

LUIGI TRISOLINO

**ELETTIVITÀ NEGOZIALE SOGGETTIVA
ED OGGETTIVA TRA PRELAZIONE,
“DISPRELAZIONE” E DESTINAZIONI
PROPRIETARIE**



ELETTIVITÀ NEGOZIALE
SOGGETTIVA ED OGGETTIVA
TRA PRELAZIONE,
“DISPRELAZIONE” E
DESTINAZIONI PROPRIETARIE

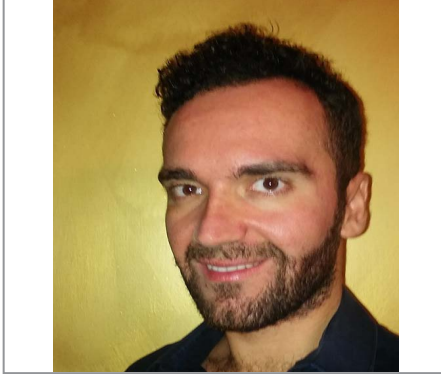


LUIGI TRISOLINO

Indice

L'AUTORE	4
Parte Prima	
<i>Inquadramento problematico</i>	5
Parte Seconda	
<i>Elettività negoziale soggettiva e prelazione volontaria</i>	10
Parte Terza	
<i>Articolo 2645-ter del codice civile e predestinazione soggettiva</i>	21

L'Autore



LUIGI TRISOLINO
AVVOCATO

ELETTIVITÀ NEGOZIALE SOGGETTIVA ED OGGETTIVA TRA PRELAZIONE, “DISPRELAZIONE” E DESTINAZIONI PROPRIETARIE

Luigi Trisolino è nato a Francavilla Fontana (BR) l'11 ottobre 1989.

Ha conseguito la maturità classica nella città natale nel 2008, la laurea magistrale quinquennale in Giurisprudenza presso l'Università Roma Tre nel 2013, il diploma di specializzazione per le professioni legali presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali “Vittorio Aymone” (Lecce) nel 2015; è avvocato (esame di abilitazione 2015); ha continuato la sua formazione giuridica presso altre scuole giuridiche specializzanti.

Autore di saggi e articoli su riviste giuridico-culturali, scrive in poesia e in prosa da quando era bambino.

Per quanto concerne il settore giuridico, ha pubblicato due monografie, una di diritto civile sulla diseredazione e una di diritto penale sull'abuso d'ufficio, e tanti saggi di carattere tecnico-giuridico e giusfilosofico.



Inquadramento problematico

L'ordinamento giuridico civilistico nelle sfere dinamiche del proprio svolgimento riconosce e garantisce, entro limiti posti dal legislatore, un variabile grado di **autonomia negoziale** in capo al soggetto privato, appartenente alla generalità dei consociati quale *quisque de populo* o quale soggetto di volta in volta qualificato, a seconda delle fattispecie e dei casi concreti, come imprenditore, consumatore, testatore, proprietario disponente, o beneficiario, e così via.

All'interno dell'entroterra della libertà *iure privatorum*, nel rigore della consacrazione autonomistica di cui all'articolo 41, comma 1, Costituzione, occorre rilevare che l'ermeneutica giurisprudenziale apporta uno spostamento dell'equilibrio dei pesi e contrappesi ordinamentali, tra autonomia negoziale ed eteronomia prescrittiva, nel punto in cui vengono soddisfatti gli interessi del privato disponente stesso alla **conservazione patrimoniale**, alla **estensione realizzativa della propria dimensione personologica o di quella del dare e dell'avere**, da un lato, con gli interessi sottesi agli affari degli altri privati eventualmente controinteressati, dall'altro lato; nonché da ultimo con un proporzionale temperamento degli interessi pubblicistico-statali in senso stretto.

Questo punto focale, di equilibrio, nel sistema di gestione delle istanze in tensione dei disparati e divergenti interessi, così, costituisce la **situazione ottimale in cui le posizioni giuridiche soggettive assolvono alla propria funzione di esercitare il contenuto giuridico del proprio oggetto**, di volta in volta definito o definibile attraverso gli **strumenti della negozialità**, all'insegna dell'irrinunciabile clausola sistemica di correttezza (arg. *ex* articoli 1175, 1375 Codice Civile).

L'articolo 1322 Codice Civile, che tradizionalmente rappresenta la consacrazione codicistica dell'autonomia contrattuale, svolge il ruolo di perno normativo all'interno di una compagine di fattispecie civilistiche necessariamente rispondenti ai principi generali, nazionali, europei ed internazionali (articolo 117, comma 1, Costituzione).

All'interno della libertà generalmente menzionata nel suo *an* ordinamentale, e sinteticamente descritta nella sua complessa caratura quantistica, frutto di un ancor più complesso esame contemperativo degli interessi dinamici contrapposti e contemplati in astratto dal legislatore, occorre soffermarsi sul *quid* e sul *quomodo* di una siffatta autonomia.

Nella **libertas disponendi** ampio spazio trova la attività elettiva, di scelta: lo **ius disponendi** implica spesso uno **ius eligendi**; tuttavia, nell'analizzare la portata sia astratta che concreta delle singole figure fattispeciali in cui si manifesta questa **libertas eligendi**, a rigore, ci si

sofferma sugli aspetti strutturali-oggettivi e su quelli strutturali-soggettivi in momenti separati. Tale separatezza non risulta assoluta, e una tale assolutezza separatistica se non priva tali aspetti di quella necessaria interconnessione logica nella ricostruzione funzionale dell'istituto, sicuramente priva tali aspetti di una interconnessione operativa. Una connessione teleologica tra i frangenti soggettivi ed oggettivi dello *ius eligendi*, infatti, può trovare spazio nel mondo dell'effettivo tessuto negoziale determinativo, per come risulta regolabile in astratto dal legislatore attraverso l'istituto della **prelazione**, attraverso i **meccanismi del vincolo fiduciario** e dei **negozi di destinazione proprietaria**, da un lato, e per come risulta configurabile in concreto dalla volizione dei soggetti disponenti che utilizzano le anzidette formule giuridiche generali e astratte.

Così, ad esempio, Tizio sceglie Caio come soggetto da porre in un campo elettivo negoziale per il caso – eventuale, incerto sicuramente nell'*an* – in cui egli decida di alienare in compravendita un determinato bene, per un determinato vincolo, e con una determinata destinazione: il campo elettivo negoziale nel suo aspetto soggettivo concretizzatosi nella istituzione di un prelazionario può trovare una propria estensione causale nell'aspetto oggettivo della *res* compravenduta, e quindi nella scelta di porre un vincolo su un determinato bene, peculiarizzato a determinati fini, come avviene nel caso di cui all'articolo 2645-ter Codice Civile. La *res* può risultare oggettivamente, od anche soltanto nella percezione e nella volizione delle parti, come strutturalmente funzionale all'esigenza del soggetto prescelto per il caso di verifica della eventuale operazione negoziale. Tale operazione, a rigore, rappresenta un *prius* e un perno logico per l'effettiva efficacia realizzativa dell'anzidetta elezione soggettiva ed oggettiva.

Si prenda ora a specifico oggetto d'analisi il campo elettivo negoziale *inter vivos* di carattere soggettivo di cui qui si tratta, ossia la prelazione volontaria. Alla base di essa vi è l'autonomia privata, e quindi il contenuto della libertà privata.

Predicato nomologico di una siffatta *libertas* che diviene – tecnicamente – *ius eligendi* soggettivo, quindi, è il diritto di prelazione di fonte volontaria. Una libertà nel momento volitivo della elettività, poiché il prodotto di tale facoltà elettiva, a rigore, costituisce una limitazione precanalizzata della libertà negoziale medesima, una libertà già svoltasi in una scelta vincolante, in caso di verifica dell'operazione negoziale: una libertà che meglio può essere intesa se inquadrata nella categoria dinamica dell'autonomia, appunto.

L'**autonomia elettiva**, così, diviene il *primum movens* dell'attività prelazia; dal punto di vista soggettivo si attribuisce astratta priorità ad una posizione soggettiva rispetto alle altre nel prodotto effettuale immediato della determinazione negoziale prelazia.

Ciò ricorda molto il meccanismo di elettività – certamente non *inter vivos* bensì *mortis causa* – dell'autonomia regolativa testamentaria di destinazione patrimoniale soggettiva per il tempo in cui il disponente avrà cessato di esistere. Potrebbe pensarsi, *a contrario*, che come il carattere dispositivo del negozio testamentario sia tanto di carattere attributivo-positivo quanto di carattere ablativo-negativo (con la facoltà diseredativa, riconosciuta ancora una volta da ultimo dalla Corte di Cassazione nel 2012 e nel 2013), così per l'istituto di elettività negoziale soggettiva, la prelazione convenzionale, si potrebbe pensare ad una **disprelazione**,

sempre revocabile come pure le disposizioni testamentarie. Tizio, autore del negozio, elegge in senso negativo il soggetto a cui non deve assolutamente essere indirizzata la attribuzione patrimoniale che potrebbe liberamente effettuare. Le combinazioni nomologiche nel sentiero ordinamentale sono quasi infinite!

Al di là dell'ironia concettuale, occorre mettere a fuoco le differenze strutturali tra la diseredazione e quella che in questo scritto è stata battezzata come la disprelazione. La diseredazione pura – clausola meramente diseredativa – ammissibile, nel sistema attuale come interpretato da ultimo dalla Suprema Corte, è soltanto quella che ha l'effetto giuridico di escludere dal quadro dei successibili uno o più determinati eredi legittimi, non legittimari.

Si è quindi all'interno di una elettività negativa, ablativa, ma limitata ad una cerchia definita o definibile di soggetti, i successibili. Ciò senza considerare che a prescindere la diseredazione è un negozio a causa di morte, in cui la morte risulta essere l'elemento essenziale a partire dal quale il piano negoziale volitivo del testatore troverebbe una pratica attuazione, e che la morte è un evento incerto nel *quando* ma certo nell'*an*, al contrario dell'elemento genetico dell'effetto attuativo del negozio *inter vivos* prelatizio, il quale appunto ruota attorno alla verifica dell'evento-operazione giuridica nella quale si concretizzerebbe l'effetto elettivo soggettivo, evento che quindi risulta incerto già nell'*an*.

Per quel che concerne una eventuale operazione negoziale negativa che qui è stata definita disprelazione, invece, una situazione chiusa sarebbe alquanto improbabile in situazioni contrattuali ordinarie: Tizio si impegna a non indirizzare verso un dato soggetto un determinato bene della vita, o una *res*, o un diritto, al di fuori dei casi in cui ciò non sarebbe invece *ex lege* consentito, come nel caso degli operatori economici tenuti a contrattare con la generalità degli utenti. La funzione sarebbe quella di punire, con una sorta di pena privata invero non ammessa nell'ordinamento civilistico italiano, un soggetto in casi che il disponente ritiene idonei in virtù di una tale determinazione negoziale di esclusione aprioristica.

Una siffatta manovra disprelatizia potrebbe riconoscersi utile soltanto nell'entroterra di un meccanismo giuridico di scelta del contraente ad opera di un terzo, arbitratore, all'interno di una cerchia di soggetti. In questa situazione, in cui si combinano le fattispecie di *electio* in una dimensione elettiva complessa, ad opera del disponente e dell'arbitratore, potrebbe avere senso discorrere circa la idoneità causale di un negozio *inter vivos* di disprelazione.

Il **vaglio della meritevolezza di interessi** secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. troverebbe piede in questa fattispecie mai affrontata in dottrina, qualora si inquadrasse la prelazione volontaria nello schema nomologico del contratto a favore di terzi, e insieme come *pactum de non contrahendo et de contrahendo*: di *pactum* si tratta e non di atto unilaterale come nel caso del testamento, contenitore giuridico della clausola meramente diseredativa. Non occorre così il combinato disposto dell'articolo 1324 Codice Civile, per rientrare sotto l'egida del secondo comma dell'articolo 1322: in realtà e a rigore, nel caso della diseredazione pura non si deve considerare il comma secondo anzidetto sull'autonomia contrattuale atipica, poiché secondo la tesi della diretta riconducibilità della facoltà ablativo-testamentaria nella compagine naturale e neutrale dell'attività dispositivo-testamentaria (di cui all'articolo 587 Codice Civile sulla definizione di testamento), di per sé

tanto attributiva quanto ablativa, l'istituto diseredativo sarebbe meramente innominato e non atipico in senso stretto.

Non soltanto innominato ma pure atipico sarebbe, invece, l'istituto della disprelazione, peculiarizzato in combinato disposto con la fattispecie in cui è presente un arbitratore che deve espletare il proprio *munus* privato di determinazione soggettiva entro i limiti di una cerchia non indeterminata di soggetti.

Si è visto, quindi, quanti problemi si possono propinare dispiegando l'autonomia negoziale elettiva nel versante soggettivo, con l'istituto prelatizio volontario. Le medesime problematiche scientifiche e pratiche non si pongono invece per la dimensione oggettiva della elettività negoziale, con le destinazioni proprietarie, e quindi con le proprietà oggettivamente destinate.

Dal punto di vista oggettivo le destinazioni proprietarie (proprietà agraria, industriale, nell'interesse altrui, fiduciaria, e da ultimo quella vincolata *ex* articolo 2645-ter Codice Civile con possibilità di destinare beni immobili o mobili registrati a scopi meritevoli di tutela), possono porre tutta una serie di problemi che non rientrano nell'oggetto gnoseologico della presente trattazione, invero incentrata più in generale sui meccanismi complessi di elettività negoziale *inter vivos*.

Se si unissero diacronicamente i versanti della **elettività soggettiva** a quelli della **elettività oggettiva**, si aprirebbero problemi di inquadramento e di buona tenuta giuridica – in un sistema di *Civil law* – dell'**operazione causalmente complessa**, o comunque composita, sopra descritta.

Mera connessione negoziale e/o collegamento causale-negoziale tra un patto di prelazione e un negozio di destinazione proprietaria *ex* articolo 2645-ter Codice Civile?

Nel caso in cui oggetto del patto di prelazione sia una compravendita immobiliare, la causa camaleontica del negozio prelatizio andrebbe a colorarsi specificamente della causa di un successivo negozio di destinazione patrimoniale a fini meritevoli di tutela? In una tale operazione patrimoniale, si potrebbe riprendere la teoria del negozio astratto propedeutico e dipendente da un negozio causale? A tale quesito sarebbe relativamente facile rispondere giacché la struttura della prelazione non consente un tale inquadramento, poiché il concedente-promittente non si obbliga a contrarre, come nel contratto preliminare con tutela reale, ed un negozio privo di causa non potrebbe configurarsi ai sensi dell'articolo 1325, n. 2, in combinato disposto con l'articolo 1418.

Si dovrebbe parlare di connessione, nel caso in cui il concedente al momento del perfezionamento del patto prelatizio non ha posto le basi della successiva operazione di destinazione proprietaria oggettiva a fini meritevoli di tutela, qualora una tale destinazione proprietaria, frutto dell'esercizio dello *ius eligendi* nel suo versante oggettivo, venisse appunto configurata *ex post* ed *in itinere*¹. Si parlerebbe, invece, di collegamento negoziale in caso di sapiente inserimento del patto prelatizio in un entroterra più ampio di un'operazione patrimoniale con

¹ Se il punto di maggior rilievo per il collegamento causale risulta essere – secondo la dottrina – il versante dell'apprezzamento causale, poiché oltre alle cause di ciascuna operazione negoziale dovrebbe potersi distinguere una causa unitaria complessiva e comune ai negozi collegati, anche per la connessione la causa rappresenta una qualifica dei piani negoziali nella loro pratica configurazione operativa, acquisibile anche *ex post*.

una causa complessa, teleologicizzata alla destinazione di cui all'articolo 2645-ter.

Si potrebbe discorrere quindi di una proprietà direttamente vincolata prelatiziamente, ed indirettamente vincolata a scopi meritevoli di tutela, realizzando una elettività soggettiva a mezzo di prelazione convenzionale, condizionata 1) alla scelta di contrarre da parte del concedente-promittente, e 2) alla scelta di destinare in senso specificamente sociale una *res* immobile o mobile registrata.

Il primo vincolo, di destinazione soggettiva, sarebbe propedeutico al secondo vincolo, di destinazione oggettiva e funzionalizzata in senso specificamente sociale; l'articolo 2645-ter Codice Civile rientra nell'ottica, e nell'etica, dell'articolo 42, comma 2, Costituzione, in combinato disposto coi principi di cui agli articoli 2 e 3, comma 2, Costituzione.

Sarebbe d'altronde prospettabile un ulteriore problema con conseguente prova di resistenza della tesi del **collegamento negoziale** anzidetto: l'eventuale operazione a scopo sociale della destinazione oggettiva, successiva al patto prelatizio, non rientra nella (pure eventuale) **sfera dei motivi** – e non nella causa – di questa operazione negoziale, complessa, ad eventuale vocazione sociale? I motivi, tranne se ai sensi dell'articolo 1345 Codice Civile rendono il contratto illecito perché le parti si sono determinate appunto a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe, sono irrilevanti, o comunque contribuiscono soltanto a **corroborare l'*humus* causale nella teoria della causa in concreto**, ora maggioritaria in dottrina. Se quindi dovessimo abortire dall'inquadramento nomologico e strutturale sopra descritto, non si rischierebbe di non apprestare un'adeguata tutela giuridica (che la Carta costituzionale e il diritto sovranazionale prescriverebbero) ad una situazione in cui l'eventualità di una disposizione vincolata a causa sociale potrebbe essere maggiormente tutelata nella propria canalizzazione soggettiva, in favore del prelazionario-beneficiario, da un patto di prelazione posto alla base dell'intera operazione?



Elettività negoziale soggettiva e prelazione volontaria

In un'indagine orientata a sondare i collettori logico-giuridici tra la prelazione e le destinazioni proprietarie, a rigore, risulta normale l'esclusione della prelazione cosiddetta legale.

Risulta pertanto oggetto posizionabile fuori dalla messa a fuoco analitica la prelazione ereditaria di cui all'articolo 732 Codice Civile, quella urbana di cui all'articolo 8, Legge n. 590/1965, quella all'imprenditore affittuario di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure concorsuali; e così pure la forma prelazia legale di cui al comma 5 dell'articolo 230-*bis* Codice Civile sulla preferenza accordata al familiare collaboratore dell'imprenditore in caso di divisione ereditaria o trasferimento dell'azienda², la forma prelazia di cui al comma 3 dell'articolo 2441 Codice Civile sul percorso preferenziale intrinsecato nella posizione soggettiva dell'azionista nell'acquisto di azioni od obbligazioni convertibili in azioni rimaste inoptate³. E, ancora, fuori dalla ricerca di cui alla seguente breve trattazione si collocano quelle forme di elezione *ex lege* presenti nella legislazione speciale a tutela dei fenomeni sociogiuridici attinenti alla nuova urbanizzazione, come la prelazione urbana di cui agli articoli 38-40, Legge n. 392/1978⁴, nonché la prelazione del locatario di immobili adibiti ad uso abitativo di cui all'articolo 3, Legge n. 431/1998; ma si pensi pure alla prelazione statutale sui beni d'interesse storico-culturale, di cui agli articoli 60-62, Decreto Legislativo n. 42/2004⁵.

Il diritto di prelazione è stato pure attribuito, dalla Legge n. 49/1995 ("Provvedimenti per il credito e la cooperazione e misure urgenti a salvaguardia dei livelli di occupazione") alle cooperative di dipendenti di imprese soggette alle procedure concorsuali, e dalla Legge n. 223/1991 all'imprenditore affittuario di aziende appartenenti ad imprese assoggettate alle procedure concorsuali. Da ultimo, poi, il legislatore con il Decreto Legislativo n. 122/2005

² DE RUBERTIS, *La prelazione di cui all'art. 230-bis*, in *Vita not.*, 1983, p. 1238.

³ LUCARINI, Art. 2441 c.c., 3° comma, diritto di prelazione o diritto di opzione?, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 260; MUCCIARELLI, *La prelazione nell'art. 2441*, in *Riv. società*, 1992, pp. 17 ss.; SORDELLI, *Opzione, prelazione e criteri di ripartizione per nuove azioni rimaste inoptate*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 399.

⁴ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, in *Trattato di diritto immobiliare* diretto da G. Visintini, Vol. II *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, p. 581; BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, 1988, p. 157.

⁵ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 581.

(art. 9)⁶ ha scolpito l'ulteriore fattispecie prelatizia a favore degli acquirenti⁷ di immobili da costruire in sede di vendita forzata del bene immobile oggetto di contratto⁸.

Categorizzare nella fattispecie di **prelazione legale** l'insieme di tali disposizioni normative di legislazione cosiddetta speciale, invero, risulta un utile lavoro ai fini del discernimento dalla residuale facoltà prelatizia di carattere volontario-negoziale. In ragione del principio di identità, di non contraddizione e del terzo escluso, se "la disciplina" delle fattispecie prelatizie legali, nel suo composito arcipelago normativo, riuscisse a fornire all'interprete un proprio specifico minimo comun denominatore di regime, si potrebbe pensare che la residuale fattispecie prelatizia volontaria sarebbe sicuramente retta da un altro meccanismo giuridico, con distinti presupposti e divergenti contenuti.

Una regola *generale* sulla peculiarità causale di una tale fattispecie prelatizia non legale, però, non è presente nel sistema giuridico; occorre pertanto chiedersi se sia possibile ricostruire analogicamente un microsistema di regole applicabili a tale figura, utilizzando l'anzidetto arcipelago normativo.

Il legislatore considera espressamente una **figura prelatizia convenzionale** nella specifica ipotesi contrattuale di cui all'articolo 1566 Codice Civile, rubricato "Patto di preferenza", sul contratto di somministrazione. Da tale operazione legislativa di nomo-scultura specifica, secondo un orientamento dottrinale, si potrebbe cogliere un implicito riconoscimento della prelazione pattizia come istituto di carattere generale, idoneo a fugare ogni dubbio circa l'ammissibilità di analoghi accordi in panorami contrattuali distinti dalla somministrazione e, a prescindere, sulla liceità medesima nonché sulla meritevolezza di ogni situazione elettiva preferenziale. Secondo una autorevole voce dottrinale⁹, poi, il riconoscimento generale della prelazione volontaria all'interno della regolamentazione sulla somministrazione sarebbe una contingenza giustificata da ragioni di opportunità, nella complessa economia codicistica del 1942, la quale, invero, ha inaugurato *expressis verbis* tale istituto a base volontaria, che mancava nella precedente legislazione.

Nella logica strutturale dell'articolo 1566, però, la prelazione volontaria non viene in considerazione quale contratto autonomo, bensì come clausola con cui le parti possono eventualmente arricchire il contenuto di un contratto tipico, con la conseguenza della difficoltà di inquadrare una causa propria del patto prelatizio in questione, al di fuori e al di là di un suo inserimento in un più ampio regolamento negoziale¹⁰.

⁶ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 582.

⁷ Fattispecie utile per la protezione del risparmio familiare investito nell'acquisto del bene immobiliare quale casa abitativa, nelle ipotesi di insolvenza della parte alienante, assoggettata alle procedure concorsuali o di pignoramento dell'immobile oggetto di negoziazione e alienazione. Si ricordi a tal proposito la garanzia riconosciuta in generale dall'art. 47 Cost., sia nel primo comma che nella prima parte del secondo comma.

⁸ LUMINOSO, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in LOBUONO-LOPS-MACARIO, *Atti dell'incontro di studi*, 2008, p. 2; MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, 2007, pp. 93 ss.

⁹ CORRADO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Vol. VII, 1963, p. 262.

¹⁰ GABRIELLI, *Prelazione (patto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 1990, P. 2.

Occorre pertanto chiedersi se sia possibile un ragionamento induttivo, il quale parta dall'articolo 1566 Codice Civile per stagliarsi su versanti nomologici istitutivi di una figura generale, quella appunto della prelazione volontaria di matrice negoziale e non legislativa in senso stretto. Occorre pure domandarsi quanto la fattispecie speciale di cui all'articolo 1566 medesimo sia il portato consequenziale di un'ottica regolativa tutta mercatoria, nel suo vecchio stampo corporativistico del '42, in funzione limitativa della concorrenza.

Come ricorda un'autorevole voce in dottrina, l'assimilazione tra la prelazione statutaria e quella legale, sul comune presupposto della efficacia reale e della opponibilità nei confronti dei terzi del diritto, ha condotto nel silenzio della legge e nel bel mezzo di vari contrasti, all'ampliamento dell'ambito di operatività del riscatto¹¹. Ma nell'entroterra della somministrazione, contratto di impresa ed unico baluardo di appoggio concettuale per la costruzione di una categoria istituzionale della fattispecie prelatizia negoziale generale, il diritto di prelazione non è garantito dal diritto di riscatto; si ha una efficacia obbligatoria e non reale, e in caso di violazione il prelazionario insoddisfatto può chiedere il risarcimento del danno.

Pertanto, la raccomandazione scientifica ed ermeneutica che la sopra citata dottrina intende fare, nel suo rigore analitico, è quella di affidare il compito di colmare la lacuna normativa – in assenza di referenti omogenei da cui ricavare una disciplina certa – all'interprete, attraverso il ricorso alle norme sul contratto in generale e attraverso un uso molto prudente e ponderato dello strumento analogico¹².

Un'analisi sulla elettività negoziale soggettivo-prelazionaria non può prescindere dallo scrutinio delle differenti teorie che hanno indagato sull'ontologia e sulla struttura della prelazione convenzionale medesima. Prima di addentrarsi in tali *scrutationes*, tuttavia, risulta necessaria una serie di osservazioni normative con le conseguenti argomentazioni.

Se la figura speciale di prelazione volontaria scolpita dal legislatore in seno alla disciplina del contratto di somministrazione risulta essere una figura rientrante nel campo applicativo dell'autonomia contrattuale, nel suo frangente dinamico, di cui all'articolo 1322 Codice Civile, in connessione coi valori costituzionali di cui all'articolo 41, comma 1, Costituzione, si può aprire un dibattito sulla tipologia di autonomia contrattuale qui realizzata. Si tratterebbe di una autonomia avvinta e limitata al principio di tipicità, senza dubbio, per quel che concerne il contratto di somministrazione; tuttavia, se si volesse leggere l'indice sistematico-giuridico specifico di cui all'articolo 1566 Codice Civile in connessione col portato nomologico di cui al secondo comma dell'articolo 1322 Codice Civile, sulla autonomia contrattuale atipica, l'acume e la *prudentia iuris* potrebbero canalizzare l'istituto generale prelatizio convenzionale nel meccanismo di cui al predetto comma secondo, con il conseguente vaglio della idoneità realizzativa di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

¹¹ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 587.

¹² SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 587.

Se la presenza della prelazione volontaria di cui all'articolo 1566 rappresenta una certa manifestazione di un interesse meritevole di tutela in quello specifico frangente contrattuale, a rigore, in altri frangenti come ad esempio in un contratto di compravendita immobiliare, occorre un vaglio di meritevolezza ad opera delle parti e dei legali rappresentanti delle parti, degli avvocati, del notaio rogante, ed eventualmente del mediatore e del giudice.

Se altrimenti si sceglie di seguire la strada ermeneutico-legittimativa dell'autonomia tipica di cui al primo comma dell'articolo 1322, analogicizzata in altri contesti e in altre fattispecie contrattuali – diverse dalla somministrazione – occorre tener presente ciò che la Suprema Corte ha affermato, invero, circa la determinazione del contenuto contrattuale che le parti possono liberamente determinare, nei limiti imposti dalla legge. In particolare, per quel che concerne il **feeling tra autonomia iure privatorum e ordinamento**, spetta a quest'ultimo determinare il trattamento giuridico del negozio, ossia stabilirne i cosiddetti effetti giuridici, mentre spetta alle parti, nell'esercizio (appunto) della loro autonomia negoziale, determinare il contenuto precettivo del negozio, non senza sottostare ai limiti che la legge di volta in volta stabilisce (Cass., 18 agosto 1966, n. 2250).

In un assetto contenutistico-contrattuale come quello della prelazione convenzionale, a rigore, l'effetto giuridico verrebbe ad essere reso eventuale, subordinato alla **decisione (pure eventuale) del soggetto disponente di effettuare l'operazione patrimoniale** su cui farebbe perno la realizzazione effettiva della elezione preferenziale soggettiva. Fermo restando il momento conclusivo del contratto ai sensi dell'articolo 1326 Codice Civile, che pure può essere derogato nel lecito esercizio dell'autonomia dei privati (Cass., 4 febbraio 2000, n. 1239), nell'esplicazione della propria autonomia le parti contrattuali, ai sensi dell'articolo 1322, ben possono convenire – in generale – il differimento della produzione degli effetti finali dello stesso alla scadenza di un termine – “termine di efficacia” – senza che il vincolo negoziale possa perciò considerarsi inesistente, come confermato dagli articoli 1372 e 1373, secondo cui il vincolo negoziale esiste a prescindere dalla esecuzione o eseguibilità del contratto, e cessa soltanto per le cause previste dalla legge (Cass., 26 maggio 2004, n. 10179).

Dalla norma-principio generale (articolo 1322) si può scendere sul piano fattispeciale di cui all'articolo 1566, per avere più idonei strumenti ai fini della **analisi valutativa circa la prospettabilità di un più ampio istituto prelatizio convenzionale**.

Ai sensi del primo comma dell'articolo 1566 (patto di preferenza per la somministrazione), così, il legislatore ha significativamente statuito che il patto con cui l'avente diritto alla somministrazione si obbliga a dare la preferenza al somministrante nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto, è valido purché la durata dell'obbligo non ecceda il termine di cinque anni; e che se è convenuto un termine maggiore, questo si riduce a cinque anni.

La teleologia legislativa appare connessa ad una dimensione di riconoscimento della legittimità e della validità sì, ma anche ad una dimensione eminentemente limitativa in senso cronologico delle restrizioni alle libertà economico-imprenditoriali, insite nel riconoscimento medesimo del patto di preferenza.

Il secondo comma dell'articolo in questione prosegue statuendo che l'avente diritto alla

somministrazione deve comunicare al somministrante le condizioni propostegli da terzi e il somministrante deve dichiarare, sotto pena di decadenza, nel termine stabilito o in mancanza in quello richiesto dalle circostanze o dagli usi, se intende valersi del diritto di preferenza.

La Suprema Corte, a proposito del riconoscimento anzidetto, ha affermato che l'impegno pattizio di preferire un determinato soggetto nella conclusione di un affare – prelazione convenzionale – implica, in applicazione dei criteri evincibili dalle ipotesi di prelazione legale ed in difetto di diversa regolamentazione negoziale, l'obbligo di comunicare a detto soggetto tutti gli elementi dell'offerta pervenuta dal terzo, che si rendano necessari per dargli la piena consapevolezza dei termini dell'affare, e quindi, la possibilità di valutare la convenienza dell'esercizio della prelazione (Cass., 12 marzo 1981, n. 1407). Tale dichiarazione si colora funzionalmente, in tal modo, di una caratura che funge da perno di scarto tra la dimensione dell'esercizio della libertà economica di cui all'articolo 41 Costituzione, e la dimensione della piena legittimità ed efficacia della **precanalizzazione dispositivo-elettiva di fonte pattizia**.

Nella pronuncia del 1981 sopra riportata, poi, la Corte prosegue affermando che la comunicazione *de qua* non può limitarsi alla mera enunciazione della intenzione di addivenire ad un affare determinato, ma deve indicare gli elementi del contratto, in modo da tradursi in una vera e propria proposta contrattuale, ed eventualmente anche il nome del terzo autore delle condizioni ultronee oggetto di comparazione, qualora tale indicazione in relazione al riscontro di una volontà delle parti che assegni rilevanza all'*intuitus personae* si appalesi necessaria per assicurare le indicate esigenze (Cass., 12 marzo 1981, n. 1407).

Nell'analizzare il contenuto delle posizioni giuridiche soggettive delle parti di tale patto di preferenza, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che dalla norma di cui all'articolo 1566 Codice Civile derivano al soggetto passivo della prelazione due obblighi: quello – principale – di garantire la preferenza al soggetto attivo nella stipulazione di un contratto avente un determinato oggetto, o di ogni contratto avente quell'oggetto, da stipularsi nel periodo di tempo, non maggiore di cinque anni, per il quale è stato concesso il diritto; l'altro, complementare, consistente nel comunicare al titolare della prelazione le condizioni proposte da terzi, per dargli modo di dichiarare se accetta di concludere il contratto a quelle condizioni (Cass., 26 luglio 1974, n. 2269).

L'equilibrio tra pesi e contrappesi non si realizza soltanto sul piano concettuale-valoriale tra tutela della libertà economica e tutela della libertà di vincolarsi pattiziamente, ma **si realizza concretamente nella ricerca del punto di equilibrio tra gli interessi delle parti**, in un contesto contrattuale in cui il titolare della facoltà prelatizia convenzionale deve esser posto nella condizione di poterla esercitare.

Dalle maglie del secondo comma dell'articolo 1566 Codice Civile, poi, la Suprema Corte ha elaborato un'ingegneria logica a mezzo della quale risolvere eventuali distorsioni nel momento esecutivo del *pactum*: nel caso in cui il titolare della prelazione dichiari di accettare le condizioni proposte dal terzo all'avente diritto alla somministrazione, e sempreché il patto di prelazione non disponga diversamente per effetto di speciali accordi, “con la notificazione dell'accettazione nel termine stabilito il contratto resta concluso tra proponente e accettante alle condizioni comunicate per l'avvenuto incontro dei consensi.

Nel caso in cui il titolare della prelazione non accetti le condizioni comunicategli, o non dichiari esplicitamente, nel termine stabilito, di accettarle, egli decade dal diritto di essere preferito nella stipulazione di quel contratto le cui condizioni gli sono state comunicate, con la conseguenza che l'altra parte è libera di stipulare con un terzo, ma a condizioni che non siano più favorevoli per il terzo di quelle comunicate all'avente diritto alla prelazione.

La **stipulazione a condizioni diverse e più convenienti per il terzo**, infatti, presuppone che questi le abbia proposte e che l'altra parte abbia stipulato il contratto col terzo senza previamente comunicarle, come le imponeva la norma dell'articolo 1566, secondo comma, al predetto avente diritto (il quale, appunto perché erano migliori di quelle da lui rifiutate, le avrebbe anche potuto accettare); omissione che si risolve in una violazione dell'obbligo di colui che ha concesso la prelazione di porre l'altra parte in grado di esercitarla" (Cass., 26 luglio 1974, n. 2269).

Nel prosieguo di questa indagine conoscitiva sulla natura e sulla struttura logica e pratica della prelazione convenzionale, a rigore, occorrerà passare in carrellata le varie teoriche ricostruttive: la tesi che riconduce tale forma di prelazione al ***pactum de contrahendo sospensivamente condizionato*** alla generale determinazione a contrarre da parte del promittente, prima, e di acquistare da parte del prelationario, poi; la tesi del ***pactum de non contrahendo***; la tesi della ***fattispecie complessa, in progressione*** da un immediato obbligo negativo, di non contrarre coi terzi a parità e dopo il fallimento della proposta a mezzo *denuntiatio*, ad un obbligo positivo, sospensivamente condizionato, di contrarre con il prelationario.

A proposito degli espressi indici normativi rintracciabili nel sistema codicistico, su cui si stava procedendo, in aderenza ad una delle teoriche anzidette, ossia la tesi del *pactum de non contrahendo*, si può adesso considerare l'articolo 1379 Codice Civile sul generale divieto di alienazione – l'altra faccia della medaglia della prelatività convenzionale – nonché, per mettere in oculato confronto più formule giuridiche, l'articolo 2596 Codice Civile sul patto limitativo della concorrenza.

Eleggere qualcuno significa escludere qualcun altro.

L'articolo 1379 Codice Civile regola il divieto pattizio di alienare, e infatti il legislatore ha sancito che il divieto di alienazione stabilito per contratto ha effetto soltanto tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti temporali e se non risponde ad un apprezzabile interesse di una delle parti. Come l'articolo 1379 può essere utilizzato – e viene utilizzato nelle pronunce pretorie – per regolare le fondamenta dei vincoli destinativi aventi fonte pattizia, così il medesimo articolo può costituire un ulteriore indice sistemico per corroborare l'edificazione di una generale logica civilistica concernente la elettività negoziale, con i conseguenti vincoli di matrice negoziale, nella sfera soggettivo-prelatizia.

“La disposizione dell'articolo 1379 Codice Civile con riguardo alle condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare (limite temporale di durata; rispondenza ad apprezzabile interesse di una parte) si applica, essendo espressione di un principio di portata generale, anche a pattuizioni che come quelle contenenti un vincolo di destinazione, seppur non puntualmente riconducibili al paradigma del divieto di alienazione, comportino comunque limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà” (Cass., 17 novembre 1999, n. 12769).

L'in-sé strutturale dell'articolo 1379, come quello dell'articolo 1566, a rigore, si concentra intorno all'elemento del limite cronologico; la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo, così, di sostenere che è nullo il patto con cui si stabilisce a carico dell'acquirente di un immobile l'obbligo di astenersi dall'utilizzo dello stesso per l'esercizio di una determinata attività, senza la previsione di limiti di tempo: in particolare la Suprema Corte si è pronunciata in un caso concernente l'attività commerciale (Cass., 30 luglio 1984, n. 4530). La Suprema Corte, *an passant*, in tema di mancata determinazione di un limite temporale per l'esercizio del diritto di riscatto ed altre questioni affini, non ha mancato di affermare, giungendo a discorrere di una fattispecie di prelazione legale, che "se è vero che in tema di *prelazione convenzionale* si ritiene – prevalentemente, ma non pacificamente – applicabile la disposizione dettata dall'articolo 1379 Codice Civile per il divieto di alienazione e se è vero che un limite temporale è previsto per il riscatto convenzionale dall'articolo 1501 Codice Civile, è vero anche che, in presenza di un interesse generale, l'ordinamento prevede ipotesi nelle quali la prelazione spetta senza limiti di tempo. È questo il caso delle prelazioni, in favore dello Stato, sui beni di interesse storico o artistico (art. 31, Legge n. 1089/1939)" (Cass., 22 marzo 2000, n. 3353).

Rientrando nell'analisi strutturale della fattispecie prelazia negoziale, si segnala la tesi che inquadrerebbe tale figura nel *genus* degli **accordi preparatori**¹³, nel cui entroterra dogmatico vengono inserite in seno alla riflessione dottrinale varie figure contrattuali, quali il contratto preliminare, il patto d'opzione, la procura, il patto di riscatto, l'accordo simulatorio, le convenzioni concernenti la forma contrattuale, in cui l'elemento costante e caratterizzante *prima facie* risulta essere la propedeuticità, l'esser prodromici ad altri negozi¹⁴. Secondo una parte della dottrina, tuttavia, il patto prelazio si distingue dagli altri contratti ed atti preparatori poiché esso non produce l'effetto di fissare determinate clausole, ma quello di individuare il futuro contraente¹⁵.

Le critiche mosse a tale inquadramento dogmatico, però, non sono da sottovalutare: se l'elemento comune della categoria degli accordi preparatori è costituito dalla loro funzionalizzazione finalistica alla agevolazione della formazione di un successivo contratto, risulterebbe neutralizzata l'essenza della prelazione volontaria, ossia l'assoluta libertà del promittente di concludere il contratto¹⁶. Tale libertà rende del tutto eventuale la vicenda stessa che costituisce l'evento che funge da perno per la **concretizzazione effettiva della causa prelazia** del già efficace patto di prelazione.

Altri studiosi discorrono di patto di prelazione come di un negozio rientrante nella categoria del **contratto normativo**. Tale categoria, ordinariamente, viene salutata dogmaticamente come un raccoglitore di differenti atti, diretti in disparato modo a regolare non un ben definito contratto, come invece si può dire del patto prelazio, bensì più genericamente ciò che

¹³ Intesi in senso più ristretto, limitatamente ai vincoli convenzionali che si pongono nella formazione di un futuro contratto, secondo SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 599, nota n. 64.

¹⁴ GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, 1974, p. 4.

¹⁵ TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, in *LUISS Roma Studi giuridici*, 1991, p. 113.

¹⁶ BONILINI, *La prelazione volontaria*, 1984, p. 137.

si potrebbe definire un assetto relazionale a vocazione contrattuale. Illustre dottrina infatti ha descritto il tratto – comunque non inderogabile – del contratto normativo in termini di assenza di un vincolo alla stipulazione¹⁷, e in ciò dimorerebbe la differenza sostanziale con il più ampio spazio concettuale del contratto preparatorio.

In giurisprudenza si è sostenuto che in virtù del principio dell'autonomia contrattuale di cui all'articolo 1322 Codice Civile è pienamente ammissibile il cosiddetto accordo o contratto normativo, il quale, avendo ad oggetto la **disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri**, dei quali fissa preventivamente il contenuto, non comporta il sorgere di un rapporto da cui scaturiscono immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti, ma detta norme intese a regolare il rapporto, nel caso in cui le parti intendano crearlo (Cass., 18 dicembre 1981, n. 6720).

In dottrina c'è poi chi discorre di **negozio di configurazione**, con una funzione meramente procedimentale¹⁸, di regolazione dello *svolgimento* del futuro contratto¹⁹, e non del contenuto dello stesso. Tuttavia, come attenta critica scientifica non ha mancato di rilevare, non sembra che il patto di prelazione sia destinato soltanto a fissare l'*iter* di un procedimento futuro ed eventuale, giacché la sua finalità principale è quella di assicurare ad una parte il vantaggio della preferenza (che è di natura sostanziale, non meramente procedimentale), e non quella di stabilire una tecnica di formazione di un successivo contratto di cui non è certa la stipulazione²⁰. Sul piano pratico lo scarto tra la configurazione nomologico-sostanziale e quella nomologico-procedimentale in senso stretto, invero, ha delle ricadute non indifferenti: nel primo caso l'inadempimento del promittente sarebbe "sanzionato" a titolo di responsabilità contrattuale, mentre nel secondo caso a titolo di responsabilità precontrattuale²¹.

Ci sono comunque orientamenti che prediligono una ricostruzione della prelazione convenzionale ora come **contratto atipico**, ora come **contratto innominato**, ora come **contratto socialmente tipizzato**.

In passato la dottrina ha qualificato la prelazione in questione come una *species* del patto d'opzione. Tale ricostruzione non è però riuscita a radicarsi in seno alla giurisprudenza, poiché se da un lato in entrambi gli istituti il soggetto attivo promuovendo la conclusione del contratto definitivo si trova assoggettato alla libera determinazione della controparte che, in ragione del diritto di prelazione o d'opzione accordatole, potrà avendone interesse provocare la stipulazione in suo favore²², dall'altro lato con il patto d'opzione il promittente si impegna irrevocabilmente a concludere il contratto definitivo. Un tale vincolo, invece, non viene as-

¹⁷ MESSINEO, *Il contratto in genere*, in CICU-MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, I, 1973, p. 587.

¹⁸ In BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, 1969, p. 149, il patto sulla forma e il patto d'opzione hanno natura procedimentale e quindi di contratto di configurazione; in PALERMO, *Il contratto preliminare*, 1991, p. 117, è negozio di configurazione anche il contratto preliminare.

¹⁹ TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata, integrativa del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, p. 572.

²⁰ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 603.

²¹ TROISI, *La prelazione volontaria come regola privata*, cit., p. 581; ma SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 603, nota n. 76, ricorda i peculiari riflessi sul piano della trascrizione.

²² SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 589.

sunto da chi concede la prelazione, rimanendo libero di decidere se e quando vorrà addivenire al contratto²³.

Sulla scorta di una ricostruzione logico-culturale stagliatasi sull'assunto secondo cui – indipendentemente dal *nomen iuris* accordabile – un obbligo di preferire altro non sia che un obbligo di contrarre, si adagia concettualmente la teorica che ricostruisce la prelazione negoziale quale contratto preliminare unilaterale. Questa tesi, accolta sino agli anni '70 del Novecento in seno alla giurisprudenza, si basa sulla **considerazione della assunzione di un obbligo** (il primo obbligo), quello di **preferire un soggetto**. Mentre tale assunzione risulta certa ed attuale, l'assunzione di un secondo obbligo risulta eventuale, incerta, ossia l'obbligazione contrattuale che scaturirebbe dalla scelta del promittente di addivenire al contratto, una volta che quest'ultimo venga concluso e produca i propri effetti giuridici in progressione effettuale con il primo obbligo, prelatizio, anzidetto.

In capo al promissario non risiede alcun aprioristico impegno contrattuale. Egli pertanto resta libero di valutare la convenienza e l'opportunità della disposizione patrimoniale in termini di affari, e di decidere se prender parte o meno alla stipulazione²⁴: secondo una parte della autorevole dottrina nel patto di prelazione sussiste una duplice condizione, poiché viene dedotto anche l'evento incerto che il promissario addivenga al contratto, e non soltanto che il promittente decida di stipulare il contratto, dando concretizzazione effettivamente realizzativa al prelatizio piano negoziale di elezione soggettiva preferenziale.

La ricostruzione della **fattispecie negozialprelatizia generale** come contratto **preliminare unilaterale**, comunque, è stata salutata di buon grado, poiché il rimedio di cui all'articolo 2932 Codice Civile sull'esecuzione in forma specifica, rinforza il piano di tutela del prelazionario a fronte dell'inadempimento del promittente; è stato pure sottolineato l'ulteriore vantaggio della trascrizione di cui all'articolo 2645-*bis* Codice Civile. Ma la formula giuridica del contratto preliminare è spesso utilizzata come un recipiente di comodo ai fini delle più disparate sistemazioni dogmatiche²⁵.

Le critiche mosse alla teorica del contratto preliminare unilaterale, a rigore, sono giunte facendo leva sul divieto di condizioni meramente potestative, di cui all'articolo 1355 Codice Civile: la conseguenza sarebbe la nullità del patto a cui è apposta una condizione di tal specie.

Chi difende la teorica anzidetta, però, replica sostenendo che si tratterebbe di una condizione potestativa e non meramente potestativa, giacché è vero che è il promittente ad essere arbitro della decisione di addivenire al contratto, ma è vero pure che gli interessi che lo hanno motivato restano nella sua sfera soggettiva, e come tali i motivi risultano irrilevanti (Cass., 23 gennaio 1975, n. 265).

Secondo un'acuta ricostruzione scientifica, citata da illustre dottrina²⁶, si tratterebbe di condizione meramente potestativa, a meno che l'evento condizionante non sia fatto coincidere con l'accettazione da parte del promissario delle condizioni di vendita comunicate con

²³ BONILINI, *La prelazione volontaria*, 1984, pp. 132 ss.

²⁴ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 591.

²⁵ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, 1970, p. 317.

²⁶ SALVADORI, *La prelazione convenzionale*, cit., p. 593, nota n. 41.

la *denuntiatio*²⁷.

La prelazione volontaria, ancora, è stata contesa dalla tesi del *pactum de contrahendo* sospensivamente condizionato alla generale determinazione a contrarre da parte del promittente, prima, e di acquistare da parte del prelazionario, poi; come pure è stata contesa dai propinatori della tesi del *pactum de non contrahendo*, secondo cui la pattuizione prelatizia integrerebbe gli estremi di un patto di non contrarre, fonte di una obbligazione negativa di non stipulare il contratto con i terzi diversi dal beneficiario²⁸ (cfr. Cass., 23 gennaio 1975, n. 265; Cass., 1 aprile 1987, n. 3124).

Da ultimo, invece, si sono registrate voci autorevoli, nonché orientamenti giurisprudenziali, che han dato vita alla tesi cosiddetta della fattispecie complessa, in cui la prelazione convenzionale altro non sarebbe che una fattispecie composita, in progressione da un immediato obbligo negativo, di non contrarre coi terzi se non a parità coi terzi medesimi e dopo il fallimento della proposta a mezzo di *denuntiatio*, ad un obbligo positivo, sospensivamente condizionato, di contrarre con il prelazionario.

Al di là della organizzazione dogmatico-strutturale a cui si ritiene di aderire, dal patto di prelazione viene generato un **rapporto di carattere obbligatorio**. Ordinariamente si sostiene che gli effetti del patto *de quo* si estendano alla sfera delle parti che lo contraggono e soltanto a tale sfera, con la considerazione rimediale unica del risarcimento in caso di inadempimento.

Ci sono degli orientamenti, i quali, però, ritengono che malgrado l'assenza del riscatto e di una tutela reale il patto possa risultare di rilevanza anche esterna, essere quindi opponibile a terzi, ma in presenza di determinate circostanze che giustificano la compressione del principio della libera disponibilità del bene da parte del suo titolare. Tali orientamenti si appoggiano a quanto autorevolmente era stato già sostenuto da una scuola di pensiero, la quale riconosceva la necessità, ai fini estensivi anzidetti, che le parti non debbano aver escluso tali effetti e, ancora, che il patto sia reso conoscibile a mezzo della pubblicità legale²⁹.

La giurisprudenza³⁰, però, e la maggior parte della dottrina, affermano l'efficacia meramente obbligatoria del vincolo negoziale prelatizio.

Per quel che concerne i profili sistemici, con effetti pratici rilevanti, occorre menzionare le due maggiori teoriche sviluppatesi all'interno dell'analisi della prelazione volontaria nel suo rapporto con la teoria delle situazioni giuridiche soggettive: da un lato vi è chi sostiene la tesi della prelazione convenzionale come costitutiva di una situazione potestativa per il prelazionario, con conseguente soggezione del concedente autovincolatosi; dall'altro lato vi è chi aderisce alla tesi della prelazione volontaria come fonte di diritti di credito, con la necessaria collaborazione del promittente. Qualora si aderisse al secondo orientamento il prelazionario risulterebbe creditore e il promittente sarebbe debitore, ma si tratterebbe di un debitore e di un creditore potenziali, per quel che concerne la concreta realizzazione del piano contrattuale, poiché l'attuazione effettuale di tali posizioni giuridiche astratte sarebbe condizionata

²⁷ PETELLI, *La condizione «elemento essenziale» del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, 2000, pp. 527 ss.

²⁸ BIANCA, *Diritto civile*, Vol. III, *Il contratto*, 1987, p. 273.

²⁹ SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, 1981, p. 700.

³⁰ Cass., Sez. Un., 1 luglio 1997, n. 5859, in *Studium iuris*, 1997, p. 1218.

alla scelta di addivenire ad un'operazione economica giuridicamente formalizzabile in un contratto.



Articolo 2645-ter del codice civile e predestinazione soggettiva

All'inizio del presente lavoro si è parlato di un eventuale, possibile collegamento (o pure di una connessione, più sottilmente) tra la prelazione convenzionale ed una destinazione proprietaria ai sensi dell'articolo 2645-ter Codice Civile.

Per quel che concerne il contenuto del negozio destinatorio *de quo*, e i soggetti dell'operazione ad esso sottesa, si ricordi che la prelazione rappresenterebbe una formalizzazione giuridico-elettiva posta a monte, compatibile quindi in primo luogo con la tesi dottrinale maggioritaria³¹ che ritiene che il beneficiario della fattispecie di cui all'articolo 2645-ter debba essere un soggetto determinato; la ***electio prelatia voluntaria*** risulterebbe infatti incompatibile, da un punto di vista eminentemente pratico il più delle volte, con le tesi che sostengono l'ammissibilità di un negozio di destinazione avente i soggetti beneficiari soltanto determinabili³², o addirittura non determinati³³. Tale incompatibilità logico-strutturale, tuttavia, non rappresenta una generale tematica che milita in generale contro la ammissibilità delle due ultime tesi menzionate.

Al di là della controversa natura dell'atto di destinazione in questione, argomento non inerente alla *ratio* del presente lavoro, secondo una parte della dottrina è da ritenere che tale atto dia vita ad un vero e proprio diritto di credito, in quanto tale trasmissibile secondo i generali principi in tema di successioni *mortis causa*³⁴. La medesima voce ha sostenuto, tuttavia, che pare ovvia la necessità di tener conto della situazione peculiare che l'atto di destinazione realizza, e che la altrettanta peculiare meritevolezza di interessi sociali debba qualificare la

³¹ QUADRI, *L'articolo 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1736; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 61; MASTROPIETRO, *Profili dell'atto di destinazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 996.

³² PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 178; PRIORE, *Redazione dell'atto di destinazione: struttura, elementi e clausole*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, IlSole24Ore, 2007, p. 188.

³³ RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645-ter c.c.)*, in *Vita not.*, 2006, p. 1251; ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645-ter cod. civ.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, II, p. 402.

³⁴ CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645-ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *NGCC*, II, 2011, p. 381.

posizione soggettiva del beneficiario, e dell'avente causa del beneficiario defunto³⁵.

In dottrina si è poi trattato, seppur marginalmente, della ammissibilità di una **autodestinazione patrimoniale** ex articolo 2645-ter, con la coincidenza del soggetto disponente-destinate con il soggetto beneficiario, in un movimento patrimoniale operato oculatamente dal gestore, per esempio in casi in cui il disponente dovesse venire a conoscenza della inarrestabile malattia degradante in corso nel proprio organismo. Qualora si accedesse alla minoritaria posizione che vorrebbe l'ammissibilità di una tale coincidenza, bisognerebbe poter riconoscere la cittadinanza anche al meccanismo che si è rilevato nel presente saggio, attraverso il collegamento tra negozi elettivi e destinatori, e quindi si potrebbe avere un caso di **autoprelazione**. La terzietà soggettiva, però, degraderebbe da elemento focale della elettività prelatizia convenzionale ad elemento accessorio, poiché si tratterebbe di un soggetto che, venuto a conoscenza della propria situazione biopsichica, come nell'esempio fatto sopra, decidesse di auto-predestinarsi (autoelezione prelatizia) in un'operazione a sua volta destinataria, nell'eventualità che il soggetto medesimo scegliesse di tutelarsi utilizzando lo strumento di cui all'articolo 2645-ter (fatto incerto). I punti nevralgici dei meccanismi tecnico-giuridici di tutela della persona, quindi, sono diversi.

La **funzione dell'istituto prelatizio volontario**, nel versante soggettivo della elettività negoziale, e la **funzione dell'istituto di cui all'articolo 2645-ter Codice Civile**, così, rappresentano delle **cause negoziali avvicendabili e collegabili in virtù di un piano negoziale vocato a tutelare determinati soggetti, in funzione sociale**, già nel momento del barlume volitivo della destinazione nelle intenzioni eventuali del soggetto disponente, e quindi già in una volontà potenziale che vuol *sic et simpliciter* autovincolarsi nella destinazione soggettiva, propedeutica alla futura, eventuale disposizione destinataria oggettiva di una *res* immobile o mobile registrata. Una siffatta predestinazione soggettiva, a rigore, non potrebbe che chiudere un quadro di tutele ancor più saldo e aderente ai **principi di cui all'articolo 2 Costituzione**, in combinato disposto con la **libertà economica di cui all'articolo 41 Costituzione**, ed entro i **limiti interni ed esterni di tale libertà**.

³⁵ CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645-ter*, cit., p. 381.

