

DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

CAPITOLO 9

LA PRELAZIONE

1. Forme e regole della prelazione.....pag. 301

CAPITOLO 9

LA PRELAZIONE

1. Forme e regole della prelazione.

L'argomento trattato in questo capitolo è la prelazione. Innanzitutto, bisogna riuscire a capire che cosa sia esattamente la prelazione. Essa è considerabile, in maniera precisa, se si valuta sotto il profilo del diritto al contratto o, per maggiore chiarezza, del diritto all'acquisto. In questo senso, la prelazione costituisce attribuzione ad un soggetto di un suo diritto alla stipulazione di un contratto, o di un suo diritto all'acquisto di un determinato bene. In questa sede, per semplicità, faremo riferimento alla compravendita, però, si deve chiarire che quando si parla di prelazione non si esclude che essa possa essere riferita anche ad altre situazioni contrattuali. La valutazione della prelazione come diritto al contratto costituisce un riferimento di carattere generale, anche se noi, per maggior chiarezza, ci riferiremo, in via specifica, al contratto di compravendita.

Parlare di prelazione come ipotesi di diritto all'acquisto significa inquadrare il fenomeno in una certa casella. La prelazione è, quindi, una situazione soggettiva dalla quale scaturisce un'attribuzione di una situazione giuridica privilegiata.

L'immagine del diritto all'acquisto, come immagine generale, ricorre, oltre che nella prelazione, anche in altre ipotesi e rispetto ad altre figure. Si può parlare di diritto all'acquisto, per esempio, nell'ipotesi di ricevimento di una proposta. Il titolare di un bene propone ad un altro soggetto di vendere il bene ad una certa cifra. Ciò fa sì che in testa al destinatario della proposta si possa configurare un suo diritto ad accettare la vendita.

Prelazione come ipotesi di diritto all'acquisto

Altra ipotesi di diritto all'acquisto è quella che inerisce alla stipulazione di un contratto preliminare. Essa, come è noto, produce come effetto la stipulazione dell'acquisto in forma definitiva e, quindi, in virtù del preliminare medesimo, è possibile sostenere che in capo ad uno dei soggetti del rapporto abbia un diritto ad acquistare.

Terza ipotesi di diritto all'acquisto è, appunto, la prelazione. La prelazione costituisce un meccanismo che si inserisce all'interno di una visione volta alla stipulazione di un contratto, a seguito dell'attribuzione, a vantaggio di un certo soggetto, di un suo diritto a concludere un contratto che è quello che risulta dalla comunicazione che viene effettuata dalla controparte. Anche la prelazione, intesa in senso ampio e generale, concede tutela ad un soggetto, dal punto di vista del suo interesse ad acquistare un determinato bene, con conseguente concessione di un diritto all'acquisto.

Pertanto, tutte queste ipotesi, come è evidente, predispongono meccanismi che si inseriscono nell'ambito del procedimento di formazione del contratto: vi è una catena procedimentale che si realizza con vari passaggi e che determina il trasferimento in proprietà del bene.

Fatta questa premessa, e inquadrato il fenomeno all'interno del concetto generale di diritto all'acquisto, procediamo con l'analisi specifica della figura in commento.

Innanzitutto, occorre sottolineare che si possono avere due diverse ipotesi di prelazione. La prelazione può scaturire da un accordo fra due parti, tra le quali intercorre il cosiddetto patto di prelazione. In questo caso, due parti si accordano, nel senso di attribuire ad una delle due il diritto a sostituire un altro soggetto nel procedimento di formazione del contratto. Si parla, in tali ipotesi, di prelazione volontaria. È un meccanismo che si inserisce all'interno della catena

*Prelazione
volontaria*

degli atti che vengono realizzati fra due soggetti, per cui, a seguito dell'accordo (patto di prelazione) ad una delle parti è attribuito il diritto di inserirsi nel procedimento di formazione del contratto, il quale è intercorso fra il soggetto passivo della prelazione e un terzo. In conseguenza di ciò, al soggetto attivo della prelazione viene attribuito il potere (e, quindi, il diritto all'acquisto) di sostituire il terzo nella stipulazione del contratto.

Esistono, poi, tutta una serie di ipotesi, previste a livello legislativo, di cosiddetta prelazione legale (per esempio, in materia agraria, in materia successoria). In questi casi, si tutela, in forma normativa, il diritto di un certo soggetto ad acquistare – qualora lo desideri – un determinato bene.

Prelazione legale

L'iniziale considerazione della prelazione come ipotesi di diritto all'acquisto genera tutta una serie di considerazioni ulteriori. Se, infatti, da un lato, appare chiara la distinzione fra prelazione e proposta, da l'altro lato, lo stesso non può dirsi in merito al rapporto fra prelazione e contratto preliminare. Secondo un certo orientamento dottrinale, è riscontrabile un'analogia tra prelazione e preliminare; è possibile effettuare un'assimilazione fra le due ipotesi. Ciò significa che nell'immagine che dà luogo alla suddetta visione, nella prelazione si ha, nella fase iniziale del rapporto, la configurazione di qualcosa che può essere ricondotto alla figura del contratto preliminare. In altri termini, il soggetto passivo della prelazione, nel momento in cui comunica la sussistenza del rapporto intercorrente con il terzo, secondo tale filone dottrinale, non farebbe altro che comunicare al soggetto attivo della prelazione l'esistenza di un rapporto che può essere inserito nell'ambito della categoria del contratto preliminare.

Prelazione e contratto preliminare

Ad avviso di chi scrive, la suddetta assimilazione non è passibile di molta fiducia. Certamente, la vicenda che consegue alla prelazione presuppone la sussistenza di un rapporto fra soggetto passivo e terzo, ma ciò significa semplicemente che si ha una certa catena procedimentale. Volendo, però, fare una valutazione più rigorosa, è necessario distinguere le due ipotesi. Quando si ha contratto preliminare, si ha un'unica catena procedimentale che è quella all'interno della quale si colloca il preliminare stesso. Voler ricondurre la prelazione all'interno del contratto preliminare porta, per così dire, a sporcarsi le mani perché si dà un'immagine restrittiva di un fenomeno che, al contrario, è più complesso e particolare. La prelazione, quindi, non è riducibile esclusivamente all'interno della figura del contratto preliminare. Essa, come abbiamo già accennato sopra, consiste nell'attribuzione di un potere, a vantaggio dell'avente diritto a prelazione, di sostituirsi ad un terzo nella stipulazione di un contratto. Non c'è, in queste ipotesi, una sola immagine di procedimento. Ciò che si realizza nel momento della comunicazione al soggetto attivo della prelazione è un meccanismo più composito e più complesso. Non è una mera operazione da cui scaturisce esclusivamente una visione di un'unica sequenza procedimentale, ma qui si ha l'esercizio di un potere di sostituzione, nel senso che il soggetto attivo può sostituirsi al terzo nel procedimento di formazione di uno specifico contratto.

A questo punto, vediamo di procedere con l'identificazione della prelazione. Che cos'è la prelazione? In che cosa consiste la prelazione?

*Identificazione della
prelazione*

A tal proposito, nell'ambito del procedimento di formazione del contratto è possibile individuare una serie di ipotesi diverse non tutte riconducibili alla figura della prelazione.

Una prima situazione è quella che si realizza attraverso una relazione fra due soggetti, in forza della quale uno dei due rivolge alla controparte un invito a trattare la stipulazione di un contratto, senza predisposizione di alcuna clausola. Si, per esempio, alle trattative per la vendita di beni immobili: ci sono dei contatti iniziali che determinano l'inizio del procedimento di formazione del contratto. Questa ipotesi è diversa dalla prelazione. L'ipotesi si caratterizza nel senso che il soggetto che riceve l'invito può accettare la trattativa, escludendo, però, la riconduzione di tale rapporto nell'ambito della prelazione perché non sussiste altro se non il diritto a svolgere la trattativa.

Altra situazione è quella dell'invito a trattare con previa determinazione del prezzo a cosiddetta soglia minima; trattativa che, quindi, può essere finalizzata soltanto ad un innalzamento del prezzo predisposto da una delle parti. anche questa è un'ipotesi di svolgimento delle contrattazioni volte alla futura ed eventuale stipulazione di un contratto. Ed anche questa ipotesi si differenzia dalla prelazione.

Terza situazione: invito ad acquistare, o a concludere il contratto ad uno specifico prezzo determinato dal venditore. Questo non è un invito a trattare qualche cosa di più, ma la trattativa si svolge in ordine ad un determinato prezzo che è quello che fissato dal venditore. Anche questa ipotesi è, chiaramente, differente dalla prelazione.

Veniamo alla quarta situazione. Per ragionarsi in maniera specifica di un qualcosa che possa essere ricondotto all'interno della visione che dà luogo alla prelazione bisogna aversi, in origine, una relazione tra un soggetto e un terzo; a seguito di ciò si avrà poi la comunicazione all'avente diritto a prelazione dell'esistenza del

rapporto fra terzo e soggetto passivo della prelazione. In assenza di ciò, vale quanto stabilito fra il soggetto passivo e il terzo. Le tre ipotesi sopra viste erano, semplicemente, modalità particolari di svolgimento della trattativa, ma non si aveva un rapporto originario di intesa fra il soggetto passivo della prelazione e il terzo.

Nella sostanza, per aversi prelazione si è avuto, originariamente, un rapporto fra il soggetto passivo della prelazione ed il terzo; a seguito di questo rapporto si è raggiunta una certa intesa; il tutto viene comunicato all'avente diritto alla prelazione, il quale – qualora lo desideri – può sostituirsi al terzo nel procedimento di formazione del contratto, acquistando il bene alle condizioni già fissate dalle parti originarie del rapporto. Caratteristica specifica della prelazione è, quindi, la concessione al soggetto attivo della prelazione di un diritto di sostituirsi al terzo nell'acquisto del bene. Il meccanismo è molto particolare perché determina una diversa caratterizzazione dei rapporti giuridici: il soggetto avente diritto alla prelazione ha il diritto di sostituirsi ad un terzo non nella formazione del contratto (che avviene, al di fuori, nell'ambito della relazione originaria intercorrente fra soggetto passivo e terzo), ma nell'acquisto del bene.

Nella sostanza, il soggetto attivo della prelazione è titolare di un potere di sostituzione in forma legale a cui consegue la tutela specifica riconosciuta a favore di un certo specifico soggetto.

È possibile individuare anche una quinta situazione. Si può, cioè, avere un procedimento da cui scaturisce un'immagine del contratto, a seguito della quale l'avente diritto alla prelazione può sostituirsi al terzo versando, però, una somma aggiuntiva. Questa ipotesi ulteriore si differenzia dalla prelazione perché, in tal caso, non si ha una sostituzione in forma legale, ma la sostituzione avviene perché il

soggetto ha versato un prezzo maggiore rispetto a quello fissato in origine.

Quello sopra descritto è il meccanismo tipico della prelazione. Tale meccanismo particolare, tipico della prelazione, per come è strutturato, può dar luogo a raggiri ed imbrogli che si manifesteranno con più facilità, per esempio, per quanto concerne la determinazione del prezzo di vendita. Questa situazione richiama alla mente qualcosa che abbiamo già avuto modo di considerare in altra parte del corso, ossia il rispetto del principio di correttezza. Esso, come abbiamo visto, è elevato a principio fondamentale in ambito contrattuale, perciò, vista la sua valenza generalizzata, deve essere richiamato anche nell'ambito del meccanismo tipico della prelazione. Anche in caso di prelazione (sia legale; sia volontaria) c'è la necessità di porre al vertice il rispetto del principio di correttezza contrattuale, nel senso che il soggetto passivo della prelazione non può compiere giuochi di prestigio. In altri termini, è necessario porre in essere un comportamento corretto, con la conseguenza che la correttezza rappresenta, anche in questi casi, il criterio per valutare il comportamento delle parti sia in presenza di prelazione legale, sia in presenza di prelazione volontaria.

*Prelazione e
correttezza*

Il procedimento che caratterizza il meccanismo della prelazione deve essere distinto a seconda che si abbia prelazione legale o prelazione volontaria. Sarebbe interessante valutare ciò che caratterizza le diverse ipotesi di prelazione legale, però, per ovvie ragioni, non possiamo soffermarci sull'analisi di ogni singola ipotesi di prelazione legale. Per questa ragione, ci limiteremo a fare un discorso più generale.

Per quanto concerne la prelazione volontaria, essa costituisce attribuzione ad un certo soggetto di un diritto a stipulare un contratto

in forma sostitutiva di un terzo. Che cosa succede in caso di inosservanza, da parte del soggetto passivo della prelazione, degli obblighi che scaturiscono dal patto di prelazione? Quale tutela ha, in questi casi, il soggetto avente diritto alla prelazione?

In linea generale, dinanzi al comportamento scorretto del soggetto passivo, l'avente diritto perde il suo potere di sostituzione. Si può, comunque, ritenere che, in casi particolari, se l'avente diritto a prelazione è a conoscenza della situazione di relazione intercorrente fra soggetto passivo e terzo può sostituirsi anche in mancanza di comunicazione. Prevale, in quest'ottica, la tutela del soggetto attivo della prelazione che, chiaramente, può sostituirsi rispettando le condizioni contrattuali già predisposte dal soggetto passivo e il terzo.

Nelle ipotesi di prelazione legale, invece, si può avere, in alcuni casi, il riconoscimento di un potere di riscatto a favore del soggetto attivo della prelazione. Il riferimento è, per esempio, al cosiddetto retratto di cui all'articolo 8 della legge n. 590 del 1965 che disciplina un'ipotesi specifica di prelazione legale prevista in materia agraria.

Veniamo, adesso, a considerare, in maniera specifica, i diritti e gli obblighi che scaturiscono dalla prelazione.

In primo luogo, dobbiamo soffermarci sull'obbligo di *denuntiatio* (comunicazione) che spetta al soggetto passivo della prelazione. Colui il quale è parte di una specifica relazione intercorsa con un terzo e che ha dato luogo ad uno schema di carattere contrattuale deve comunicare all'avente diritto a prelazione l'esistenza di tale relazione, dandogli l'immagine del rapporto nell'ambito del quale egli ha il potere di sostituirsi.

Denuntiatio

Per questa ragione, la comunicazione, per avere un senso reale, deve rispecchiare il raggiungimento di una situazione definitiva del

rapporto fra soggetto passivo e terzo. La comunicazione, evidentemente, deve essere completa per dar modo all'avente diritto a prelazione di decidere, di fronte ad un rapporto contrattuale definitivo, se esercitare o meno il suo potere di sostituzione.

L'obbligo di *denuntiatio* ha natura di mera comunicazione, nel senso che non ha caratteri negoziali. La relazione negoziale si costituisce fra soggetto passivo e terzo; per la *denuntiatio* vale, invece, l'espressione di una manifestazione non di volontà, ma di mera comunicazione. Essa è, nella sostanza, meramente documentale.

Per quanto concerne la forma della *denuntiatio*, si può dire, per esempio, che la stessa è perfettamente compiuta sulla base di una mera comunicazione verbale. Questa modalità di esercizio della *denuntiatio* non appare, però, perfettamente valido anche perché sarà necessario valutare le diverse ipotesi a seconda della natura specifica del rapporto. Quando, per esempio, siamo in presenza di beni immobili, la *denuntiatio* dovrà essere formalizzata e non essere effettuata attraverso una semplice comunicazione verbale. Addirittura, in alcune ipotesi di prelazione legale, per poter assolvere all'obbligo di *denuntiatio*, il soggetto passivo della prelazione dovrà fornire all'avente diritto il testo completo della relazione contrattuale instaurata con il terzo.

Altro aspetto da considerare concerne la possibilità o meno di revoca della *denuntiatio*. Può il soggetto passivo della prelazione revocare ciò che ha precedentemente comunicato? La risposta, ad avviso di chi scrive, deve essere negativa. La revoca della *denuntiatio* è, quindi, inammissibile anche perché, come abbiamo già detto, la comunicazione non è atto a contenuto negoziale. Si può avere, al limite, l'eventuale caduta della *denuntiatio* nel caso in cui venga meno il rapporto intercorrente fra soggetto passivo e terzo. Viceversa,

parlare di revoca della comunicazione è una contraddizione in termini perché la revoca può colpire non tanto la *denuntiatio* quanto piuttosto la base del rapporto che lega il soggetto passivo e il terzo.

Altra considerazione: vi sono dei limiti di tempo entro cui eseguire l'obbligo di *denuntiatio*? Solitamente, non sono previsti specifici limiti di tempo; alcune indicazioni, in tal senso, possono aversi in alcune ipotesi specifiche di prelazione legale. Al di là di precise indicazioni temporali, l'unica cosa che possiamo dire è che è, comunque, necessaria una certa tempestività della comunicazione. Anche rispetto a tale questione è necessario richiamare alla mente il rispetto del principio di correttezza che, come tale, può comportare il rispetto di determinati limiti temporali, oltre i quali si rientrerà nell'ambito del comportamento scorretto.

Infine, occorre dire qualcosa in ordine al contenuto della *denuntiatio*. La comunicazione, come abbiamo già detto, deve avere un contenuto completo e deve determinare la conoscenza totale del rapporto originario intercorrente fra il soggetto passivo della prelazione ed il terzo.

Dopo che il soggetto passivo ha esercitato, nelle modalità suddette, l'obbligo di *denuntiatio*, il momento successivo è rappresentato dall'atto di esercizio della prelazione da parte del soggetto attivo. Chiaramente, l'avente diritto a prelazione, a seguito della *denuntiatio*, è libero di esercitare o meno la prelazione, sostituendosi al terzo nella stipulazione del contratto.

Tale atto di esercizio necessita, comunque, di tempistiche appropriate, cioè ci vuole una certa sequenza che deve essere rispettata.

L'atto di esercizio può avere anche un contenuto ridotto e può esaurirsi anche in una mera formula, nel senso che l'avente diritto

*Atto di esercizio della
prelazione*

può, semplicemente, limitarsi a dire di volersi sostituire al terzo nella stipulazione del contratto. L'atto di esercizio, diversamente dalla *denuntiatio*, è una manifestazione di una volontà giuridica negoziale.

L'atto di esercizio è passibile di revoca? La revoca dell'atto di esercizio può dar luogo a delle conseguenze sia in riferimento al rapporto che lega soggetto attivo e passivo della prelazione, sia nei confronti del terzo. Per questa ragione, non si può considerare la revoca dell'atto di esercizio ammissibile in senso assoluto ed in qualunque momento. Un primo riferimento, in tal senso, potrebbe essere presente nel patto di prelazione volontaria, oppure nell'ambito della disciplina delle singole ipotesi di prelazione legale. In mancanza di riferimenti specifici, però, forse è più opportuno sostenere la irrevocabilità dell'atto di esercizio della prelazione.

Dopo la *denuntiatio*, dopo l'atto di esercizio della prelazione, si avrà, come ultimo passaggio, la conclusione del contratto. Mettiamo il caso che Tizio abbia esercitato la prelazione, determinando la nascita di un rapporto fra soggetto attivo e soggetto passivo. In questi casi, esiste il contratto, però, bisogna domandarsi se, in queste ipotesi, sia possibile procedere alla stipulazione, in via definitiva, di un ulteriore atto contrattuale tra le parti. E, soprattutto, bisogna chiedersi quale sia il valore giuridico di questo ulteriore atto contrattuale. È un atto di carattere negoziale? Oppure si deve ritenere che tale volontà si è già manifestata nel momento in cui si è determinato il rapporto fra soggetto passivo della prelazione e terzo?

In queste ipotesi, infatti, il rapporto negoziale che intercorre fra le parti è il frutto di una volontà negoziale che si è manifestata in precedenza, nell'ambito della relazione che fra soggetto passivo e terzo. Il soggetto attivo si limita ad accettare ciò che altri hanno

*Conclusione del
contratto*

predisposto ed il contratto rappresenta la formalizzazione di una volontà negoziale da altri manifestata.