

Diritto di prelazione

La circolazione immobiliare e il diritto di prelazione

di Federico Crivellari

Il contributo prende in esame - nell'ambito della circolazione immobiliare - le principali figure di prelazione conosciute dal nostro ordinamento e, nell'ottica dell'attività notarile, analizza le problematiche ad esse connesse e le soluzioni proposte dalla dottrina e alla giurisprudenza, al fine di offrire un agile strumento agli operatori giuridici.

1. Generalità

Nel quotidiano svolgimento delle sue funzioni in ambito di contrattazione immobiliare, il Notaio deve spesso rivolgere la sua attenzione al diritto di prelazione, che può definirsi come il diritto di un soggetto ad essere preferito ad ogni altro, a parità di condizioni, nel caso in cui la persona soggetta alla prelazione stessa dovesse decidersi a stipulare un determinato contratto (1).

È importante osservare fin da ora che il diritto di prelazione non pregiudica la libertà del soggetto passivo, né per quanto riguarda la conclusione del futuro contratto, né per quanto riguarda il contenuto dello stesso; tale soggetto è infatti obbligato esclusivamente a preferire il c.d. prelazionario nel caso in cui decida di porre in essere un determinato negozio alle condizioni da lui stesso stabilite.

Si è osservato (2) che dalla prelazione non nasce l'obbligo a contrarre, ma nascono altri due diversi obblighi: uno a carattere positivo, consistente nell'obbligo di comunicare al prelazionario l'intenzione di concludere un contratto a determinate condizioni (c.d. *denuntiatio*), e uno a carattere negativo, consistente nel non stipulare tale contratto con terzi prima della scadenza del termine assegnato per l'esercizio della prelazione.

La Corte di Cassazione (3) ha sottolineato che il diritto di prelazione limita solo le modalità di esercizio del potere di alienazione del soggetto vincolato (senza alcun pregiudizio per la sua libertà di decidere l'alienazione o meno del bene) e non anche le facoltà di godimento della cosa, la quale può pertanto essere liberamente trasformata o modificata.

Il legislatore non ha dettato una norma che definisca unitariamente l'istituto della prelazione, ma ha previsto nel Codice Civile e in altre leggi speciali una serie di norme che disciplinano specifiche ipotesi di prelazione, che vengono comunemente definite prelazioni legali.

È tuttavia pacificamente ammesso che le parti possano convenire di riconoscere ad una di esse il diritto di essere preferita nell'eventuale futura conclusione di un de-

terminato contratto, e ciò in omaggio al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.: è questa la c.d. prelazione volontaria.

Nel lavoro che segue si cercherà di offrire all'operatore giuridico un'agile strumento per individuare rapidamente le figure di prelazione conosciute dal nostro ordinamento e le problematiche che le riguardano, evidenziando gli aspetti che più interessano l'attività notarile.

2. La prelazione volontaria

Nell'ambito della prelazione volontaria assume rilevanza il c.d. patto di prelazione, ossia la convenzione con la quale un soggetto (promittente) si obbliga a preferire un altro soggetto (promissario o prelazionario) rispetto ad altri, a parità di condizioni, nel caso in cui decida di concludere un determinato contratto (4).

Il patto di prelazione è previsto espressamente solo all'art. 1566 c.c. in tema di somministrazione, ma la sua generale ammissibilità discende dal principio sancito dall'art. 1322 c.c., in base al quale le parti hanno il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.

Sono le parti, nella loro autonomia, a stabilire quali siano i presupposti e le modalità di applicazione della prelazione volontaria; esse potrebbero ad esempio convenire che il diritto *de quo* scatti anche nell'ipotesi di donazione del bene, prevedendo che il prelazionario paghi un prezzo calcolato secondo delle modalità prefissate dalle stesse.

La prelazione volontaria viene generalmente definita "patto di prelazione" quando la pattuizione accede ad

Note:

(1) A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 520.

(2) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 866.

(3) Cass. 22 luglio 1993, n. 8199, in *Vita not.*, 1994, I, 215.

(4) Aa.Vv., *Dizionario giuridico del notariato*, Milano, 2006, 749.

un contratto principale (ad esempio quando in un contratto di compravendita l'acquirente si obbliga a preferire il venditore nel caso in cui decida di rivendere il bene acquistato); viene invece definita "contratto di prelazione" quando consiste in una stipulazione di per sé autonoma (quando cioè due soggetti convengono che qualora uno di essi decida di vendere un bene preferisca l'altro). Nel prosieguo della trattazione, per comodità di esposizione, si farà riferimento al solo patto di prelazione, volendo tuttavia richiamare entrambe le figure di prelazione volontaria indicate.

Va poi osservato che la prelazione volontaria può trovare la sua fonte non solo in un atto *inter vivos*, ma anche in una disposizione testamentaria, la quale generalmente consiste in un legato obbligatorio atipico (5).

La prelazione volontaria opera esclusivamente su un piano obbligatorio (6): in caso di inadempimento da parte del promittente, il prelazionario avrà diritto solo al risarcimento del danno e non avrà il diritto di riscatto come invece accade generalmente, ma non sempre (7), per le prelazioni legali.

Né si ritiene comunemente che le parti possano in qualche modo imprimere a tale rapporto un'efficacia reale, in quanto altrimenti verrebbe violato il principio del *numerus clausus* dei diritti reali; secondo la Suprema Corte l'eventuale trascrizione del patto di prelazione "nulla aggiunge alla sua ordinaria efficacia obbligatoria e non può, quindi, rendere opponibile al terzo acquirente il diritto (ad essere preferito) del promissario, che, in ipotesi di inadempimento del promittente, può solo agire contro di lui per il risarcimento del danno" (8).

Autorevole dottrina (9) ritiene tuttavia ammissibile la previsione di una condizione risolutiva che garantisca il rispetto dell'obbligo assunto con il patto di prelazione: ad esempio un soggetto vende un bene ad un altro, il quale si obbliga a preferire il primo nel caso in cui decida di rivendere lo stesso bene; a garanzia di tale obbligo, la compravendita viene risolutivamente condizionata al mancato rispetto del patto di prelazione da parte dell'acquirente. A sostegno di tale opinione l'Autore osserva che, pur essendo vero che in tal modo il patto acquista efficacia nei confronti dei terzi, è altrettanto vero che ciò si verifica ogni qualvolta viene utilizzato il meccanismo della condizione, che, per sua natura, ha retroattività reale.

Appare a questo punto opportuno soffermarsi sul problema della natura giuridica del patto di prelazione, elencando brevemente le principali teorie che sono state proposte.

Secondo un'opinione superata (10) il patto di prelazione andrebbe inquadrato nell'ambito dell'opzione; in contrario si può tuttavia agevolmente osservare che la figura in esame attribuisce al prelazionario il diritto ad essere preferito nella (ulteriore) stipulazione di un futuro eventuale contratto, mentre nell'opzione il futuro contratto si perfezionerà con la semplice accettazione da parte dell'oblato.

Secondo una diversa teoria seguita dalla dottrina meno recente (11) e ripresa dalla giurisprudenza (12) il patto di prelazione consisterebbe in un contratto preliminare unilaterale sottoposto a condizione sospensiva potestativa: oggetto del preliminare sarebbe la stipula di un determinato futuro contratto con il prelazionario e l'evento dedotto in condizione sarebbe la decisione da parte del promittente di vendere.

In contrario si rileva però che il preliminare, anche se unilaterale, obbliga almeno una delle parti a contrarre, mentre il patto di prelazione obbliga solo a preferire; si aggiunge che tale condizione si potrebbe verificare solo con l'inadempimento del promissario, e sarebbe perciò assurdo ritenere che l'efficacia del negozio sia condizionata sospensivamente al suo inadempimento.

Appare perciò preferibile la teoria seguita dalla dottrina prevalente (13) e da altra parte della giurisprudenza (14) secondo la quale il patto di prelazione rappresenta un vero e proprio contratto *sui generis*, avente ad oggetto non l'obbligo di stipulare un determinato contratto, bensì l'obbligo di preferire ed il divieto di contrarre con altri se prima non si è adempiuto agli obblighi derivanti dal patto stesso.

Per quanto riguarda la forma della figura in esame, occorre distinguere il c.d. patto di prelazione in senso stretto dal c.d. contratto di prelazione.

È evidente che nel primo caso la forma della clausola di prelazione sarà la medesima di quella richiesta dalla legge per il contratto principale.

Più complessa appare invece la soluzione nel caso in cui il diritto di prelazione derivi da un negozio autonomo.

I fautori della tesi che riconduce il patto di prelazione al *genus* del preliminare unilaterale sostengono coerentemente che vada applicato l'art. 1351 c.c., secondo il quale il contratto preliminare deve rivestire, a pena di nullità, la stessa forma richiesta per il contratto definitivo.

Note:

(5) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 425.

(6) Si ricorda che in ambito societario la dottrina prevalente ritiene invece che se il patto di prelazione riguarda l'acquisto di azioni di s.p.a. o quote di s.r.l. e viene inserito nello statuto sociale, tale patto acquista efficacia reale (anche se si tratterebbe di efficacia reale *sui generis*, in quanto viene generalmente escluso che un'eventuale violazione del diritto di prelazione riconosca al socio leso un vero e proprio diritto di riscatto, stante il carattere eccezionale di tale figura); cfr. Di Sabato, *Il diritto delle società*, Milano, 2003, 212.

(7) Cfr. M. Ceolin, *Manuale del notaio*, Torino, 2007, 92, nota 2.

(8) Cass. 13 maggio 1982, n. 3009, in *Giust. civ.*, 1982, 3085.

(9) G. Bonilini, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, 191.

(10) Cfr. M.C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 167.

(11) D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1962, 99.

(12) Cfr. Cass. 24 marzo 1998, n. 3091.

(13) C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 267; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 211.

(14) Cfr. Cass. 12 aprile 1999, n. 3571, in *Riv. not.*, 1999, II, 1283.

Questa tesi è stata giustamente criticata da coloro che escludono ogni possibilità di identificare la figura *de qua* in un preliminare: si afferma (15) che, trattandosi di un contratto *sui generis*, vale il principio generale della libertà di forma, anche se appare certamente più opportuno, soprattutto a fini probatori, rispettare certi requisiti formali.

È altresì vivamente discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza, se sia valido un patto di prelazione concluso senza limiti di tempo (16).

Secondo parte della dottrina (17), poiché il patto di prelazione comporta un vincolo di alienazione, deve applicarsi l'art. 1379 c.c., con la conseguenza che il patto sarà valido solo se contenuto entro convenienti limiti di tempo e se risponde ad un apprezzabile interesse di una delle parti.

Altra parte della dottrina (18) ritiene invece che vada applicato l'art. 1566 c.c., previsto in tema di somministrazione, e che conseguentemente il limite massimo del patto di prelazione sia di cinque anni.

Prevale tuttavia, in dottrina (19) ed in giurisprudenza (20), la tesi secondo la quale il patto di prelazione può essere stipulato senza limiti di tempo, in quanto tale patto non incide sulla libera disponibilità del bene da parte del proprietario, ma ne fissa solo le modalità; né può trovare applicazione l'art. 1566 c.c., in quanto tale norma si fonda sul limite temporale al divieto di concorrenza (valido per la somministrazione, non per la prelazione in generale) (21).

La portata del sacrificio assunto dal promittente con il patto *de quo*, porta inoltre a chiedersi se sia ammissibile un c.d. contratto di prelazione gratuito, ovvero sia stipulato senza la previsione di un corrispettivo.

Secondo una certa opinione (22) il patto di prelazione senza corrispettivo deve ritenersi privo di causa qualora non sia sorretto da un evidente interesse del promittente e non rivesta la forma prescritta per la donazione.

Secondo l'orientamento che a nostro parere appare preferibile (23) la fattispecie in esame va invece fatta rientrare nell'ambito dell'art. 1333 c.c., visto che il patto di prelazione comporta obbligazioni per una sola parte, dando così vita ad un contratto unilaterale che si perfeziona con il mancato rifiuto della controparte, a prescindere dalla forma dell'atto pubblico. Si osserva infatti che il patto di prelazione gratuito non configura una donazione, in quanto non comporta un arricchimento del donatario ed un impoverimento del donante: nella fattispecie non si è dunque in presenza di una liberalità, ma di un negozio a titolo gratuito.

In mancanza di una specifica previsione delle parti nel patto di prelazione, ci si domanda poi se sia possibile trasferire la titolarità del diritto di prelazione o la posizione passiva del promittente.

Appare a tal fine opportuno distinguere preliminarmente il trasferimento *inter vivos* dal trasferimento *mortis causa* (24).

Relativamente alla prima ipotesi si ritiene che la cessione

del diritto del prelazionario possa avvenire solo tutelando l'interesse del promittente a non vedersi imposta come controparte una persona diversa dal contraente originario: conseguentemente appare necessario utilizzare la figura della cessione del contratto di cui all'art. 1406 c.c., la quale richiede appunto il consenso del contraente ceduto, ossia del promittente.

La cedibilità *inter vivos* della posizione passiva del promittente presenta invece dei problemi di ordine pratico, anche utilizzando la figura della cessione del contratto; infatti, per poter cedere tale posizione contrattuale, sarebbe necessario cedere anche il bene oggetto del diritto di prelazione, ma, in tal modo, verrebbe violato proprio l'obbligo nascente dal patto. Nel caso di specie sarà dunque necessario fare molta attenzione al contenuto del patto stesso al fine di non incorrere nell'inadempimento dell'obbligazione assunta.

Relativamente all'ipotesi di trasferimento a causa di morte, deve essere inoltre tenuta distinta la posizione degli eredi da quella dei legatari.

Quanto alla trasmissibilità a titolo universale del diritto del prelazionario, bisogna tenere conto dell'*intuitus* che potrebbe aver determinato la stipulazione e ritenere tale diritto trasmissibile solo se la preferenza data al prelazionario defunto prescindeva da tale carattere.

Le medesime conclusioni devono essere raggiunte relativamente alla trasmissibilità a titolo particolare dello stesso diritto; va appena osservato che in tal caso sarà comunque necessaria un'apposita disposizione in tal senso da parte del prelazionario-testatore.

La dottrina prevalente (25) sostiene inoltre l'ammissibilità del trasferimento *mortis causa* a titolo universale della posizione passiva del promittente, in virtù del principio generale della trasmissibilità dei vincoli obbligatori, da escludersi solo nelle ipotesi di prestazioni in-

Note:

(15) S. Vocaturò, *Patto di prelazione: natura, elementi e conseguenza dell'inadempimento*, in *Riv. not.*, 2002, II, 487.

(16) Cfr. M.C. Diener, *Il contratto in generale*, cit., 180.

(17) C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., 271.

(18) F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1987, 292.

(19) D. Rubino, *La compravendita*, cit., 66.

(20) Cfr. Cass. 28 luglio 1983, n. 5213, in *Foro it.*, 1983, 1534; Cass. 13 maggio 1982, n. 3009, cit.

(21) Bisogna tuttavia tenere conto del principio generale secondo il quale nessuno può obbligarsi per un tempo indeterminato: conseguentemente appare più che opportuno prevedere sempre un limite temporale al patto di prelazione, anche se molto lungo.

(22) R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 1993, 341.

(23) C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., 551; Cass. 23 gennaio 1975, n. 265, in *Foro it.*, 1975, 836.

(24) Cfr. M.C. Diener, *Il contratto in generale*, cit., 177 ss.

(25) D. Rubino, *La compravendita*, cit., 64; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., 267, nota 249.

tuitu personae; nel patto di prelazione l'obbligo di preferire non è infatti legato alla persona del promittente, in quanto l'interesse del prelazionario è solo quello di essere preferito nel caso in cui il titolare del bene decida di porre in essere un determinato negozio.

Il legatario, invece, non subentra nei rapporti passivi del *de cuius*, salvo diversa volontà del testatore e comunque entro i limiti del valore della cosa legata (cfr. art. 671 c.c.); si aggiunge che il testatore, disponendo del bene con il legato, non viola il diritto di prelazione, in quanto il legato è una disposizione liberale la quale per sua natura esclude l'operatività della prelazione stessa, vista l'infungibilità delle prestazioni.

3. Le prelazioni legali

Come si è già avuto modo di osservare, le prelazioni legali sono quei diritti di prelazione che trovano la loro fonte direttamente nella legge.

A differenza della prelazione volontaria, che, come visto sopra, produce effetti meramente obbligatori, le prelazioni legali hanno generalmente efficacia reale e sono assistite da un diritto di riscatto in capo al soggetto preferito per le ipotesi di violazione del diritto da parte del soggetto obbligato.

Nell'ambito delle prelazioni legali si è soliti distinguere la prelazione c.d. "propria" dalla prelazione c.d. "impropria".

La prima figura ricorre quando la prelazione è posta a tutela di un interesse privato e conseguentemente il titolare del diritto dovrà sempre offrire al soggetto obbligato le stesse condizioni contrattuali offerte dal terzo; un esempio tipico è dato dalla prelazione dei coeredi di cui all'art. 732 c.c..

La prelazione impropria ricorre invece quando essa è posta a tutela di un interesse pubblico e quindi non sempre il legislatore prevede una parità di condizioni; un esempio è rappresentato dalla c.d. prelazione artistica a favore dello Stato nel caso di conferimento di un bene in società.

3.1 La prelazione artistica

Con il termine prelazione artistica ci si riferisce comunemente al diritto di prelazione spettante allo Stato, alle Regioni e agli altri enti pubblici territoriali, sui beni c.d. culturali, così come individuati dall'art. 10 e segg. del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali).

L'art. 60 della suddetta legge prevede che "il Ministero, la Regione o l'altro ente pubblico territoriale interessato, hanno la facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali alienati a titolo oneroso o conferiti in società, rispettivamente, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di trasferimento".

Dalla norma in esame risulta altresì espressamente che tale diritto di prelazione spetta poi nel caso di vendita in blocco, di permuta ed in tutti i casi in cui il bene

venga dato in pagamento (come nell'ipotesi di *datio in solutum* di cui all'art. 1197 c.c.).

In tutte le ipotesi di trasferimento di un bene culturale, a qualsiasi titolo esso sia fatto (quindi anche a titolo gratuito o *mortis causa*), è necessaria una denuncia al Ministero per i beni e le attività culturali (26), indicando, tra l'altro, le condizioni del trasferimento (27).

Tale denuncia deve essere presentata, entro trenta giorni: a) da parte dell'alienante, in caso di alienazione o titolo oneroso o gratuito; b) da parte dell'acquirente, in caso di trasferimento avvenuto nell'ambito di procedura di vendita forzata o fallimentare, ovvero in forza di sentenza che produca gli effetti di un contratto di alienazione non concluso ai sensi dell'art. 2932 c.c.; c) dall'erede o dal legatario, nel caso di successione *mortis causa*.

Nei casi *sub a)* e *b)* il termine di trenta giorni decorre dalla data dell'atto di trasferimento; nel caso *sub c)* decorre, per l'erede, dall'accettazione dell'eredità o dalla presentazione della dichiarazione ai competenti uffici tributari, mentre per il legatario decorre dalla comunicazione notarile prevista dall'art. 623 c.c., salva naturalmente la facoltà di rinuncia.

La prelazione *de qua* deve essere esercitata entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della denuncia; tale termine risulta invece di centottanta giorni quando la denuncia viene omessa o presentata tardivamente, ovvero risulti incompleta (28).

Il quarto comma dell'art. 61 del Codice dei beni culturali prevede espressamente che, in pendenza del termine concesso per l'esercizio della prelazione, l'atto di alienazione deve rimanere condizionato sospensivamente al mancato esercizio della prelazione (29).

Pur trattandosi di *condicio iuris*, risulta tuttavia più che opportuno che la stessa venga esplicitata in atto, al fine di rendere la fattispecie più trasparente possibile e permettere la trascrizione della condizione medesima.

Al verificarsi della condizione si potrà quindi stipulare un atto ricognitivo di avveramento della stessa, da annotare a margine della trascrizione dell'atto di alienazione.

Note:

(26) La Cass. 22 febbraio 2008, n. 4629 ha stabilito che la denuncia effettuata nei confronti della Sovrintendenza è inidonea a far decorrere il termine fissato dalla legge per l'esercizio del diritto di prelazione riconosciuto allo Stato; ne consegue l'inidoneità di tale denuncia a determinare la "piena efficacia del contratto" per effetto del mancato esercizio del diritto di prelazione nel termine concesso dalla legge, atteso che quel termine può iniziare a decorrere soltanto se la denuncia sia stata fatta al Ministero.

(27) Cfr. art. 59, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

(28) Cfr. art. 61, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

(29) In realtà la norma prevede che, in pendenza di tale termine, l'atto di alienazione rimane condizionato sospensivamente "all'esercizio della prelazione"; tuttavia, non si dubita che nella fattispecie il legislatore si sia espresso in modo non corretto, altrimenti la previsione normativa non avrebbe alcun senso.

Va infine evidenziato che, prima del verificarsi della condizione, è previsto (30) un divieto per l'alienante di consegnare il bene oggetto della prelazione.

A quanto fin qui esposto va aggiunto che, nel caso di alienazione di beni culturali appartenenti allo Stato, alle Regioni e agli altri enti pubblici territoriali (ad eccezione dei beni inalienabili ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 54 del Codice dei beni culturali), ovvero appartenenti ad altri soggetti pubblici o a persone giuridiche private senza scopo di lucro, è necessaria un'apposita autorizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali; tale autorizzazione è altresì richiesta per le costituzioni di ipoteca e per i negozi giuridici che possono comportare l'alienazione dei beni.

Va tuttavia evidenziato che, una volta ottenuta l'autorizzazione, è comunque necessaria la denuncia di cui all'art. 59 del D.Lgs. in esame, in quanto detta autorizzazione non preclude la prelazione da parte dello Stato.

3.2 La prelazione agraria

La prelazione c.d. agraria rappresenta il diritto spettante, in caso di alienazione a titolo oneroso di un fondo con destinazione agricola, al conduttore del fondo stesso (31).

L'art. 7 della L. 14 agosto 1971, n. 817 ha esteso tale diritto anche "al coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti con fondi offerti in vendita, purché sugli stessi non siano insediati mezzadri, coloni, affittuari, compartecipanti od enfiteuti coltivatori diretti".

Da tale ultima norma si ricava quindi che al confinante coltivatore diretto il diritto di prelazione spetta solo ed esclusivamente nel caso in cui manchi il conduttore del fondo: se c'è un conduttore, il diritto di prelazione del confinante è escluso.

Conseguentemente la prelazione del confinante deve ritenersi esclusa quando ad esempio il conduttore vi rinunci, oppure quando manchi una delle condizioni per l'esercizio della stessa, come nel caso in cui, come si vedrà in seguito, il conduttore coltivi il fondo da meno di due anni (32).

Appare opportuno precisare fin da ora che cosa si intende per confinante coltivatore diretto, onde precludere possibili dubbi interpretativi.

La Corte di Cassazione (33) ha infatti più volte affermato che, affinché sia riconosciuto il diritto di prelazione del confinante, non è necessario che quest'ultimo svolga l'attività di coltivatore in maniera esclusiva e professionale, e cioè che tragga dall'attività di coltivazione la prevalenza del suo reddito; al contrario, è necessario e sufficiente che questi coltivi abitualmente, e non in maniera occasionale, il fondo (ad esempio per un utilizzo personale dei prodotti della terra).

Per quanto riguarda la *ratio* della prelazione agraria, bisogna distinguere tra prelazione del conduttore e prelazione del confinante coltivatore diretto.

Relativamente alla prima figura, si ritiene che il legislatore abbia voluto raggiungere lo scopo di far coincidere

nella stessa persona il titolare della proprietà del fondo con il titolare dell'azienda agricola; relativamente alla seconda figura, si ritiene che lo scopo del legislatore sia stato quello di evitare un eccessivo frazionamento della proprietà agricola fondiaria.

Affinché possa essere esercitato il diritto di prelazione in esame, la legge (34) prevede una serie di condizioni, e precisamente:

- a) l'avente diritto (35) deve coltivare il fondo da almeno due anni;
- b) l'avente diritto non deve aver venduto altri fondi con destinazione agricola nei due anni precedenti;
- c) il fondo in vendita, sommato al fondo eventualmente già di proprietà dell'avente diritto, non deve superare il triplo della capacità lavorativa dello stesso e della sua famiglia.

La prelazione è tuttavia esclusa nel caso di permuta, vendita forzata, liquidazione coatta, fallimento, espropriazione per pubblica utilità (36), nonché per tutti i terreni che in base a piani regolatori, anche se non ancora approvati (37), hanno una destinazione diversa da quella agricola (ovvero edilizia, industriale o turistica) (38).

Nell'ipotesi in cui un fondo abbia in parte una destinazione agricola ed in parte una destinazione diversa, se-

Note:

(30) Cfr. art. 61, quarto comma, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

(31) Cfr. art. 8, l. 26 maggio 1965, n. 590.

(32) Secondo la Cass. 7 ottobre 1994, n. 8198, in *Giust. civ.*, 1995, I, 411, il proprietario-coltivatore diretto del fondo confinante non ha diritto di prelazione "nel caso in cui il terreno che costituisca bene dell'azienda agricola esercitata da impresa familiare coltivatrice sia oggetto di trasferimento a titolo oneroso dall'uno ad altro dei familiari compartecipanti all'impresa, sempre che permanga la continuazione della destinazione di quel bene alla coltivazione diretta da parte dell'acquirente".

(33) Cfr. per tutte Cass. 27 luglio 2002, n. 11134.

(34) Cfr. art. 8, primo comma, L. 26 maggio 1965, n. 590.

(35) Sul punto va rilevato che alcuni autori escludono che per il confinante coltivatore diretto valgano le condizioni stabilite dall'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, in quanto la *ratio* delle due prelazioni sarebbe diversa: in tal senso cfr. G. Visalli, *I soggetti della prelazione agraria: profili sistematici*, in *Giust. civ.*, 2000, 3, 123. Altri autori e la giurisprudenza di legittimità ritengono al contrario che il diritto di prelazione spetti al confinante coltivatore diretto solo se anche in capo a questi sussistano tutte le condizioni di cui al citato art. 8: cfr. per tutte Cass. 26 marzo 1991, n. 3269, in *Dir. giur. agr.*, 1992, 250.

(36) La fattispecie di vendita per asta pubblica, talvolta utilizzata dalla pubblica amministrazione per effettuare una scelta concorsuale del soggetto acquirente, deve invece rispettare la prelazione agraria, perché trattata di fattispecie non paragonabile alle ipotesi di vendita forzata, liquidazione coatta amministrativa, fallimento ed espropriazione per pubblica utilità, in quanto queste ultime sono procedure imposte; in tal senso cfr. Cass. 12 ottobre 1982, n. 5264, in *Vita not.*, 1983, 184.

(37) Quindi anche in base a piani regolatori solamente adottati dal Consiglio Comunale, ma non ancora approvati dalla Regione.

(38) La prelazione agraria si ritiene altresì esclusa, per l'infungibilità della prestazione, nel caso di conferimento del fondo in società; in tal senso CNN, *Risposta a quesito n. 1285/C*; Cass. 20 agosto 1990, n. 8492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 719; Cass. 8 giugno 1992, n. 7039, in *Foro it.*, 1993, I, 141.

condo la Suprema Corte (39) la prelazione *de qua* spetta solo sulla porzione di terra avente destinazione agricola (40).

Quanto alle modalità previste dalla legge per l'esercizio della prelazione agraria, ai sensi dell'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590 colui che intende alienare il fondo agricolo deve comunicare all'avente diritto la propria volontà di vendere, trasmettendogli, a mezzo di raccomandata, il preliminare sottoscritto con il terzo acquirente.

Tale preliminare è opportuno che venga condizionato sospensivamente al mancato esercizio della prelazione agraria.

Dalla data di ricezione del preliminare, l'avente diritto ha trenta giorni di tempo per esercitare il diritto di prelazione: qualora decida di esercitare tale diritto, dovrà pagare il prezzo nei tre mesi successivi, decorrenti dal trentesimo giorno dalla notifica, salvo diversa volontà della parti.

Quest'ultimo termine può essere sospeso in un solo caso, ovvero quando venga richiesto un mutuo agrario, nelle more dell'istruttoria della pratica del mutuo stesso.

Nel caso in cui vi siano più conduttori, il diritto di prelazione può venire esercitato da tutti congiuntamente e, qualora uno di essi vi rinunci, la sua parte si va ad accrescere agli altri.

Nel caso in cui vi siano invece più confinanti coltivatori diretti, i criteri preferenziali sono dettati dall'art. 7 del D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228.

Nel caso di violazione del diritto di prelazione, spetta al conduttore o al confinante coltivatore diretto il diritto di riscatto (41) nei confronti dell'acquirente e di ogni altro successivo avente causa, entro un anno dalla trascrizione dell'atto di alienazione.

3.3 La prelazione urbana

Ai sensi dell'art. 38 della L. 27 luglio 1978, n. 392 (c.d. legge sull'equo canone), nel caso di trasferimento a titolo oneroso di una unità immobiliare ad uso non abitativo, al conduttore della stessa spetta il diritto di prelazione.

Si ritiene che la *ratio* della figura in esame stia nella tutela dell'interesse di un soggetto che esercita una determinata attività commerciale a mantenere l'avviamento che gli deriva dall'esercitare tale attività in quel determinato luogo.

La prelazione c.d. urbana è espressamente esclusa:

- a) nell'ipotesi prevista dall'art. 732 c.c., per la quale la prelazione opera a favore dei coeredi (42);
- b) nell'ipotesi di trasferimento effettuato a favore del coniuge o dei parenti entro il secondo grado (43);
- c) qualora venga trasferita un'unità immobiliare che si trova nell'ambito di stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali ed autostradali, alberghi e villaggi turistici (44);
- d) qualora si tratti di immobili utilizzati per lo svolgimento di attività che non comportano contatti diretti

con il pubblico, nonché destinati all'esercizio di attività professionali (45).

La prelazione *de qua* si ritiene altresì esclusa nel caso di vendita in blocco dell'immobile nel quale è ricompresa l'unità ad uso non abitativo, cioè nel caso di vendita che abbia per oggetto beni collegati strutturalmente e funzionalmente, così da costituire un *unicum* diverso dalla somma delle sue componenti (46); in altri termini, non deve trattarsi di vendita c.d. cumulativa, ovvero di vendita di più unità immobiliari che mantengono una loro individualità.

Recentemente la Corte di Cassazione, con una sentenza a Sezioni Unite (47), ha poi stabilito che qualora il locatore intenda alienare (ad un terzo o al comproprietario dell'immobile locato) una quota indivisa del bene oggetto del rapporto di locazione, al conduttore non spetta il diritto di prelazione.

La tesi opposta (48), per la quale al conduttore spetterebbe la prelazione anche nell'ipotesi di vendita di una sola quota dell'immobile, si fonda sulla considerazione per cui in tal modo si favorirebbe l'acquisto progressivo in capo al conduttore dell'intero bene nel quale l'impresa è esercitata, rispettando quindi la *ratio* della normativa in esame; si aggiunge che, seguendo la tesi negativa, il locatore potrebbe facilmente eludere la normativa stessa.

La Suprema Corte ha invece escluso che sussista la prelazione del conduttore in quanto gli artt. 38 e 39 hanno

Note:

(39) Cfr. Cass. 22 gennaio 2004, n. 1103.

(40) Nel caso di terreno agricolo con sovrastante costruzione accatastata al Catasto Fabbricati, la prelazione agraria è invece esclusa qualora si possa di fatto ritenere che il fondo stesso abbia acquisito, in modo determinante (per dimensione e destinazione), natura pertinenziale rispetto all'edificio; in tal senso CNN, *Risposta a quesito n. 618/C*.

(41) Il diritto di riscatto va esercitato con riferimento al prezzo formalmente dichiarato nel contratto definitivo di alienazione, rimanendo del tutto irrilevante che tale prezzo risulti anche notevolmente inferiore rispetto a quello effettivamente convenuto dalle parti. Una tale disciplina persegue infatti perspicacemente lo scopo di sanzionare le prassi contrattuali volte, attraverso la simulazione del prezzo, ad eludere il pagamento degli oneri fiscali effettivamente dovuti. Cfr. Cass. 6 maggio 2003, n. 6882, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 54.

(42) Cfr. art. 38, ult. comma, L. 27 luglio 1978, n. 392.

(43) Cfr. art. 38, ult. comma, L. 27 luglio 1978, n. 392.

(44) Cfr. artt. 41 e 35, L. 27 luglio 1978, n. 392. In questo caso l'esclusione del diritto di prelazione è giustificata dal fatto che l'avviamento non è dato dalla localizzazione dell'unità, ma dal fatto stesso di essere ricompresa in tali strutture più ampie.

(45) Cfr. artt. 41 e 35, L. 27 luglio 1978, n. 392. In questo caso l'esclusione è invece giustificata dal fatto che l'avviamento è dato dalle capacità professionali del soggetto che esercita l'attività (c.d. avviamento soggettivo); in tal senso cfr. Cass. 15 novembre 1999, n. 12623, in *Notariato*, 2000, 6, 537.

(46) Cfr. Cass. 12 luglio 2006, n. 15784; Cass. 29 settembre 2005, n. 19152; Cass. 24 ottobre 1983, n. 6256, in *Riv. not.*, 1984, II, 180.

(47) Cass. Sez. Un. 14 giugno 2007, n. 13886.

(48) Cfr. Cass. 11 settembre 1990, n. 9354, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1062.

carattere eccezionale e come tali sono inapplicabili fuori dei casi in essi previsti: si afferma che la tesi positiva non è condivisibile perché l'acquisto progressivo dell'intero bene da parte del conduttore non solo è eventuale, ma richiederebbe che le vendite delle quote si realizzassero perdurando il rapporto di locazione; inoltre il locatore non potrebbe eludere la normativa *de qua*, in quanto il conduttore sarebbe comunque tutelato dal diritto di riscatto nel caso di vendita dissimulata dell'intero bene (oltre alla possibilità di ottenere il risarcimento dei danni).

Quanto alle modalità di esercizio della prelazione urbana, l'art. 38 della legge in esame dispone che colui che intende trasferire l'unità immobiliare deve comunicare all'avente diritto la propria volontà di alienare, indicando gli elementi essenziali del contratto; tale comunicazione deve avvenire con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario.

Il conduttore deve esercitare la prelazione entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione: qualora decida di esercitare tale diritto, dovrà pagare il prezzo nei trenta giorni successivi, decorrenti dal sessantesimo giorno dalla notificazione, salvo diversa condizione indicata nella comunicazione stessa.

Anche con riferimento alla prelazione urbana è previsto che, nel caso in cui vi siano più conduttori, il diritto di prelazione può venire esercitato da tutti congiuntamente e, qualora uno di essi vi rinunci, la sua parte si va ad accrescere agli altri.

Nell'ipotesi di violazione del diritto di prelazione, spetta al conduttore il diritto di riscatto (49) nei confronti dell'acquirente e di ogni altro successivo avente causa, entro sei mesi dalla trascrizione dell'atto di alienazione (50).

3.4 La prelazione abitativa

Da non confondere con la prelazione urbana è la c.d. prelazione abitativa, prevista dall'art. 3, primo comma, lett. g), L. 9 dicembre 1998, n. 431 (c.d. legge sui patti in deroga).

Tale normativa (51) consente di stipulare dei contratti di locazione di immobili adibiti ad uso abitativo per una durata non inferiore a quattro anni, con rinnovazione tacita alla scadenza per altri quattro anni: alla prima scadenza il locatore non può dare disdetta, salvo che ricorrano particolari circostanze, tra le quali l'intenzione del proprietario di vendere l'unità immobiliare a terzi, nel caso in cui non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione.

Orbene, in siffatta ipotesi spetta al conduttore il diritto di prelazione, da esercitarsi con le modalità di cui agli artt. 38 e 39, L. 27 luglio 1978, n. 392, ossia con le modalità previste per l'esercizio della prelazione urbana. L'applicazione della disciplina esaminata è esclusa per una serie di ipotesi, espressamente previste dall'art. 1, secondo e terzo comma, L. 9 dicembre 1998, n. 431.

3.5 La prelazione prevista in tema di edilizia residenziale pubblica

In tema di edilizia residenziale pubblica, l'art. 1, comma 20, L. 24 dicembre 1993, n. 560 prevede un divieto di alienazione, anche parziale, a carico degli acquirenti di alloggi popolari per un periodo di tempo di dieci anni dalla data di registrazione del contratto di acquisto (52) e comunque fino a quando non ne sia stato pagato l'intero prezzo (53).

La *ratio* del divieto viene tradizionalmente individuata nel tentativo di impedire qualsiasi forma di speculazione, considerato che l'assegnatario acquista l'alloggio ad un prezzo di favore (54).

Una volta decorso il termine indicato, l'assegnatario può alienare l'alloggio, ma è previsto il diritto di prelazione a favore degli Istituti Autonomi per le Case Popolari (55) e dei loro consorzi.

Per espressa previsione normativa, tale diritto di prelazione opera solo nel caso di vendita: infatti la norma in esame (56) per il divieto di trasferimento utilizza l'espressione "alienazione", mentre per il diritto di prelazione utilizza l'espressione più specifica "vendita".

Conseguentemente la prelazione *de qua* deve ritenersi esclusa nei casi di permuta, donazione (57), conferimento in società, ecc.

Si ritiene inoltre che la prelazione sussista solo nel caso di prima vendita dopo l'assegnazione, in quanto la norma è posta ad integrazione della disposizione che disciplina la facoltà di disposizione da parte dell'assegnatario primo acquirente ed è volta ad evitare possibili speculazioni.

Nella L. 24 dicembre 1993, n. 560, manca una qualsiasi disciplina della prelazione: si ritiene pertanto applicabi-

Note:

(49) Come già visto, il diritto di riscatto va esercitato con riferimento al prezzo formalmente dichiarato nel contratto di alienazione. Cfr. Cass. 6 maggio 2003, n. 6882, cit.

(50) Cfr. art. 39, L. 27 luglio 1978, n. 392.

(51) Cfr. art. 2, L. 9 dicembre 1998, n. 431.

(52) Analogo divieto era previsto dall'art. 28 della L. 8 agosto 1977, n. 513, con l'unica differenza che il termine di dieci anni decorreva non dalla data di registrazione dell'atto, ma dalla data di stipulazione del contratto di acquisizione.

(53) Si tratta di divieto assoluto di alienazione, a qualunque titolo essa sia fatta, e riguarda sia gli alloggi popolari che le unità non abitative acquistati in base alla L. 24 dicembre 1993, n. 560.

(54) Non si capisce tuttavia quale sia il fondamento di tale divieto con riferimento alle unità non abitative, visto che queste vengono cedute al prezzo di mercato determinato dall'U.T.E.

(55) Si ricorda che gli Istituti Autonomi per le Case Popolari sono stati ora sostituiti dalle Aziende Territoriali per l'Edilizia Residenziale (c.d. A.T.E.R.).

(56) Si osserva che l'art. 28 della L. 8 agosto 1977, n. 513 prevedeva invece che il diritto di prelazione spettasse in tutti i casi in cui l'assegnatario intendesse "alienare" l'alloggio.

(57) In tal senso G. Casu, *E.r.p. nella prassi notarile - risposte a quesiti*, in *Riv. not.*, 1998, 1312.

le analogicamente la disciplina dettata dall'art. 28 della L. 8 agosto 1977, n. 513.

Conseguentemente, al fine dell'esercizio della prelazione, l'assegnatario che intende alienare l'alloggio deve darne comunicazione al competente Istituto Autonomo per le Case Popolari, il quale potrà esercitare tale diritto entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione, per un prezzo pari a quello di cessione rivalutata sulla base della variazione accertata dall'ISTAT dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati.

La violazione del diritto di prelazione in esame non dà luogo al diritto di riscatto a favore dell'I.A.C.P., ma comporta la nullità dell'atto di alienazione (58), nullità che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ed è rilevabile d'ufficio dal giudice.

La L. 24 dicembre 1993, n. 560, ha inoltre introdotto la possibilità di estinguere il diritto di prelazione spettante ai sensi dell'art. 28 della L. 8 agosto 1977, n. 513, molto gravoso per l'assegnatario che intende alienare, poiché spesso il prezzo di acquisto ivi previsto è di molto inferiore al valore dell'immobile.

Tale normativa (59) consente ora all'acquirente dell'alloggio ceduto di estinguere il diritto di prelazione versando all'ente cedente (e quindi non agli enti titolari del diritto di prelazione) un importo pari al dieci per cento del valore catastale dell'immobile.

A tal fine si ritiene che non sia necessario un atto formale da trascrivere, ma che sia sufficiente un atto di quietanza rilasciato dall'ente che incassa la somma, nel quale venga precisata la causale del pagamento, con espresso riferimento da un lato all'atto di acquisto dell'alloggio stipulato ai sensi della L. 8 agosto 1977, n. 513 e dall'altro alla norma di cui all'art. 1, comma 25, L. 24 dicembre 1993, n. 560; nel successivo atto di vendita sarà quindi opportuno citare gli estremi di tale atto di quietanza, ovvero allegarlo all'atto.

3.6 La prelazione prevista in tema di impresa familiare

L'art. 230-bis c.c. prevede che, quando vi sono i presupposti perché si configuri un'impresa familiare, nel caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda, i partecipi di cui al primo comma della norma hanno diritto di prelazione sull'azienda.

Per partecipe all'impresa familiare si intende il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare; per familiare si intende il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo.

La prelazione *de qua* può essere esercitata da un solo partecipe, da tutti, ovvero da alcuni soltanto di essi.

La prelazione opera in primo luogo nel caso di trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa, non anche nel caso di cessione di singoli beni aziendali (60).

Secondo la dottrina prevalente (61) per trasferimento deve intendersi solo quello *inter vivos* e a titolo onero-

so; tuttavia secondo altra dottrina (62) il termine "trasferimento" di cui all'art. 230-bis deve intendersi in senso ampio, e cioè come ogni atto traslativo dell'azienda, sia *inter vivos*, a titolo oneroso o gratuito, sia *mortis causa*.

La prelazione opera poi nell'ipotesi di divisione ereditaria, ovvero quando, morto l'imprenditore, l'azienda cade in comunione ereditaria fra familiari partecipi e familiari non partecipi (o addirittura estranei).

Secondo alcuni autori (63) il diritto di prelazione spetterebbe ai soli partecipi che siano anche coeredi; altri autori (64) ritengono invece, a nostro avviso più correttamente, che tale diritto spetti anche ai partecipi che sono estranei alla comunione ereditaria, in quanto la *ratio* della norma è quella di evitare che l'azienda venga attribuita ad un soggetto che non ha alcun interesse alla continuazione dell'attività d'impresa.

Con riferimento alle modalità di esercizio del diritto in esame, l'art. 230-bis c.c. prevede che trovi applicazione, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'art. 732 c.c. (prelazione a favore dei coeredi).

La compatibilità è riferita alla disciplina (65) della prelazione e non ai presupposti per l'esercizio della stessa: l'art. 732 c.c. si applica infatti nel caso di alienazione della quota ereditaria, o di parte di essa (non nel caso di alienazione di un singolo bene ereditario, quale è l'azienda); l'art. 230-bis c.c. si applica invece nel solo caso di alienazione dell'azienda (66).

Nell'ipotesi di divisione ereditaria si ritiene (67) invece che non sussista mai la compatibilità con l'art. 732 c.c., in quanto: a) non vi è onere di notifica, visto che i titolari della prelazione partecipano all'atto; b) non vi è il termine di prescrizione, visto che il diritto di prelazione può esercitarsi fino al momento della divisione; c) non può esercitarsi il diritto di retratto, visto che dopo la divisione i condividenti che vi hanno aderito non hanno più ragione di reclamare.

Note:

(58) Cfr. art. 28, ult. comma, L. 8 agosto 1977, n. 513.

(59) Cfr. art. 1, comma 25, L. 24 dicembre 1993, n. 560.

(60) A. Jannuzzi - P. Loreface, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 586.

(61) Cfr. L. Genghini, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 2006, 455; N. Cospite, sub art. 230-bis, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di A. Trabucchi e G. Cian, Padova, 2007.

(62) F. Proserpi, *Impresa familiare*, in *Il Cod. Civ. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 290.

(63) F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1984.

(64) C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia e le successioni*, Milano, 1985.

(65) Cioè all'onere di notifica, al termine di prescrizione, alla facoltà di esercitare il diritto di retratto.

(66) L. Genghini, *La volontaria giurisdizione*, cit., 455, nota 41.

(67) Cfr. L. Genghini, *La volontaria giurisdizione*, cit., 456; N. Cospite, sub art. 230-bis, in *Commentario breve al Codice Civile*, cit.

La prelazione prevista dall'art. 230-bis c.c. assume altresì rilevanza in relazione alla disciplina del patto di famiglia, in quanto l'art. 768-bis c.c. espressamente fa salve le disposizioni in materia di impresa familiare.

Nel caso in cui l'azienda sia oggetto di un patto di famiglia, ci si chiede (68) quindi se ai partecipi dell'impresa familiare spetti il diritto di prelazione di cui all'art. 230-bis c.c..

Tra i primi commentatori del nuovo istituto, alcuni autori (69) escludono che sorga in capo ai partecipi all'impresa familiare il diritto di prelazione, stante la natura liberale del patto di famiglia (e quindi stante il carattere infungibile della controprestazione).

Altri autori (70), al contrario, riconoscono l'operatività della prelazione, osservando che la compatibilità tra il patto di famiglia e la prelazione dei partecipi all'impresa familiare è sancita dallo stesso legislatore all'art. 768-bis c.c.; inoltre le finalità del diritto di prelazione di cui all'art. 230-bis c.c. sono analoghe a quelle che caratterizzano il patto di famiglia, ovvero assicurare la continuazione dell'attività d'impresa nell'ambito della famiglia. Si aggiunge infine che, come visto sopra, secondo autorevole dottrina il diritto di prelazione sussiste anche nelle ipotesi di trasferimento dell'azienda a titolo gratuito, come avviene nel caso del patto di famiglia.

3.7 La prelazione prevista in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire

L'art. 9 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 prevede che l'acquirente di un immobile da costruire che, a seguito della "situazione di crisi" (71) in cui sia stato coinvolto il costruttore, venga privato dell'immobile acquistato, qualora il bene venga successivamente venduto all'incanto, ha il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile stesso al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto (72), purché sussistano due condizioni (73):

- a) che l'immobile fosse stato già consegnato all'acquirente;
- b) che l'immobile fosse stato adibito dall'acquirente ad abitazione principale per sé o per un proprio parente di primo grado.

È inoltre necessario che sussistano i presupposti di applicazione del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

Pertanto, riguardo ai soggetti, è necessario che il venditore sia un costruttore che agisce nell'esercizio dell'impresa e che l'acquirente sia una persona fisica (74).

Riguardo all'oggetto è necessario che si tratti di un "immobile da costruire", cioè di un immobile per il quale sia stato richiesto il permesso di costruire e che sia ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (75), e per il quale sia tuttavia richiesta un'ulteriore attività edificatoria da parte del venditore.

Con riferimento al contratto, la norma non pone invece alcun limite e pertanto si ritiene applicabile a qual-

siasi contratto avente ad oggetto un immobile da costruire (preliminare, contratto ad effetti traslativi immediati, contratto ad effetti traslativi differiti).

La prelazione *de qua* spetta anche se l'acquirente abbia escusso la fideiussione di cui all'art. 2 del D.Lgs. sopra citato.

Per quanto la norma faccia espresso riferimento solo all'incanto, si ritiene (76) inoltre che il diritto di prelazione spetti anche nelle ipotesi di vendita senza incanto.

È escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario (77).

Ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile provvede a dare comunicazione all'acquirente, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa e l'invito ad esercitare la prelazione; l'acquirente deve quindi esercitare la prelazione, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione offrendo, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.

3.8 La prelazione fra coeredi

Nel caso in cui si instauri una comunione ereditaria, se un coerede intende alienare ad un estraneo la sua quota o parte di essa, l'art. 732 c.c. dispone che agli altri coeredi spetta il diritto di prelazione nell'acquisto della stessa.

Secondo la relazione al Codice Civile, la *ratio* del diritto

Note:

(68) Cfr. G. Rizzi, *I patti di famiglia*, Padova, 2006, 53 ss.

(69) A. Merlo, *Il patto di famiglia*, in CNN Notizie del 14 febbraio 2006; S. Delle Monache, *sub art. 768-bis*, in *Commentario breve al Codice Civile*, cit. In senso più dubitativo invece G. Petrelli, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. not.*, 2006, II, 410, secondo il quale "sembra esclusa la compatibilità del diritto di prelazione ex art. 230-bis c.c. con la natura giuridica del patto di famiglia".

(70) G. Rizzi, *I patti di famiglia*, cit., 56 ss.

(71) Per la definizione di "stato di crisi", si veda l'art. 1, lett. c), D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

(72) La norma precisa "anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'articolo 584 del codice di procedura civile".

(73) Cfr. G. Rizzi, *Decreto legislativo 122/2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, in *Studi e materiali - Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2005, 2, 1025.

(74) Cfr. art. 1, lett. a) e b), D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

(75) Cfr. art. 1, lett. d), D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

(76) Cfr. G. Rizzi, *Decreto legislativo 122/2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, cit., 1025.

(77) Cfr. art. 9, ult. comma, D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

to di prelazione in esame risiederebbe nell'impedire l'ingresso nella comunione ereditaria di soggetti estranei alla famiglia.

Questo fondamento non è stato però condiviso da alcuni autori (78), i quali hanno osservato che possono insorgere comunioni ereditarie fra soggetti completamente estranei alla famiglia del *de cuius*, se quest'ultimo ha così disposto per testamento. Si è pertanto sostenuto che la *ratio* della norma sta nel favorire la concentrazione dei beni ereditari nelle mani di pochi soggetti, al fine di facilitare le operazioni divisionali.

La figura in esame si applica dunque alla sola comunione ereditaria, non anche alla comunione ordinaria.

Il diritto di prelazione spetta ai coeredi solo nel caso di alienazione della quota (o di parte di essa) ad un estraneo, non anche nel caso di alienazione ad un coerede.

Secondo la dottrina nettamente prevalente (79), "estraneo" va considerato solamente chi non è compartecipe della comunione ereditaria; tuttavia altra dottrina (80) ha osservato che la qualità di estraneo dovrebbe essere negata non solo ai coeredi, ma anche a chi è legato da parentela con i coeredi stessi.

Nell'ipotesi in cui la quota venga alienata ad un coerede che è coniugato in regime di comunione legale, si discute se debba considerarsi estraneo il coniuge cui si estende l'effetto dell'acquisto: è preferibile (81) la tesi negativa, in quanto ai sensi dell'art. 732 c.c. è necessario che il coerede alieni la sua quota volontariamente (la norma parla di coerede che "vuole" alienare), mentre l'acquisto del coniuge ha natura di acquisto *ex lege*.

Per alienazione s'intende principalmente la vendita, ma non sono esclusi gli altri negozi a titolo oneroso in cui la prestazione dell'acquirente sia fungibile, come nel caso di permuta avente ad oggetto cose generiche (82) e di *datio in solutum* (83).

Secondo la tesi prevalente (84) nell'ipotesi di alienazione non rientra invece l'esecuzione forzata, poiché, come visto sopra, la norma fa riferimento alle sole alienazioni volontarie; si aggiunge che il fondamento pubblicistico della vendita forzata non consente deroghe alla regola dell'incanto.

L'art. 732 c.c. trova applicazione nella sola ipotesi in cui venga ceduta la quota ereditaria (o una sua parte), intesa come *universum ius*, non anche nell'ipotesi in cui vengano ceduti singoli beni ereditari, ovverosia non anche quando venga stipulata una c.d. vendita dell'esito divisionale (85).

Tuttavia, come ha avuto modo di osservare la giurisprudenza (86), il diritto di prelazione non è escluso quando la fattispecie concreta evidenzia la volontà di considerare il singolo bene ceduto in funzione rappresentativa della quota o di parte di essa (87).

Cerchiamo ora di chiarire quanto esposto con degli esempi:

a) nel caso in cui vi siano due coeredi in quote uguali ed il patrimonio ereditario sia formato da una pluralità

di beni, se uno dei coeredi vendesse un singolo bene ad un estraneo, non vi sarebbe spazio per l'applicazione dell'art. 732 c.c.;

b) nell'ipotesi in cui vi siano due coeredi in quote uguali ed il patrimonio ereditario sia composto da due beni di eguale valore, se uno dei coeredi vendesse uno di tali beni ad un estraneo, troverebbe applicazione l'art. 732 c.c. e pertanto all'altro coerede spetterebbe il diritto di prelazione;

c) nell'ipotesi in cui vi siano due coeredi in quote uguali ed il patrimonio ereditario sia invece composto da un solo bene, se uno di essi vendesse la quota di un mezzo di tale bene ad un estraneo, troverebbe ugualmente applicazione l'art. 732 c.c.;

d) nel caso in cui vi siano infine due coeredi in quote uguali ed il patrimonio ereditario sia formato da più beni, se uno dei coeredi vendesse una quota di uno dei beni ereditari ad un estraneo, l'art. 732 c.c. non troverebbe invece spazio (88).

Il diritto di prelazione in esame è escluso quando il testatore abbia effettuato direttamente la divisione dei suoi beni ai sensi dell'art. 734 c.c. assegnando un bene in comunione a più eredi, in quanto in siffatta ipotesi non sorge una comunione ereditaria, ma una comunione ordinaria (89).

Non è invece escluso in caso di assegnazione dei beni effettuata dal testatore ai sensi dell'art. 733 c.c., giacché

Note:

(78) P. Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione. Art. 713-768*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna, 2000, 232; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 735.

(79) Cfr. P. Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione*, cit., 265.

(80) G. Amadio - C. Abatangelo, sub art. 732, in *Commentario breve al Codice Civile*, cit., che a sostegno di tale opinione richiamano la Cass. 28 gennaio 2000, n. 981, la quale ha negato la qualità di estraneo al figlio *ex filio* del *de cuius*.

(81) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 741.

(82) Cfr. P. Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione*, cit., 249.

(83) Poiché si osserva che per il coerede è indifferente alienare la quota *in solutum* al proprio creditore, ovvero alienarla ad un altro coerede per un prezzo pari al suo debito e saldare tale debito con quanto riscosso; in tal senso v. G. Amadio - C. Abatangelo, sub art. 732, in *Commentario breve al Codice Civile*, cit.

(84) Cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 740.

(85) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 736; in tal senso Cass. 7 dicembre 1999, n. 13704; Cass. 29 aprile 1992, n. 5181, in *Vita not.*, 1993, I, 252; Cass. 2 agosto 1990, n. 7749, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1220.

(86) Cfr. Cass. 7 agosto 2002, n. 11881; Cass. 16 agosto 1990, n. 8304

(87) G. Amadio - C. Abatangelo, sub art. 732, in *Commentario breve al Codice Civile*, cit.

(88) In senso contrario G.A.M. Trimarchi, *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, in *Notariato*, 1998, 339, secondo il quale l'art. 732, con l'espressione "parte di essa", si riferisce alle cessioni di diritti spettanti al coerede su determinati beni comuni.

(89) In tal senso Cass. 15 ottobre 1992, n. 11290, in *Vita not.*, 1993, I, 274, la quale afferma che tale comunione non trae la sua origine dalla successione a causa di morte, ma dall'atto dispositivo-attributivo con effetti reali posto in essere dal testatore stesso.

in questo caso non è precluso il sorgere della comunione ereditaria (90).

Secondo la dottrina (91) e la giurisprudenza (92) prevalenti, il diritto di prelazione opera soltanto fra coeredi comproprietari in virtù di un'unica successione, in quanto solo la successione al titolare del patrimonio divenuto oggetto della comunione collega il partecipante alla struttura soggettiva originaria.

Conseguentemente tale diritto non spetta ai successori del coerede dell'originario *de cuius*, né spetta agli altri coeredi nei casi di alienazione della quota effettuata dagli stessi successori del coerede dell'originario *de cuius*.

In contrario si è però pronunciata recentemente la Corte di Cassazione, in una occasione (93) affermando che la comunione che si instaura tra i coeredi superstiti e gli eredi del coerede defunto non è una comunione volontaria, bensì una comunione ereditaria, alla quale deve applicarsi l'art. 732 c.c.; in un'altra occasione (94) sostenendo che la comunione ereditaria non si trasforma in comunione ordinaria per la circostanza che alcuni dei coeredi abbiano ceduto ad estranei le rispettive quote, con la conseguenza che la relativa divisione deve aver luogo in conformità alle norme sulla divisione ereditaria, tra le quali rientra, appunto, l'art. 732 c.c..

Al fine dell'esercizio del diritto di prelazione l'art. 732 c.c. prevede che il coerede che vuole alienare la sua quota debba notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi; questi dovranno esercitare il diritto di prelazione nel termine di due mesi dall'ultima delle notificazioni (quindi se vi sono più coeredi e le notifiche vengono fatte in tempi diversi, il termine decorre dall'ultima delle notificazioni per tutti i coeredi).

Nell'ipotesi di violazione del diritto di prelazione, spetta ai coeredi il diritto di riscattare la quota dall'acquirente e da ogni successivo avente causa (c.d. retratto successorio), fino a quando dura lo stato di comunione ereditaria. Se i coeredi che intendono esercitare il diritto di riscatto sono più, la quota è assegnata a tutti in parti uguali.

4. La *denuntiatio*

La c.d. *denuntiatio* può definirsi come l'atto con cui il soggetto obbligato a preferire comunica al soggetto titolare del diritto di prelazione la sua intenzione di alienare, indicando le condizioni pattuite con il terzo ed invitando il prelazionario a dichiarare se intenda o meno esercitare il proprio diritto.

È vivacemente discusso, sia in dottrina che in giurisprudenza, quale sia la natura dell'atto con cui si effettua la *denuntiatio*.

Secondo una prima tesi (95) la *denuntiatio* non sarebbe altro che una mera comunicazione di intenti (a forma libera), dalla quale non discenderebbe alcun obbligo; pertanto l'eventuale risposta del prelazionario non perfezionerebbe il contratto, ed il soggetto obbligato resterebbe libero di decidere se contrarre o meno.

Secondo una diversa tesi (96), al contrario, la *denuntiatio* rappresenterebbe una vera e propria proposta contrattuale ex art. 1326 c.c., che il prelazionario potrebbe accettare perfezionando così il contratto.

Conseguentemente essa dovrebbe contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che si vuole concludere con il terzo (e sarebbe pertanto a forma vincolata); il soggetto obbligato a preferire potrebbe poi revocare la sua proposta solo prima di avere avuto notizia dell'accettazione del prelazionario, ai sensi dell'art. 1328 c.c..

Secondo un ultimo orientamento (97), la *denuntiatio* non sarebbe una proposta contrattuale, in quanto rappresenterebbe l'adempimento dell'obbligo di portare a conoscenza del prelazionario la volontà di alienare il bene, ma allo stesso tempo non si potrebbe nemmeno dire che essa non faccia sorgere alcun vincolo: si tratterebbe quindi di una comunicazione con effetti vincolanti.

Pertanto, secondo questa tesi, se il prelazionario rispondesse positivamente alla *denuntiatio*, dichiarando di voler esercitare la prelazione, nascerebbe un obbligo in capo ad entrambe le parti, ovvero sia l'obbligo di concludere il contratto definitivo.

Si verificherebbe, in altri termini, una situazione analoga a quella nascente da un contratto preliminare, con conseguente applicabilità dell'art. 2932 c.c..

Con riferimento alla prelazione fra coeredi, autorevole dottrina (98) ha invece distinto la proposta di alienazione dalla *denuntiatio*, osservando che la prima costituisce l'obbligo previsto dall'art. 732 c.c., mentre la seconda è un semplice onere che potrebbe provocare il rifiu-

Note:

(90) In tal senso Cass. 13 luglio 1983, n. 4777, in *Riv. not.*, 1983, II, 1225.

(91) Cfr. P. Forchielli - F. Angeloni, *Della divisione*, cit., 243; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 745.

(92) Cfr. Cass. 25 luglio 1981, n. 4815, secondo la quale "sciolta nei confronti di uno dei coeredi la comunione, il permanere in lui della semplice qualità di erede come non lo abilita ad accampare diritti di prelazione e ad esercitare il retratto, così lo esclude dalla categoria dei soggetti tra i quali è liberamente consentito il trasferimento della quota, né tali diritti egli può esercitare a seguito di riacquisto della quota, dal momento che la comunione ereditaria è ormai sciolta nei suoi confronti"; Cass. 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 687; Cass. 11 maggio 1993, n. 5374, in *Vita not.*, 1994, I, 269.

(93) Cass. 28 gennaio 2000, n. 981, cit.

(94) Cass. 6 giugno 2005, n. 9522.

(95) In tema di prelazione urbana cfr. Cass. 17 aprile 1986, n. 2726, in *Riv. not.*, 1987, II, 553, *Vita not.*, 1986, I, 750.

(96) In tema di prelazione agraria cfr. Cass. 21 febbraio 2006, n. 3672; in tema di prelazione volontaria cfr. Cass. 1 aprile 1987, n. 3124; Cass. 12 marzo 1981, n. 1407, in *Riv. not.*, 1981, II, 706, *Vita not.*, 1982, I, 1085.

(97) In tema di prelazione urbana cfr. Cass. Sez. Un. 4 dicembre 1989, n. 5359, in *Riv. not.*, 1990, II, 1461, *Riv. not.*, 1990, II, 772, *Corr. giur.*, 1990, 465.

(98) G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., 737.

to degli altri coeredi e la conseguente liberazione del coerede che intende alienare.

5. La rinuncia alla prelazione

Un problema che riguarda da vicino l'attività notarile è rappresentato dalle modalità con le quali l'avente diritto possa rinunciare (99) al diritto di prelazione.

È infatti fortemente discusso se sia possibile rinunciare al diritto *de quo* prima della *denuntiatio*.

Secondo la tesi negativa (100) il diritto di prelazione sorgerebbe solo con la *denuntiatio* e pertanto non si potrebbe rinunciare a tale diritto prima che lo stesso sorga, in quanto una consapevole e responsabile rinuncia può essere effettuata dal prelazionario solo quando egli abbia avuto rituale conoscenza dell'alienazione da parte del proprietario, onde essere posto in grado di valutare tutti gli aspetti positivi e negativi della sua scelta.

Anzi, si è sostenuto che un'eventuale rinuncia prima della *denuntiatio* sarebbe nulla per indeterminatezza dell'oggetto.

Tuttavia, secondo la tesi opposta (101), il diritto di prelazione esisterebbe già prima della *denuntiatio* e conseguentemente sarebbe ammissibile una rinuncia preventiva allo stesso, purché tuttavia quest'ultima contenga tutti gli elementi essenziali del contratto che l'obbligato ha intenzione di concludere con il terzo.

In altri termini si sostiene che il prelazionario potrebbe validamente rinunciare al diritto di prelazione in tutti i casi in cui sia messo nelle condizioni di conoscere il contenuto di tale contratto, senza peraltro la necessità che gli sia comunicato con le forme stabilite dalla legge (102).

In tema di prelazione fra coeredi, la Suprema Corte (103) è addirittura arrivata ad ammettere una rinuncia al diritto di prelazione preventiva rispetto ad una alienazione progettata genericamente, osservando che la vera rinuncia è solo quella concernente un generico progetto di alienazione, mentre quella successiva alla notifica costituisce mancato esercizio del diritto di prelazione stesso.

Va però evidenziato che secondo la Corte di Cassazione (104), una volta effettuata la *denuntiatio*, in qualsiasi forma, la rinuncia deve comunque essere fatta in forma scritta, a pena di invalidità, e ciò perché il diritto spettante al prelazionario è rivolto al trasferimento della proprietà di un bene immobile.

Nell'ipotesi di prelazione volontaria, la rinuncia è invece ammessa in qualunque momento, in quanto la convenzione può essere sempre sciolta per mutuo dissenso ai sensi dell'art. 1372 c.c..

Note:

(99) In tema di prelazione agraria appare opportuno osservare che, ai sensi dell'art. 23 della l. 11 febbraio 1971, n. 11, le rinunce in materia di contratti agrari devono essere stipulate con l'assistenza delle organizzazioni professionali agricole: orbene, tale norma non si applica alla rinuncia alla prelazione, ma solo alle rinunce relative al rapporto agrario.

(100) In tema di prelazione agraria cfr. Cass. 3 settembre 1985, n. 4590, in *Vita not.*, 1986, I, 176; Cass. 29 settembre 1995, n. 10272; Cass. 30 novembre 2005, n. 26079; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3672, cit.; in tal senso anche G. CASU, *Prelazione urbana*, in *Studi e materiali - Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2/2006, 1292.

(101) In tema di prelazione fra coeredi cfr. Cass. 22 gennaio 1994, n. 624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 498; in tema di prelazione agraria cfr. Cass. 5 maggio 1993, n. 5189, in *Vita not.*, 1994, I, 192; Cass. 26 gennaio 1995, n. 936; Cass. 19 maggio 2003, n. 7768.

(102) In tema di prelazione agraria cfr. Cass. 27 gennaio 1999, n. 723, in *Vita not.*, 1999, I, 89; Cass. 17 gennaio 2001, n. 577, in *Riv. not.*, 2001, II, 650; Cass. 19 maggio 2003, n. 7768, cit., secondo le quali, le formalità della comunicazione dell'intento di alienare previste dall'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590 hanno carattere dispositivo e non cogente ed inderogabile: pertanto sarebbe sufficiente anche una comunicazione in forma orale, purché idonea a consentire la piena conoscenza della proposta in funzione dell'esercizio della prelazione.

(103) Cass. 14 gennaio 1999, n. 310, in *Notariato*, 2000, 3, 252.

(104) Cass. 21 marzo 1995, n. 3241, la quale aggiunge che conseguentemente la prova testimoniale è ammessa, ai sensi dell'art. 2725 c.c., soltanto nel caso di perdita incolpevole del documento contenente la rinuncia.