libro IV, inaugurano il Capo IV del Titolo I, dedicato ai «modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento», il quale contempla, altresì, le fattispecie della remissione, della compensazione, della confusione e della impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. La novazione, quindi, si presenta, nelle sue linee più ariose, come un modo di estinzione non soddisfattorio dell'obbligazione; ciò non di meno, è doveroso chiedersi se la medesima considerazione possa essere spesa nei confronti di un rapporto, tanto peculiare, quanto è quello prelatizio.

Come più volte si è avuto modo di osservare, l'unicità dei caratteri, presentati da codesto, permette, attraverso l'esame dei suoi mutamenti, di esaltare tratti giuridici talvolta trascurati, talaltra inaspettati, e, quasi sempre, lontani dai pre-giudizii maturati in astratto. Lo stesso accade, nuovamente, giustapponendo la figura della prelazione alla fattispecie novativa.

A questo proposito, è utile ricordare come, in via approssimativa, l'obbligazione di preferenza abbia, per oggetto,

due distinte prestazioni²⁹³, la cui importanza non può essere descritta in termini di mera equivalenza, poiché solo l'inadempimento della preminente implica un'autentica insoddisfazione della prelazione.

La prestazione principale, colorata da tratti marcatamente negativi, impone all'obbligato un dovere di non fare, traducibile, di volta in volta, nell'impegno a non alienare, o a non stipulare determinati contratti con i terzi.

La prestazione secondaria, al contrario, è una prestazione di fare, sospensivamente condizionata al realizzarsi della concreta situazione negoziale oggetto di prelazione, che pretende, dall'obbligato, la formulazione di un'offerta contrattuale, da rivolgere al prelazionario, contraddistinta dalle medesime condizioni eventualmente avanzate, in precedenza, dal terzo.

La schematica impostazione, appena riproposta, consente di proiettare la prelazione sul piano, certo preponderante, del dovere di astensione. Dovere, cui l'onerato è tenuto, formalmente fin da subito, a uniformarsi; in concreto, dal

²⁹³ Per un'analisi più dettagliata delle prestazioni prelatizie, e una ricostruzione del rapporto di preferenza in termini di 'fasi', o 'periodi', si veda, *supra*, Capitolo IV, Paragrafo IV.

momento in cui i presupposti negoziali siano venuti a reale esistenza.

Quanto innanzi richiamato rende un'idea precisa dell'obbligazione prelatizia, costantemente attraversata da una prestazione, principale, a esecuzione immediata e prolungata nel tempo, il cui istante iniziale è individuabile nell'istante appena successivo alla costituzione del diritto di preferenza, mentre quello finale coincide con la sua estinzione.

Letta in questa chiave, è chiaro come la prelazione, in una prospettiva squisitamente tecnica, non conosca il suo adempimento nella stipulazione del contratto desiderato dal prelazionario; esso, infatti, è un evento, che, a stretto rigore, fuoriesce dal perimetro formale del rapporto di preferenza, non proponendosi di garantire il suo beneficiario rispetto alla stipulazione di detto contratto, bensì limitandosi a favorirlo, aumentandone le *chances*.

Allo stesso tempo, non è possibile nemmeno sostenere che la soddisfazione dell'obbligo di prelazione si specchi nella *denuntiatio* indirizzata, dall'obbligato, al prelazionario, trattandosi, all'evidenza, di una fase puramente eventuale del rapporto considerato, rispetto alla quale non è ipotizzabile alcun impegno cogente.

Ancóra una volta, quindi, si deve constatare come il contenuto centrale del diritto di preferenza sia di matrice negativa, custodito nell'impegno a non stipulare con i terzi; impegno che, nella cornice appena tratteggiata, non risente mai di un tempo di attesa dell'adempimento. L'inizio dell'esecuzione della prestazione prelatizia coincide, infatti, con l'istante costitutivo del diritto, e si protrae lungo tutta la sopravvivenza del rapporto; il suo inadempimento, di conseguenza, dovrà assumere necessariamente la forma di un'esplicita violazione della posizione di vantaggio così creata.

Quanto osservato consente, in detto contesto, di pensare in modo critico²⁹⁴ alla consolidata classificazione, che risolve il negozio novativo in un modo di estinzione non soddisfacente dell'obbligazione²⁹⁵. Nel perimetro prelatizio, la novazione è, sì, causa estintiva del rapporto; è, sì, vicenda, che, però, interrompe una esecuzione già in essere e perfetta. In altri termini, la novazione estingue un'obbligazione, che, per definizione, è già soddisfatta, o, meglio, in via di costante soddisfacimento.

²⁹⁴ Si leggano i rilievi avanzati da M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 17 ss., e p. 192 ss.

²⁹⁵ Fra tanti, si vedano, almeno, P. RESCIGNO, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, 432 ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 779 ss.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XII, s. d., ma 1995, p. 280 ss. V., inoltre, C. CARACCILO, voce *Novazione*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

Le considerazioni appena svolte meritano, poi, un'ultima precisazione.

Secondo un'interpretazione, che merita di essere condivisa²⁹⁶, i due commi, che compongono l'art. 1230 cod. civ., si prestano ad una lettura unitaria, fissando, nel mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione, e nell'*animus novandi*, i requisiti del negozio novativo.

Ciò non di meno, il semplice richiamo dell'icastica definizione di contratto, scolpita nell'art. 1321 cod. civ., ben dimostra come i privati possano, con un atto di autonomia, modificare il contenuto di un'obbligazione, senza per questo ricorrere, necessariamente, al radicale effetto novativo, testimoniato dall'estinzione dell'originario rapporto obbligatorio e dalla contestuale costituzione del nuovo, che, nella novazione, rintraccia la propria fonte. Lo stesso dicasi con riferimento alla novazione del rapporto prelatizio, che, da questo punto di vista, non presenta eccezioni.

Fatti salvi i casi più evidenti, la distinzione fra le due fattispecie, ancora una volta, non è così netta, e solo un'attenta opera interpretativa può fare luce nella "zona d'ombra", dove i confini appaiono tutt'altro che ben delineati.

²⁹⁶ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 283.

A tal proposito, si presenta di sicura utilità la fissazione di un criterio guida, che, nel contesto novativo, dovrà essere saldamente ancorato al concetto di identità.

Proseguendo il percorso d'indagine così tracciato, potrà parlarsi di mera modificazione, in tutti quei casi, nei quali il rapporto obbligatorio, pur mutato, abbia mantenuto la propria identità giuridica²⁹⁷; il concetto di identità del rapporto obbligatorio assume, in detto modo, la funzione di limite, di confine, oltre il quale l'attività modificativa delle parti sfocia nell'ampio mare della novazione²⁹⁸.

Esprimendo il medesimo concetto diversamente, si può rilevare come il rapporto obbligatorio presenti, in generale, un certo grado di elasticità, di duttilità, del quale le parti possono giovare per adattarne la forma al diverso assetto di interessi, che, nel tempo venga eventualmente a solidificarsi. Come è

²⁹⁷ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 283.

²⁹⁸ Di diverso avviso M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 607, che, in merito all'identificazione di fattispecie novative, pone l'accento esclusivamente sull'*animus novandi*, valorizzandolo in modo pieno e preponderante. A opinione dell'Autore, infatti, «le modificazioni oggettive volontarie possono provocare o meno l'estinzione della precedente e la nascita di una nuova obbligazione. La legge riguarda il fenomeno sotto l'angolo visuale della « novazione », e sembra ricollegare l'effetto estintivo alla volontà delle parti: cosiddetto *animus novandi* (art. 1230, capov., C. Civ.). Essa non sembra, quindi, porre nessuna limitazione all'autonomia dei soggetti, i quali potrebbero apportare la più radicale modificazione all'oggetto, lasciando tuttavia intatto il rapporto obbligatorio, ove faccia difetto l'*animus novandi*. Per il converso, la più minuscola modificazione potrebbe provocare l'effetto estintivo ove sia presente l'*animus novandi*: l'art. 1231 C. Civ. non intende porre alcun limite, ma si muove esclusivamente sul terreno della presunzione dell'*animus novandi*, richiamato dal precedente art. 1230, capoverso».

ovvio, tale grado di duttilità nasconde comunque un punto di rottura, che coincide con il dissolversi dell'identità del negozio giuridico così modificato.

In virtù delle osservazioni svolte, risulta sicuro che non tutte le modificazioni del titolo, o dell'oggetto del rapporto obbligatorio, producano gli effetti propri del contratto novativo.

Per ciò che concerne il diritto di prelazione, di particolare interesse si rivela la possibilità di modificare l'oggetto del rapporto, e, a tal proposito, basti porre in risalto come l'identità dell'obbligazione dovrà ritenersi inalterata in tutti quei casi, nei quali la modifica dell'oggetto non alteri lo scopo economico perseguito, e a prescindere dal fatto che il nuovo oggetto sia della stessa specie alla quale era ascrivibile l'originario²⁹⁹.

D'altra parte, la dottrina ha sempre rifiutato un'interpretazione troppo estesa della novazione, che potesse irrigidire, in modo eccessivo, la capacità di incisione della volontà privata.

Per questo motivo, si è sostenuto come la modificazione novativa debba risolversi in una diversità qualitativa, mentre un mutamento, solo quantitativo, dell'oggetto del rapporto non sarebbe in grado di scalfire il nucleo fondamentale del sistema

²⁹⁹ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 285.

di interessi prestabilito, mancando quella «innovazione radicale» che rivela, fuori di ogni ambiguità, il concretizzarsi di una novazione³⁰⁰.

Tutto quanto considerato legittima una lettura, di tale negozio, nel più vasto orizzonte delle modificazioni dell'obbligazione; lettura, questa, che esalta il ruolo ricoperto dall'*animus novandi*, inteso non più quale descrizione, sul piano soggettivo, di un fenomeno giuridico determinato secondo criteri di obiettività, bensì come vero e proprio elemento qualificante della fattispecie, che concorre, in modo determinante, a fissare il valico di separazione capace di distinguere una vicenda estintiva da una, schiettamente modificativa, del rapporto obbligatorio.

2. *Datio in solutum.*

Un'altra vicenda meritevole di essere indagata, è quella occasionata dalla fattispecie della prestazione in luogo dell'adempimento³⁰¹.

³⁰⁰ A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, cit., p. 813 s.

³⁰¹ Fra tanti, si leggano, almeno, M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, Palermo, 1927; C. GRASSETTI, voce *Datio in solutum (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, s. d., ma 1960, p. 174 ss.; G. ASTUTI, voce *Dazione in pagamento (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, s. d., ma 1962, p. 727 ss.; S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, s. d., ma 1962, p. 734 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987; V. BARBA, *Art. 1197 - Prestazione in luogo*

A questo proposito, la norma racchiusa nel primo comma dell'art. 1197 cod. civ. dispone che «il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita».

Di qui il carattere contrattuale³⁰² della *datio in solutum*, che, in linea di continuità con la fattispecie della novazione, può assumere sostanza di vicenda estintiva del rapporto di prelazione.

La prestazione in luogo dell'adempimento, infatti, può essere ridotta, nelle sue linee essenziali, a negozio giuridico estintivo oneroso, volto, per l'appunto, all'estinzione di un rapporto obbligatorio³⁰³.

A tal proposito, l'art. 1197, primo comma, cod. civ. consente di isolare le tre condizioni, necessarie, cui è sottoposta l'efficacia della *datio in solutum*, riassumibili nella volontà del debitore di effettuare la diversa prestazione al fine di estinguere

dell'adempimento, in *Comm. Cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, p. 543 ss.

³⁰² Si veda R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 249 s., il quale, richiamando l'immagine di un negozio a contenuto reale, ne spiega l'effetto rendendolo in termini di modifica istantanea, definitiva, sia della sfera patrimoniale del debitore, sia di quella del creditore.

³⁰³ S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, cit., p. 737.

l'obbligazione originaria, nell'imprescindibile consenso del creditore e nell'esecuzione effettiva di detta prestazione³⁰⁴.

L'aspetto saliente, che si staglia nella prospettiva dischiusa dal diritto di preferenza, emerge dal mero accostamento, fin quasi ossimorico, delle due figure.

Come si è già avuto modo di osservare, la prelazione è caratterizzata da una matrice schiettamente negativa, che riconosce, nella prestazione di non fare, l'oggetto principale, e preponderante, dell'obbligazione chiamata a dare corso. Ci si deve domandare, allora, se sia possibile prospettare, quale vicenda estintiva di un'obbligazione di non fare, una fattispecie, che, di converso, esige manifestamente, ai fini della liberazione del debitore, l'esecuzione di una prestazione.

A tal proposito, si noti che, a opinione di autorevole dottrina³⁰⁵, l'espressione 'prestazione in luogo dell'adempimento', con cui il Legislatore ha rubricato l'art. 1197 cod. civ., avrebbe ampliato l'area di operatività serbato dalla forma previgente dell'istituto, e racchiusa nella locuzione '*datio in solutum*': codesta, infatti, secondo detto orientamento, avrebbe abbracciato soltanto

³⁰⁴ S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, cit., p. 735.

³⁰⁵ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, p. 146 s.

In termini di perfetta equivalenza, invece, si esprime S. RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, cit., p. 735.

fattispecie di trasferimento della proprietà di cose materiali, senza mai potersi riferire, per l'appunto, a prestazioni di fare, o di non fare.

In ogni caso, il contrasto, sopra prospettato, si giova di semplice apparenza, e si scioglie di fronte al pacato incedere di un'ovvia considerazione.

Anche a fronte di obbligazioni negative, infatti, è ben possibile esprimersi in termini di esecuzione della prestazione; esecuzione che, all'evidenza, si manifesterà nella forma dell'astensione da un certo comportamento. L'idea di esecuzione, in altri termini, non è estranea al novero delle obbligazioni di non fare, e si coagula attorno al mantenimento, da parte del debitore, del comportamento inattivo imposto in virtù del persistere del rapporto obbligatorio.

Dissipati i dubbi di origine semantica, le perplessità, non di meno, si ripropongono, non appena si entri nel merito della dinamica caratterizzante la fattispecie della prestazione in luogo dell'adempimento.

Rimarcata la profonda libertà, che contraddistingue la capacità dispositiva di situazioni giuridiche attribuita, all'autonomia privata, dalla norma racchiusa nell'art. 1321 cod. civ., sembra ragionevole domandarsi quale possa essere una prestazione,

alternativa, in grado di soddisfare un prevalente interesse negativo, del prelazionario, volto a impedire che l'obbligato perfezioni un certo contratto con i terzi.

Come si è constatato in più occasioni, l'obbligazione prelazia è segnata da due distinte prestazioni, sì strettamente correlate, epperò riassumibili in due gradi di valore differenti.

Da un lato, emerge, immediato, l'obbligo di astensione, di non fare; dall'altro, invece, si profila la prestazione attiva, di fare, sintetizzabile nel dovere di *denuntiatio*, e sospensivamente condizionata al realizzarsi dell'occasione concreta di stipulazione del contratto divisato alla nascita della prelazione.

In sede di osservazione della vicenda novativa, si è prescelto di soffermare l'attenzione, esclusivamente, sulla prima di dette prestazioni; la fattispecie della prestazione in luogo dell'adempimento, al contrario, pretende che si esalti il legame dialettico, che le intreccia.

In ogni caso, ancora una volta si deve porre l'accento sul valore, preponderante, del concetto di interesse del prelazionario; interesse che, in relazione alla prima prestazione, può essere definito diretto o immediato, e, in rapporto alla seconda, indiretto, o mediato.

L'interesse mediato insiste nel lungo periodo. In altri termini, è l'interesse capace di racchiudere la finalità soggettiva profonda della prelazione; vale a dire, è l'interesse che, pur non trovando alcun rimedio di imposizione coattiva, chiede (senza poter pretendere) all'obbligato di porre in essere una tipica prestazione di fare – di regola, una prestazione di alienare -, orientando e attribuendo un senso, in tal modo, anche all'interesse, immediato, che anima la prestazione di non fare. Si rivela sicuro, quindi, che la *datio in solutum*, ove intesa quale forma di soddisfazione dell'interesse creditorio, attuata attraverso l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dedotta a oggetto dell'obbligazione originaria, potrà essere annoverata fra le vicende estintive del diritto di preferenza, e riconosciuta in tutte le occasioni, in cui la diversa prestazione, posta in essere dall'obbligato, soddisfi l'interesse mediato del prelazionario, vera fonte, e ragione giustificatrice soggettiva, del rapporto di prelazione.

3. La cessione del diritto di prelazione.

La compiuta elaborazione del concetto dommatico generale di cessione, riferibile tanto a singoli diritti soggettivi, quanto a

situazioni giuridiche complessive (si pensi, a titolo di esempio, alla cessione di un contratto, o alla cessione dei beni ai creditori), è un traguardo raggiunto dalla dottrina moderna, ben lontano da quell'impostazione, romanistica, ineludibilmente condizionata dalla *summa divisio*, sistematica, che separava le *actiones in rem* da quelle *in personam*³⁰⁶.

Lo sforzo, peraltro, non è stato dettato da un semplice impulso razionale, riordinatore delle categorie di riferimento in conseguenza della spiccata ramificazione assunta dalle relazioni interprivate, ma ha permesso di elaborare una visione d'insieme, che, al contempo, tenesse distinte fattispecie radicalmente diverse.

Così, dopo un travaglio di secoli, il Codice civile del 1942 è giunto a un risultato di sicura importanza, collocando la disciplina della cessione dei crediti nella parte generale dedicata al diritto delle obbligazioni, separandola, in tal modo, dalla cessione degli altri diritti, e da quella del contratto³⁰⁷.

Premesso che, per le ragioni innanzi esposte, appare superfluo ragionare circa la possibilità di cessione di un diritto di

³⁰⁶ G. ASTUTI, voce *Cessione (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1960, p. 805.

³⁰⁷ G. ASTUTI, voce *Cessione (storia)*, cit., p. 821.

prelazione legale³⁰⁸ – si pensi soltanto al modo, assolutamente peculiare, con cui il Legislatore ne dispone la nascita e l’attribuzione –, si può affermare come la cessione del diritto di prelazione, di fonte volontaria, rientri, senza dubbio alcuno, nell’ampio *genus* della cessione dei diritti di credito³⁰⁹, che rintraccia la sua disciplina nelle norme, sparse fra gli artt. 1260 ss. cod. civ.

La cessione è un negozio giuridico, che verte su di un rapporto patrimoniale³¹⁰; nel caso di specie, di prelazione. Il cedente e il cessionario, all’evidenza, si accordano per modificare un rapporto patrimoniale, di credito, già in essere, in modo tale che il secondo subentri, al primo, nella posizione di titolarità³¹¹.

In qualità di atto di esercizio della disponibilità del credito, la cessione deve essere collocata nella categoria, più ampia, degli atti di disposizione volontaria dei diritti³¹².

Anche la prelazione volontaria, non integrando, di norma, un diritto strettamente personale, può essere oggetto di cessione,

³⁰⁸ Si leggano, a tal proposito, le considerazioni proposte da M. D’ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 341 ss.

³⁰⁹ In senso implicitamente contrario, si veda V. PANUCCIO, voce *Cedibilità e Cessione di diritti e di situazioni giuridiche*, cit., p. 825, il quale inserisce il patto di prelazione fra le ipotesi di diritti potestativi cedibili.

³¹⁰ V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, vol. VI., Milano, s. d., ma 1960, p. 847.

³¹¹ V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 848.

³¹² A. A. DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. II, Torino, s. d., ma 1988, p. 287.

così come è ricavabile dall'art. 1260 cod. civ. Ciò non ostante, è doverosa una precisazione.

Il diritto di preferenza, pur nella sua autonomia strutturale, sottende una situazione giuridica, obbligatoria, che allude, inevitabilmente, a un orizzonte più vasto.

In altri termini, l'esistenza stessa del diritto di prelazione, nonché la causa del patto di prelazione, possono essere spiegate, e ritenute conformi all'ordinamento giuridico, solo a séguito di un giudizio, di meritevolezza, che, di necessità, deve operare in modo trasversale.

La permanenza di una prelazione si giustifica con la perdurante possibilità, astratta, di concludere il contratto, al quale la medesima si riferisca. Venuta meno detta possibilità astratta, anche la prelazione non ha più ragion d'essere.

Il carattere, quasi simbiotico, appena descritto, riguarda tutti i negozi, *lato sensu*, preparatorii, di regolamenti contrattuali ancora in divenire, e, di necessità, si riflette in molte delle vicende, che possono attraversare il rapporto preliminare.

Lo stesso è a dirsi in tema di cessione: ove non esclusa dal titolo, da cui sia scaturita, la cessione di un diritto di preferenza di fonte volontaria – non connotato da un evidente *intuitus personae* –, potrà sì ammettersi, epperò soltanto se sia cedibile

il contratto, verso il quale la prelazione è protesa, mirando ad agevolarne la stipulazione³¹³.

In ossequio, poi, a quanto disposto dall'art. 1264 cod. civ., la cessione sarà pienamente efficace, nei confronti dell'obbligato, in conseguenza della notifica, o dell'accettazione da parte dello stesso, dell'avvenuta cessione.

Anche prima di tale momento, però, ove si dimostri, in altro modo, che l'obbligato era a conoscenza della cessione prelatizia, una eventuale sua *denuntiatio*, rivolta al precedente prelazionario – oramai cedente –, non avrà alcun carattere liberatorio, dovendo, l'onerato, rivolgere analoga proposta all'ultimo acquirente, adesso prelazionario (art. 1264, secondo comma, cod. civ.).

In ipotesi di cessione, quindi, si avrà una vicenda modificativa soggettiva³¹⁴ del diritto di prelazione, un mutamento della titolarità, mentre il diritto, in sé considerato, continuerà a presentare i medesimi confini segnati, in origine, dalla volontà

³¹³ Si veda R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 359.

³¹⁴ Si legga A. A. DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 287, in cui si afferma che «appare ormai sterile inquadrare la cessione, secondo l'uso ancor oggi corrente nella manualistica, tra le figure di sostituzione soggettiva nel rapporto obbligatorio: la classificazione si basa unicamente sul fatto che il rapporto obbligatorio può permanere nonostante il mutamento dei suoi termini soggettivi; rispetto alla cessione, si risolve perciò nella pura e semplice constatazione, conquista di tempi remoti, della possibilità logica del credito di cambiar titolare».

privata, coerentemente al ben noto brocardo di Ulpiano: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

4. La morte del prelazionario quale vicenda modificativa o estintiva.

La morte è vicenda giuridica per eccellenza. Meglio, è fatto giuridico, che dà movimento a quell'articolato, poliedrico meccanismo, che è convenzionalmente circoscritto, condensato, nella formula 'vicenda successoria'³¹⁵. Il suo avveramento nasconde delicati profili sistematici, che pretendono un esame lontano da facili automatismi.

Da un lato, infatti, la morte segna il mutamento della considerazione che, l'ordinamento giuridico, dedica al patrimonio individuale³¹⁶: da insieme eterogeneo di rapporti, singolarmente considerati, codesto assume la nuova identità di massa, di compendio, di asse; esso perde, in sostanza, la sua natura di complesso (solo) soggettivamente riunificato, per

³¹⁵ Non a caso, il primo paragrafo di P. RESCIGNO, voce *Morte*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1994, p. 459, è intitolato «*Morte della persona e vicenda successoria*».

³¹⁶ Come sostiene P. RESCIGNO, voce *Morte*, cit., p. 461, «la legge considera unitariamente – sotto specie di universalità – il patrimonio della persona defunta ed opera tale riduzione proprio in relazione al fatto della morte. Non è, al contrario, una universalità il patrimonio della persona vivente».

divenire un conglomerato giuridico, nel quale ogni rapporto, pur distinguibile, è parte di una universalità³¹⁷, in senso oggettivo³¹⁸. Da un altro, invece, la morte pone l'interprete di fronte al problema della trasmissione – *rectius*, da altro angolo visuale, della destinazione³¹⁹, della sistemazione³²⁰ – dei beni, e dei rapporti, dei quali il *de cuius* rappresentava il fulcro, esercitandovi una forza giuridica attrattiva.

Il patrimonio del *de cuius*, ormai elevatosi a universalità, rintraccia, nel 'diritto delle successioni'³²¹, quel nucleo di norme atto a disgregarlo nuovamente, ma solo nel momento in cui il

³¹⁷ Come afferma G. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Tratt. dir. Delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 9, «secondo alcuni interpreti, l'eredità è un'universalità di diritto: complesso di rapporti giuridici, anche se di natura diversa, unificati oggettivamente ad opera della legge. Si osserva: più norme lo confermano, ché presuppongono un'unità di destinazione (ad esempio: artt. 460, 528, 556, 642 cod. civ.). Secondo altri interpreti, codesta unitarietà va negata, onde emerga che l'eredità altro non è che una somma di rapporti giuridici, oggettivamente autonomi, annodati tra loro soltanto sul piano soggettivo».

In merito ai principî, che regolano la successione universale, si rivelano sempre attuali, e chiare, le considerazioni di R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*, Messina-Milano, 1935, VII ed., p. 508 ss.

³¹⁸ In altri termini, la forza attrattiva dell'universalità giuridica trascende anche il (e prescinde dal) ruolo, primario, riconosciuto alla volontà individuale. In questa prospettiva, è significativo quanto affermato da G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 8: «l'erede è successore a titolo universale, in quanto succede in *universum ius*, vale a dire in tutti i rapporti giuridici suscettibili di trasmissione», compresi «quelli eventualmente ignorati dal defunto o sorti dopo la confezione del testamento»; il legatario, invece, è colui, il quale succede nel solo rapporto individuato dal *de cuius*, e «la sua vicenda successoria, pertanto, non si estende ad altri rapporti, né attivi né passivi».

³¹⁹ P. RESCIGNO, voce *Morte*, cit., p. 459.

³²⁰ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 2.

³²¹ Si legga G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 1, in cui si afferma: «con l'espressione «diritto ereditario», e con quelle, equivalenti, «diritto delle successioni per causa di morte» o, semplicemente, «diritto delle successioni», si indica l'insieme delle norme poste a disciplina della sorte dei titolari dei medesimi. Le sue regole, pertanto, sono dirette ad assicurare la continuità nei rapporti, attivi e passivi, già facenti capo al defunto».

rapporto, oggetto di successione, rinvenga un nuovo centro di imputazione, attorno al quale orbitare.

Riferirsi ai concetti di destinazione, o di «sistemazione delle posizioni giuridiche di un soggetto che muore»³²², in vece di quello, ben più specifico, di ‘trasmissione’, tradisce uno dei profili più schivi della materia ereditaria.

Non tutti i rapporti, infatti, sono trasmissibili; alcuni sono imprescindibilmente vincolati all’elemento della personalità del *de cuius*. Altri ancora, invece, pur in apparenza dovuti al fenomeno successorio, si ricollegano a questi solo in via indiretta, sorgendo, *iure proprio*, in capo a soggetti, i quali vantavano una (legalmente) determinata posizione di vicinanza rispetto al *de cuius* (si pensi alle ipotesi di successione così detta ‘anomala’).

Quanto innanzi premesso suggerisce il quesito, al quale, in questa sede, si intende dar risposta. In altri termini, suscita l’interrogativo se il diritto di prelazione, e, con esso, il rapporto di prelazione, entri a far parte di quella massa, ereditaria, della cui trasmissione si occupa il diritto delle successioni.

³²² G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 2.

Per dare soddisfazione a una domanda di tal fatta, è necessaria chiarezza circa i rapporti sopravvivenenti alla morte del loro titolare, divenendo oggetto di successione ereditaria.

In linea generale, è ben noto come i rapporti trasmissibili siano, di regola, solo quelli patrimoniali, purché non connotati da un carattere strettamente personale³²³.

Alcuni di essi, peraltro, non possono continuare oltre la morte del loro titolare in virtù dell'accentuato elemento fiduciario, inesorabilmente atto a caratterizzarli (si pensi, a titolo di esempio, alla norma, pur derogabile, racchiusa dall'art. 1722, n. 4, cod. civ., in merito alle conseguenze dell'evento morte sul rapporto di mandato); altri, invece, sono compatibili con il tempo che segue la dipartita del soggetto, al quale si riferivano, ma ne escono comunque indeboliti, essendo prevista un'eccezionale possibilità di recesso (a titolo di esempio, basti richiamare quanto disposto, dall'art. 1614 cod. civ., in tema di locazione).

Alla luce di tali considerazioni, è evidente che il problema di una successione *mortis causa* non si ponga in rapporto alle

³²³ Come afferma R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*, cit., p. 509, «alla universalità dell'acquisto non nuoce che uno o più rapporti singoli siano stati attribuiti ad altri; e non nuoce neppure che uno o più non siano capaci di trasmissione. Passano all'erede, s'intende, solo quelli trasmissibili, cioè di regola i soli patrimoniali, ma da questi sono eccettuati quelli che abbiano stretto carattere personale (ad es. l'uso, l'usufrutto, l'obbligazione alimentare)».

prelazioni di matrice legale. Come già si è avuto modo di osservare, la prelazione legale è riconosciuta dall'ordinamento giuridico in presenza di determinati requisiti, soggettivi e oggettivi, e al di fuori di alcuna dinamica privatistico-successoria.

Una riflessione diversa, invece, deve essere riservata alla prelazione di fonte volontaria³²⁴.

A tal proposito, infatti, è intuitivo rilevare come il diritto di prelazione, e, con esso, il rapporto di prelazione, non siano, di regola, contraddistinti da un profilo di stretta personalità³²⁵, e, per ciò solo, se ne deve affermare, con sicurezza, la trasmissibilità.

In altri termini, e in linea di massima, il diritto di prelazione entra a far parte, come gli ordinari diritti di credito, del patrimonio del prelazionario, vivendone le medesime vicende ereditarie.

Ciò non di meno, nulla osta a che la fase costitutiva di un diritto di prelazione possa plasmarne il consequenziale rapporto in modo più dettagliato, arricchendolo, a modo di esempio, di un

³²⁴ Si leggano, sul punto, le osservazioni di G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 154 ss.

³²⁵ Si veda G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 155.

tratto di stretta personalità. Si tratta, in sostanza, di una schietta *quaestio voluntatis*³²⁶.

In tal senso, quindi, la prelazione volontaria non sarà trasmissibile quando ciò sia escluso, implicitamente o esplicitamente, dal titolo, cui afferisca³²⁷: in ipotesi di esclusione esplicita, non si porrà dubbio alcuno; nelle altre, invece, sarà necessario prestare particolare attenzione, in sede interpretativa, all'eventuale *intuitus personae*³²⁸, che ne abbia accompagnato la costituzione.

Ne discende, pertanto, che la morte, intesa come fatto giuridico, implica una vicenda del rapporto di prelazione, di volta in volta modificativa o estintiva.

Servendosi di termini più precisi, si può rilevare come, di regola, la morte dia corso a una vicenda soggettivamente modificativa del rapporto di prelazione volontaria, ossia in tutti quei casi, nei quali non vi sia motivo per sostenerne l'intrasferibilità; ove, invece, l'elemento di stretta personalità si stagli sullo sfondo del rapporto prelatizio, dall'evento-morte

³²⁶ Così, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 157.

³²⁷ Si legga quanto affermato da R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 359.

³²⁸ Come osserva R. SACCO, *La prelazione*, cit., p. 359, si deve «tener conto dell'intuitus che potrebbe aver dominato la stipulazione: intuito della persona, o anche intuito di una sua qualità (vicino di casa, comproprietario, consocio, ecc.)».

non potrà che scaturire una vicenda estintiva della prelazione stessa.

Alle medesime conclusioni, peraltro, si deve pervenire in caso di dichiarazione di morte presunta. Come giustamente si osserva in dottrina³²⁹, e in giurisprudenza³³⁰, infatti, la dichiarazione di morte presunta si riduce, in sostanza, a un diverso modo – indiretto – di accertamento del fatto naturale della morte, operato dal giudice e fondato su indizii e presunzioni.

³²⁹ Si veda P. ZATTI, *Valutazione di probabilità e di opportunità nella dichiarazione di morte presunta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 1245.

In relazione al tema della morte presunta, permane fondamentale il contributo di M. GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943, *passim*.

³³⁰ Si veda, a titolo di esempio, Cass., 18 febbraio 1956, n. 476, in *Foro it.*, 1956, vol. I., c. 319, la quale afferma come la sentenza dichiarativa di morte presunta non costituisca e non crei uno stato giuridico, ma si esaurisca nella constatazione di un fatto naturale, che, di solito, è accertato in altre forme; per questa ragione, gli effetti della dichiarazione di morte presunta non sono tanto ricollegabili all'autorità della sentenza e alla forza del suo giudicato, bensì all'intrinseca natura dell'oggetto stesso dell'accertamento.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Prelazione e retratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Milano, 1988.

ALLARA, M., *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, Palermo, 1927.

ALLARA, M., *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, Torino, 1939.

ALLARA, M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952.

ALLARA, M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, ristampa a cura di N. Irti, Torino, 1999.

ARDIZZONE, U., voce *Istituto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, s. d., ma 1963, p. 239 ss.

ASTUTI, G., voce *Cessione (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1960, p. 805 ss.

ASTUTI, G., voce *Dazione in pagamento (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, s. d., ma 1962, p. 727 ss.

ATLANTE, N., *Il diritto di prelazione del coerede*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. II, Padova, 1994, p. 58 ss.

AULETTA, G., *Istituzioni di diritto privato. Parte generale*, Napoli, 1946.

AZZARITI Giu., *In tema di retratto successorio*, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 111 ss.

BARASSI, L., *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1944, II ed.

BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948.

BARBA, V., *Art. 1197 – Prestazione in luogo dell'adempimento*, in *Comm. Cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, p. 543 ss.

BARELA, M., *Godimento e amministrazione dei beni ereditari*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 58 ss.

BASINI, G. F., *Le promesse premiali*, Milano, 2000.

BASINI, G. F., *La comunione ereditaria. Nozione e natura*, in G. BONILINI, G. F. BASINI, M. PROTO, C. COPPOLA, A. ALBANESE, M. BARELA, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. di dir. civ. del Cons. Naz. del Notar.*, dir da P. Perlingieri, vol. VIII, t. 7, Napoli, 2013.

BENEDETTI, G., *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, P. I, p. 893 ss.

BENEDETTI, G., *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e retratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Milano, 1988, p. 3 ss.

BENEDETTI, G., *Delle sostituzioni*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, vol. V, Padova, 1992.

BETTI, E., *Diritto romano*, vol. I, *Parte generale*, Padova, 1935.

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. XV, t. II, Torino, 1943 (Napoli, 1994, rist. II ed.).

BOCCHINI, F., *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977.

BONILINI, G., *La prelazione volontaria*, Milano, 1984.

BONILINI, G., *La trasformazione del bene oggetto di prelazione*, in *Contratti*, 1995, p. 451 ss.

BONILINI, G., *La rinunzia al diritto di prelazione ereditaria*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1339 ss.

BONILINI, G., *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 9 ss.

BONILINI, G. – COPPOLA, C., *Il retratto successorio*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 99 ss.

BONILINI, G., *La rinunzia al diritto di prelazione ereditaria, e di retratto successorio*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, p. 163 ss.

BONILINI, G., *Il diritto reale di usufrutto. I suoi caratteri*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, dir. da G. Alpa, G. Bonilini, U. Breccia, O. Cagnasso, F. Carinci, M. Confortini, G. Cottino, A. Iannarelli, M. Sesta, t. I, Torino, 2010, p. 5 ss.

BONILINI, G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, s. d., ma 2014, VII ed.

BOZZI, A., voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Torino, s. d., ma 1968, p. 1140 ss.

BRASIELLO, U., voce *Obbligazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 555 ss.

BRECCIA, U., *Buona fede e patto di prelazione*, in *Foro it.*, 1968, P. I, c. 2283 ss.

BRUGI, B., voce *Congruo o Protomiseo*, in *Dig. it.*, vol. VIII, P. II, Torino, 1895-1898, p. 27 ss.

BRUNO, T., *Codice civile del Regno d'Italia illustrato con le principali decisioni delle Corti del Regno per cura di T. Bruno*, Firenze, 1895, IV ed.

CAGNASSO, O., *Diritto di prelazione e patto di preferenza nella somministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 49 ss.

CANTARELLA, E., voce *Obbligazione (diritto greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 546 ss.

CAPRIOLI, S., *Visioni e revisioni storiografiche*, in *Prelazione e retratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Milano, 1988, p. 654 ss.

CARACCILOLO, C., voce *Novazione*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948 (rist. Napoli, 2011).

CARIOTA FERRARA, L., *Trasmissibilità del diritto di prelazione ai successori a titolo universale del coerede*, in *Foro it.*, 1951, c. 116 ss.

CARIOTA FERRARA, L., *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977.

CARNELUTTI, F., *Appunti sul patto di prelazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p. 56 ss.

CARNELUTTI, F., *Arte del diritto*, Padova, 1949.

CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

CARPINO, B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977.

CASAROTTO, G. G., *La prelazione agraria. Lineamenti dell'istituto. Dottrina e giurisprudenza*, Padova, 1980.

CASTELLI, G. A., *Indice ragionato delle materie contenute nel Codice civile generale austriaco confrontato colle Leggi Romane e col già Codice Civile d'Italia, non che colle Risoluzioni Sovrane, coi Decreti del Supremo Tribunale di Giustizia e di altri Dicasteri Aulici, colle Ordinazioni dell'I. R. Governo, e colle Circolari a stampa dell'I. R. Tribunale d'Appello Generale in Milano, che hanno rapporto col sudd. Codice della Monarchia Austriaca*, Milano, 1833.

CATRICALÀ, A., voce *Patto di preferenza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, s. d., ma 1982, p. 511 ss.

CICU, A., *La divisione ereditaria*, Milano, 1948.

CICU, A., *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, dir da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, II ed.

COPPOLA, C., *Divisione ereditaria, e prelazione legale nell'impresa familiare*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, p. 398 ss.

COPPOLA, C., *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 71 ss.

COPPOLA, C., *La rinuncia al diritto di prelazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 92 ss.

CORSARO, L., *La prelazione agraria. Repertorio di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Milano, 1982.

COVIELLO, L., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, vol. III., P. 2, Milano, 1902.

CROCE, B., *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale*, Bari, 1928, VI ed.

D'ORAZI, M., *Contributo alla teoria del diritto di prelazione*, vol. I, Milano, 1947.

D'ORAZI, M., *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950.

DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, III ed., 1979.

DE CUPIS, A., *Sul fondamento giustificativo della prelazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 328 ss.

DE CUPIS, A., *Sull'applicabilità della prelazione ereditaria all'erede del coerede*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, P. II, p. 613 ss.

DE FEO, I., *Croce. L'uomo e l'opera*, Verona, 1975.

DE MARTINI, A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950.

DE MARTINIS, P., *La responsabilità del promittente nella prelazione volontaria*, Milano, 2012.

DE MARTINIS, P., *Rinuncia « preventiva » alla prelazione legale e nullità « virtuale »*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 715 ss.

DOLMETTA, A. A., voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. II, Torino, s. d., ma 1988, p. 287 ss.

DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*, Messina-Milano, 1935, VII ed.

DI ROSA, G., *Diritto di prelazione e circolazione dei beni*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2011, P. II, p. 527 ss.

DURANTE, V., voce *Prelazione e riscatto. III) Retratto successorio*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

FARACE, D., voce *Prelazione e riscatto. III) Retratto successorio*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, s. d., ma 1990, p. 1 ss.

FERRI, G. B., *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, II ed.

FORCHIELLI, P. – ANGELONI F., *Della divisione. Artt. 713 – 768 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, II ed., p. 233 ss.

FRANZONI, M., *La responsabilità precontrattuale è, dunque,.... “contrattuale”?*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 283 ss.

FURGIUELE, G., *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984.

GABRIELLI, G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.

GABRIELLI, G., voce *Prelazione (patto di)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, s. d., ma 1990, p. 1 ss.

GABRIELLI, G., voce *Contratto preliminare. I) Diritto civile. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, s. d., ma 1997, p. 1 ss.

GABRIELLI, G. – FRANCESCHELLI, V., voce *Contratto preliminare. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, s. d., ma 1988, p. 1 ss.

GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, II ed., p. 203 ss.

GALLO, P., voce *Prelazione*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, s. d., ma 1996, p. 168 ss.

GAMBARO, A., voce *Emulazione*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 440 ss.

GAMBARO, A., *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. VIII, t. II, Milano, 1995, p. 739 ss.

GANGI, C., *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, vol. III, Milano, 1947.

GARDANI CONTURSI LISI, L., *La compravendita*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dir. da W. Bigiavi, Torino, 1970, p. 314 ss.

GIACOBBE, G., voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, s. d., ma 1969, p. 74 ss.

GIANNATTASIO, C., *Delle successioni. Divisione. Donazione (artt. 713-809 cod. civ.)*, in *Comm. cod. civ.*, redatto a cura di magistrati e docenti, Libro II, t. III, Torino, 1980, II ed., p. 70 ss.

GIAMPICCOLO, G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIORGIANNI, M., *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943.

GIORGIANNI, M., voce *Causa*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1960, p. 565 ss.

GIORGIANNI, M., voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 606 ss.

GORLA, G., *Precedenti giudiziali sulla trasmissibilità e sul termine dell'obbligazione pattizia di prelazione e su alcune questioni connesse*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1966, c. 49 ss., e 1967, c. 97 ss.

GRASSETTI, C., voce *Datio in solutum (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, s. d., ma 1960, p. 174 ss.

GRECO, P., – COTTINO, G., *Della vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972, rist. I ed.

GUALAZZINI, U., voce *Obbligazione (diritto intermedio)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 570 ss.

GUGLIELMETTI, G., *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961.

IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967.

IRTI, N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990.

IRTI, N., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, in M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, ristampa a cura di N. Irti, Torino, 1999.

IRTI, N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

IRTI, N., *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011.

IUDICA, G., *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, P. II, p. 478 ss.

LOI, M. L., voce *Retratto successorio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 25 ss.

MACIOCE, F., voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, s. d., ma 1989, p. 923 ss.

MAGAZZÙ, A., voce *Novazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 779 ss.

MAIORCA, C., voce *Vicende giuridiche*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XX, Torino, s. d., ma 1975, p. 692 ss.

MARTINES, M. P., *La clausola di prelazione*, Padova, 2010.

MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1952, VIII ed.

MESSINEO, F., voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, s. d., ma 1962, p. 166 s.

MORA, A., *Il contratto di divisione*, Milano, 1995.

MORELLO, U., *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 441 ss.

MORELLO, U., *Frode alla legge*, Milano, 1969.

MORELLO, U., voce *Frode alla legge*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ, vol. VIII, Torino, s. d., ma 1992, p. 504 ss.

MOSCARINI, L. V., voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, s. d., ma 1985, p. 981 ss.

MOSCARINI, L. V., *Riflessioni conclusive: categorie civilistiche della prelazione*, in *Prelazione e retratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Milano, 1988, p. 702 ss.

MOSCARINI, L. V., voce *Rinunzia*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 6 ss.

NAVARRETTA, E., *Commento all'art. 1344*, in *Commentario del Codice civile*, dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, vol. I, *Artt. 1321 – 1349*, Torino, 2011.

NICOLÒ, R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

NICOLÒ, R., *Sulla riforma del diritto successorio (note al progetto del Libro III del codice civile)*, Catania, 1937, p. 92 ss.

NICOLÒ, R., voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in R. NICOLÒ, *Raccolta di scritti*, t. III, Milano, 1993.

ORLANDI, M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, P. II, p. 153 ss.

PANUCCIO, V., voce *Cedibilità e Cessione di diritti e di situazioni giuridiche*, in *Enc. dir.*, vol. VI., Milano, s. d., ma 1960, p. 825 ss.

PANUCCIO, V., voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, vol. VI., Milano, s. d., ma 1960, p. 847 ss.

PATTI, S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, Torino, s. d., ma 1987, p. 2 ss.

PEREGO, E., *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.

PEREGO, E., *La disciplina della prelazione convenzionale e le prelazioni legali*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, P. I, p. 157.

PERLINGIERI, P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.

PERLINGIERI, P., *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, P. I, p. 393 ss.

PROTO, M., *L'usufrutto e gli altri diritti di godimento*, in *Usufrutto, uso, abitazione*, a cura di G. Bonilini, in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, dir. da G. Alpa, G. Bonilini, U. Breccia, O. Cagnasso, F. Carinci, M. Confortini, G. Cottino, A. Iannarelli, M. Sesta, t. I, Torino, 2010, p. 39 ss.

PROTO, M., *I soggetti della comunione ereditaria*, in G. BONILINI, G. F. BASINI, M. PROTO, C. COPPOLA, A. ALBANESE, M. BARELA, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. di dir. civ. del Cons. Naz. del Notar.*, dir da P. Perlingieri, vol. VIII, t. 7, Napoli, 2013, p. 15 ss.

PUGLIATTI, S., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962.

PULEO, S., *I diritti potestativi. (Individuazione delle fattispecie)*, Milano, 1959.

RESCIGNO, P., voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1965, p. 432 ss.

RESCIGNO, P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.

RESCIGNO, P., voce *Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, s. d., ma 1979, p. 204 ss.

RESCIGNO, P., voce *Morte*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. XI, Torino, s. d., ma 1994, p. 459 ss.

RICCA, L., voce *Fedecommesso*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, s. d., ma 1986, p. 116 ss.

RIZZO, F., *L'oggetto della promessa di prelazione*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, vol. II, Napoli-Roma, 2009, p. 143 ss.

ROCCA, G., *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 409 ss.

RODOTÀ, S., voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, s. d., ma 1962, p. 734 ss.

ROMAGNOSI, G. D., *Discorso di Giandomenico Romagnosi professore di Diritto civile nella Reale Università di Pavia sulla questione Quale sia il Governo più adatto a perfezionare la Legislazione Civile*, Milano, 1808, II ed.

ROMANO, Salv., voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, p. 167 ss.

ROMANO, Salv., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. di dir. civ.*, dir. da G. Frosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1960, p. 125 ss.

ROMANO, Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalt., Milano, 1983

ROPPO, V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, II ed.

ROSSI, G., *La prelazione e il retratto*, Padova, 2011.

RUBINO, D., *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, II ed.

SACCO, R., *La prelazione*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, t. II, Torino, 2004, III ed., p. 341 ss.

SANTORO – PASSARELLI, F., *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, *Dottrine generali*, Napoli, 1945, II ed.

SANTORO – PASSARELLI, F., *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 697 ss.

SCHUERMANS, L., *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, P. II, p. 620 ss.

SICCHIERO, G., voce *Rinuncia*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, s. d., ma 1998, p. 652 ss.

SIRGIOVANNI, B., *Prelazione legale e acquisto della proprietà*, Milano, 2012.

TAMBURRINO, G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.

TAMBURRINO, G., voce *Patto di opzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, s. d., ma 1965, p. 725 ss.

TAMPONI, M., voce *Prelazione agraria*, in *Dig. Disc. priv. Sez. civ.*, vol. XIV, Torino, s. d., ma 1996, p. 178 ss.

TAMPONI, M., *Prelazioni legali a confronto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 851 ss.

TRIMARCHI, G. A. M., *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, in *Notar.*, 1998, p. 337 ss.

TRIOLA, R., *La prelazione volontaria (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Vita not.*, 1983, I, p. 844 ss.

TROISI, B., *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 580 ss.

TULLIO, A. *La tutela dei diritti dei legittimarî*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p.373 ss.

VENERI, C., *Della prelazione tra coeredi e del retratto successorio*, Milano, 1969.

VETTORI, G., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988.

VETTORI, G., *L'efficacia rispetto ai terzi della prelazione convenzionale*, in *Prelazione e retratto. Seminario diretto da G. Benedetti e L. V. Moscarini*, Milano, 1988, p. 585 ss.

VITALI, V., *Delle successioni legittime e testamentarie*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Fiore, *Parte nona. Delle successioni*, vol. IV, Napoli-Torino, II ed., 1909.

VITUCCI, P., *La prelazione e le prelazioni*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 803 ss.

VITUCCI P., *Sul fondamento della prelazione successoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 606 ss.

ZACCARIA, A., *La prestazione in luogo di adempimento. Fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987.

ZACCARIA, A., voce *Novazione*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*,
vol. XII, s. d., ma 1995, p. 280 ss.

ZATTI, P., *Valutazione di probabilità e di opportunità nella
dichiarazione di morte presunta*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*,
1970, p. 1245 ss.