



ANGELA LA SPINA

*Professore associato di Diritto privato – Università di Messina*

## **PRELAZIONE EREDITARIA E RETRATTO SUCCESSORIO TRA FUNZIONE RIAGGREGATIVA DI ASSETTI PROPRIETARI E DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI \***

SOMMARIO: 1. *Evoluzione storica e coerenza sistematica.* – 2. *Natura e struttura dei diritti attribuiti al coerede.* – 2.1. *Segue. Il diritto di prelazione.* – 2.2. *Segue. Il diritto di riscatto.* – 3. *Fondamento assiologico e funzione riaggregativa di assetti proprietari. Rilevanza privatistica degli interessi protetti.* – 4. *Carattere disponibile dei diritti di prelazione e riscatto e loro rinunciabilità.* – 4.1. *Segue. Cogenza dell’art. 732 cod. civ. e nullità degli atti di autonomia volti a inibire l’attribuzione dei diritti di prelazione e riscatto.* – 5. *La trasmissione dei diritti di prelazione ereditaria e retratto successorio.*

1. – La prelazione ereditaria e il retratto successorio, disciplinati all’art. 732, hanno seguito l’andamento ondivago che ha caratterizzato l’evoluzione degli istituti della prelazione legale e del riscatto, dapprima valorizzati dalla legislazione medievale, successivamente fortemente osteggiati dalle legislazioni di matrice liberale e, infine, recuperati con rinnovata funzione dagli ordinamenti moderni e contemporanei.

L’istituto della prelazione legale, e quello correlato del riscatto, hanno trovato la massima espansione nel diritto medievale e comune ove venivano utilizzati in funzione protettiva della proprietà, a scapito della libera circolazione della ricchezza, al fine di garantire la conservazione dell’integrità dei patrimoni all’interno soprattutto del gruppo familiare inteso in senso ampio<sup>1</sup>. La rivoluzione francese e l’illuminismo determinarono ine-

---

\* Il presente contributo è stato realizzato nell’ambito del progetto di ricerca internazionale promosso dall’*Universidad de Cadiz* (Spagna) e finanziato dal *Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades*, sul tema “*Los derechos de adquisición y de preferencia*” (PGC2018-094243-B-C22).

<sup>1</sup> Sul tema vedi P. Gallo, *Prelazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Utet, Torino, 1996, p. 168 ss. il quale evidenzia come in quell’epoca fiorì, oltre alla prelazione *iure sanguinis* e *iure contiguitatis*, anche la prelazione *ius civitatis* volta anch’essa a favorire le alienazioni all’interno di un contesto limitato con esclusione di estranei più difficilmente raggiungibili e coercibili.



vitabilmente il loro accantonamento in quanto istituti ritenuti inaccettabilmente limitativi del promosso sviluppo dell'autonomia privata, irrinunciabile strumento di libertà, e, quindi, retaggio di un sistema ormai superato.

Il tramonto degli istituti in discorso è stato tuttavia solo temporaneo in quanto essi trovano rinnovato vigore applicativo nei codici moderni e nella legislazione extracodificistica successiva<sup>2</sup>. Tuttavia, l'unica forma di prelazione che sopravvive con le caratteristiche proprie dell'istituto storico è proprio quella successoria, in quanto conserva il tradizionale legame funzionale con la proprietà che la differenzia dalle più moderne prelazioni (volte a conservare la compagine patrimoniale in materia societaria o a garantire una certa direzione alla circolazione della ricchezza in materia agraria o locatizia) protesse piuttosto a promuovere l'attività d'impresa e a tutelare il lavoro<sup>3</sup>. La differenza che intercorre tra le due diverse tipologie di prelazione, riassunta nella distinzione tra prelazioni c.d. proprie, tra le quali rientrerebbe appunto quella successoria, e prelazioni c.d. improprie si coglie sul piano assiologico. Mentre infatti le prelazioni c.d. improprie comportano una contrazione della tutela delle ragioni proprietarie del disponente al fine di garantire, attraverso la tutela della proprietà del prelazionario, anche la promozione dell'attività d'impresa e la protezione del lavoro, le prelazioni c.d. proprie operano un bilanciamento tra contrapposti interessi, in capo al prelazionario e al disponente, tutti attinenti alle ragioni proprietarie. Da ciò discende il tratto caratterizzante delle prelazioni c.d. proprie, e quindi di quella successoria: la tutela accordata alle ragioni proprietarie del prelazionario non incide negativamente sulla sfera giuridico-patrimoniale del disponente non compromettendo né la sua libertà di determinarsi in ordine alla scelta di alienare, restando egli libero di scegliere se e quando farlo, né il risultato economico dell'operazione, avendo egli diritto al rispetto da parte del prelazionario delle condizioni offerte e/o accettate dal terzo.

Invero il connotato essenziale della prelazione c.d. propria è, infatti, specificamente,

---

<sup>2</sup> Il codice napoleonico del 1804 prevedeva già numerose ipotesi di prelazione; la codificazione italiana del 1865 manifestava, invece, una persistente avversione per l'istituto che venne recuperato dal codice del 1942 e dalla legislazione extracodificistica successiva; anche in Germania la prelazione, utilizzata già nel BGB, trova rinnovata attualità nella legislazione c.d. speciale. Cfr. G.A.M. Trimarchi, *Prelazione e retratto successorio*, in *Not.*, 1998, p. 333 ss.

<sup>3</sup> Cfr. L.V. MOSCARINI, *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 981 ss., spec. 984 e 986 ove l'Autore evidenzia la differenza sostanziale che intercorre tra le prelazioni di vecchio tipo (per esempio il retratto successorio, il retratto feudale, la prelazione enfiteutica), delle quali appunto sopravvive nella legislazione contemporanea solo il retratto successorio, e le prelazioni di nuova generazione (in materia societaria, agraria e locatizia), sottolineando che la diversa direzione assiologica naturalmente comporta un differente modo di operare il bilanciamento tra gli interessi in conflitto.



la parità di condizioni che presuppone a sua volta non solo un'alienazione a titolo oneroso, ma anche una controprestazione fungibile, il che garantisce all'alienante, nonostante la compressione della sua autonomia negoziale in ordine alla scelta dell'altro contraente, il pieno soddisfacimento dell'interesse programmato con l'atto di disposizione. Al riguardo non può sottacersi che la prelazione determini una limitazione dell'autodeterminazione del proprietario nonché talune conseguenze negative sulla complessiva gestione dell'operazione. Al di là dell'eventuale interesse, anche non economico, a stipulare il contratto con un soggetto diverso dal prelazionario, la prelazione provoca sicuramente un aumento dei costi transattivi conseguenti alla inevitabile dilatazione del procedimento di conclusione del contratto in conseguenza dell'obbligo di *denuntiatio* e della decorrenza del termine per l'esercizio del diritto<sup>4</sup>. D'altro canto va considerato che la possibilità che la prelazione verrà esercitata rischia di falsare le trattative, ma stavolta a vantaggio dell'alienante, in quanto il terzo potrebbe perdere interesse a una faticosa negoziazione che porti a condizioni a lui più vantaggiose sapendo che il suo lavoro potrebbe rivolgersi a vantaggio del prelazionario, sul quale non grava nessun onere di rimborso. Invero a differenza delle prelazioni c.d. improprie, in cui al prelazionario è garantita una tutela rafforzata da vantaggi ulteriori rispetto alla preferenza accordatagli<sup>5</sup>, nella prelazione c.d. propria e, per quello che ci occupa, in quella successiva, sul piano squisitamente economico le ragioni della proprietà trovano piena tutela con riguardo agli interessi di tutti i soggetti coinvolti. Peraltro in considerazione del fatto che la prelazione spesso, e così è senz'altro in quella successiva, favorisce "la ricompattazione di forme di appartenenza disaggregate"<sup>6</sup>, certamente funzionale a una più snella circolazione, non può dubitarsi circa l'utilità attuale dell'istituto, specie in quelle ipotesi in cui, come nella

---

<sup>4</sup> Cfr. GALLO, *Prelazione*, cit., p. 170.

<sup>5</sup> Cfr. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 984 il quale evidenzia come nelle prelazioni c.d. proprie la preferenza è accordata al soggetto prelazionario in funzione di tutela della proprietà e il valore col quale la sua posizione confligge attiene anch'esso alla proprietà, sicché ponendosi i due valori in conflitto su un piano assolutamente omogeneo non si giustificerebbe una tutela del prelazionario ulteriore rispetto al semplice diritto a essere preferito rigorosamente a parità di condizioni. Nei casi di prelazione c.d. impropria, viceversa, "la prelazione è accordata, contro le ragioni della proprietà dell'alienante e dell'acquirente, in funzione di tutela del diverso valore dell'impresa" o del lavoro, e ciò giustifica, "anche alla luce di ben noti principi costituzionali", non solo la preferenza accordata al soggetto portatore di quei valori, "ma anche ... il parziale sacrificio della proprietà a favore dell'impresa" mediante il riconoscimento al medesimo soggetto di ulteriori vantaggi diretti e indiretti, che comportando una più incisiva limitazione dell'autonomia contrattuale del disponente.

<sup>6</sup> Cfr. GALLO, *Prelazione*, cit., p. 170 s. il quale, premesso che "Sarebbe sicuramente eccessivo" bollare "in termini del tutto negativi l'istituto della prelazione", avverte come proprio quando si è in presenza di "situazioni proprietarie disaggregate ... l'obbligo di preferire assolve una funzione positiva".



prelazione ereditaria, l'operazione di bilanciamento di interessi operata dal legislatore prescinde dalla tutela di interessi valutati come socialmente prevalenti e, come tali, maggiormente sottoposti al fisiologico mutare degli equilibri prescelti dai sistemi giuridico-sociali nel corso della loro evoluzione.

Per tali ragioni la prelazione successoria, nonostante sia l'unica figura di prelazione legale giunta dal passato conservando sostanzialmente l'assetto originario, sia pur presentando un impianto operativo più completo e complesso sul quale ci si soffermerà nel prosieguo<sup>7</sup>, permane nell'attuale sistema con una funzione capace di adeguarsi al modificato quadro di valori e, quindi, rimane un istituto contemporaneo<sup>8</sup> che, nonostante possa apparire anacronistico e addirittura non coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore<sup>9</sup>, non pare in via di superamento, come dimostrano i più recenti progetti di riforma che, pur prevedendo modifiche, anche sostanziali, del diritto successorio, non ritengono di incidere sull'art. 732 cod. civ.

Particolarmente eloquente si manifesta il silenzio tenuto sul punto dal legislatore

---

<sup>7</sup> Il retratto successorio, nato nel diritto medievale francese, non era accompagnato dal preventivo diritto di prelazione e nella stessa formulazione fu accolto in alcuni codici preunitari. Il codice civile del 1865, in ossequio al principio della libertà contrattuale, abolì il retratto successorio; successivamente il codice civile del 1942 non solo ha ripristinato l'istituto ma, come sarà più puntualmente evidenziato nel prosieguo, lo ha perfezionato attribuendo al coerede un diritto di prelazione a cui il tradizionale retratto viene collegato al fine di rendere pienamente effettiva la tutela accordata. Sull'evoluzione storica del retratto successorio vedi P. VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, in G. BENEDETTI-L.V. MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 45 ss. il quale non manca di evidenziare come il tema della libertà di disposizione, che aveva supportato la cancellazione della figura, torna nelle critiche al progetto di riforma del nuovo codice, ma non trova "una maggioranza disposta a battersi per la libera disposizione della quota ereditaria" incontrando viceversa l'idea, che emerge inequivocabilmente nella relazione del Presidente Biscaro (*ibidem* p. 48 e *ivi sub* nota 6), che fosse anzi troppo assoluto un diritto dell'erede di disporre liberamente e irrevocabilmente, ritenendosi maggiormente opportuno evitare che nei rapporti tra i coeredi si intromettessero estranei portati all'intransigenza da intenti speculativi. Cfr. anche A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XII, t. 5, Utet, Torino, 1980, p. 50 ss.

<sup>8</sup> L'istituto, già parso anacronistico immediatamente dopo la sua riproposizione nel codice del 1942, in quanto appartenente a un sistema economico già allora non più attuale, veniva viceversa rivalutato da attenta dottrina che ne coglieva le potenzialità di adattamento assiologico-funzionale. Cfr. U. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 430 ss.

<sup>9</sup> Parte della dottrina dubita circa la persistenza di una giustificazione della permanenza dell'istituto (cfr. F. VENOSTA, *Commento sub art. 732*, in *Comm. Gabrielli*, V. CUFFARO-F. DELFINI (a cura di), *Delle successioni*, t. 3, Utet, Torino, 2010, p. 153) in un sistema nel quale il legislatore dimostra sfavore per i vincoli di natura reale posti alla libera circolazione dei beni e utilizza l'istituto della prelazione legale essenzialmente al fine di accordare tutela a interessi generali a scapito dell'interesse individuale del proprietario alienante, mentre l'interesse tutelato dalla prelazione ereditaria è un interesse individuale. In questo senso anche N. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, in *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, diretto da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, II, 2° ed., Cedam, Milano, 2010, p. 193.



nell'ultimo progetto di riforma, attualmente allo studio del Senato, e riguardante l'intero codice civile<sup>10</sup>; dal testo, che prevede accanto al (sia pur non assoluto) superamento del divieto di patti successori e alla incisiva attenuazione della tutela dei legittimari, anche la possibilità di stipulare accordi in vista di matrimoni e unioni civili<sup>11</sup>, emerge la sicura prospettiva di promuovere la circolazione della ricchezza libera da vincoli correlati al gruppo familiare come tradizionalmente inteso. In questo contesto se l'istituto della prelazione ereditaria fosse stato ritenuto, come l'enfasi illuministica ha sottolineato, un intollerabile limite alla libertà contrattuale e anacronisticamente funzionale alla tutela del gruppo familiare, come pure è stato sostenuto<sup>12</sup>, naturalmente, l'intervento riformatore avrebbe dovuto espungerlo dal sistema. La sua conservazione prova quindi, ancora una volta, che il fondamento assiologico dell'istituto, su cui ci si soffermerà nel prosieguo, risiede in interessi altri e diversi da quelli della famiglia intesa in senso superindividuale e, sul piano sistematico, che esso nell'attuale sistema, lungi dall'ostacolarla, concorre a promuovere la più agile e proficua circolazione dei beni<sup>13</sup>. D'altro canto, l'istituto, nel fa-

---

<sup>10</sup> Cfr. da ultimo il DDL S. 1151 (Delega al Governo per la revisione del codice civile), in corso di esame al Senato e consultabile in <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51488.htm>, che prevede incisive modifiche di istituti peculiari del nostro diritto successorio e tuttavia ritenuti anacronistici e distonici rispetto agli altri ordinamenti europei e, in particolare: la trasformazione della quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 ss. cod. civ. in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, convertendo così in obbligatoria, sia pur garantita da privilegio, la tutela reale in atto assicurata ai legittimari; la significativa attenuazione del divieto di patti successori mediante l'eliminazione del divieto di patti successori rinunciativi (facendo però salva l'inderogabilità della quota di riserva), e l'introduzione della possibilità di concludere anche patti successori istitutivi (pur se limitatamente alla devoluzione di beni del patrimonio ereditario specificamente individuati e in favore di successori indicati). Nulla si prevede in ordine alla prelazione ereditaria che dunque rimarrebbe intonsa anche dopo tale importante e integrale intervento riformatore.

<sup>11</sup> Cfr. L. BALESTRA-V. CUFFARO-C. SCOGNAMIGLIO-G.R. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 589 ss.

<sup>12</sup> Autorevole dottrina ha infatti ribadito, ritenendo di trovarne conferma nella relazione di accompagnamento al codice del 1942, che l'istituto del retratto successorio, pur modificato nel suo meccanismo operativo, conservasse la medesima *ratio* a esso originariamente sottesa, da individuarsi "nell'interesse degli altri condividendi di allontanare un estraneo che, in virtù dell'acquisto della quota, s'intrometterebbe nei segreti familiari al posto dell'erede alienante": G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Jovene, Napoli, 1990, p. 695. Nello stesso senso A. DE CUPIS, *Sul fondamento giustificativo della prelazione ereditaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 327 ss. che individua il fondamento assiologico dell'istituto nella "coesione del gruppo familiare" che si converte, nelle ipotesi in cui i coeredi non siano parenti, in un "vincolo morale di solidarietà tra i partecipanti alla comunione ereditaria" tra i quali, ancorché "non stretti da un legame familiare", deve ritenersi esistere "un rapporto affettivo, di natura morale, basato sulla comune gratitudine per la liberalità attuata dal testatore, sul rispetto per la volontà e la memoria di questo". Attribuisce rilievo al gruppo familiare, sia pur nella prospettiva di conservazione della consistenza quantitativa delle forme di appartenenza, MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 984.

<sup>13</sup> Come evidenziato in dottrina, il retratto successorio entra nel codice del 1942 con una funzione diver-



vorire la ricompattazione di forme di appartenenza disaggregate, pare assolutamente coerente con la tendenza legislativa al progressivo superamento del divieto di patti successori, la cui prima tappa è segnata proprio dall'introduzione nel sistema della vistosa deroga al divieto rappresentata dal patto di famiglia, specificamente volto a contrastare la disgregazione dei beni produttivi nel passaggio generazionale<sup>14</sup>; invero rispetto al patto di famiglia il retratto successorio si pone in una logica speculare in quanto garantisce, in funzione di tutela della proprietà, la riaggregazione delle forme di appartenenza disaggregate nel passaggio generazionale, e il patto di famiglia evita, in funzione di tutela dell'impresa, che il passaggio generazionale comporti la disgregazione dei beni produttivi.

Occorre allora indagare, alla luce del sistema di valori nel quale l'istituto si trova oggi a operare, in che termini va ricostruita la sua funzione assiologica al fine di verificare se le posizioni assunte, talvolta tralaticciamente dalla giurisprudenza, risultino coerenti con l'evoluzione del sistema e contribuire alla soluzione ermeneutica delle questioni interpretative da ritenersi ancora aperte.

2. – Il legislatore del 1942 non si limita a reintrodurre l'istituto del retratto successorio nel sistema, ma interviene sullo stesso arricchendone la struttura e completandone la disciplina in modo da adattare la tutela, dallo stesso garantita, al complesso di interessi che ne è destinatario<sup>15</sup>. Nel suo precedente impianto, infatti, mancava qualsiasi riferimento al diritto di prelazione e veniva conferito ai coeredi il potere incondizionato di esercitare, fino al momento della divisione dell'eredità, il retratto nei confronti del terzo acquirente di una quota ereditaria (o di parte di essa) e, così, di ottenere l'automatico trasferimento della quota riscattata con effetto retroattivo al momento dell'alienazione da parte del coerede.

---

sa da quella assegnatagli dalla legislazione precedente. L'interesse protetto, infatti, "non è più quello del gruppo familiare, ma piuttosto quello individuale dei singoli eredi ad acquistare e a giungere nel modo più rapido allo scioglimento delle comunioni", pertanto l'istituto è volto a comporre un conflitto tra interessi, entrambi individuali, di pari grado. In tal senso M. NUZZO, *La prelazione successoria tra storia e dogma*, in BENEDETTI-MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto*, cit., p. 62.

<sup>14</sup> La dottrina è unanime nel ritenere che il patto di famiglia sia stato "introdotto dal legislatore al fine di consentire il trapasso generazionale dell'attività d'impresa, preservando il patrimonio funzionale allo scopo dal pericolo di disgregazione": L. ROSSI CARLEO, *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Not.*, 2008, p. 434 ss., spec. 439.

<sup>15</sup> Cfr. M.L. LOI, *Retratto (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 25 ss. la quale evidenzia come la rinnovata struttura dell'istituto manifesta la modifica di funzione assegnata al medesimo e valuta la disciplina così articolata "sostanzialmente completa, e tendenzialmente corretta sul piano tecnico" (*ibidem*, 31). Nello stesso senso G. BONILINI, *Retratto successorio*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XVII, Utet, Torino, 1998, p. 425.



Il retratto successorio, temperato nella sua rigidità dalla legislazione di molti Paesi<sup>16</sup>, mantiene viceversa la morfologia originaria in alcuni ordinamenti, tra cui quello spagnolo nel quale l'art. 1067 del *Código civil*<sup>17</sup> si limita a disporre a favore dei coeredi il diritto di surrogarsi all'acquirente nell'ipotesi in cui uno degli altri abbia ceduto, prima della divisione, il proprio diritto ereditario a un estraneo, salvo l'obbligo di rimborsargli il prezzo di acquisto. Così congegnato l'istituto non consente al coerede di impedire la stipulazione del contratto di trasferimento con il terzo, ma gli permette di intervenire solo in un momento successivo, sul trasferimento già eseguito, surrogandosi all'*accipiens*. È evidente che così articolato lo strumento rischia di ostacolare la circolazione dei diritti successori, in quanto espone l'acquisto eventualmente compiuto dal terzo al rischio di essere travolto dal retratto del coerede che sarebbe inevitabile in via preventiva e, quindi, in qualche misura imprevedibile.

Invero la prelazione costituisce un presupposto implicito del retratto<sup>18</sup>, tuttavia nelle suddette ipotesi in cui ne manchi del tutto la previsione espressa, la prelazione, che sarebbe di per sé idonea a realizzare l'interesse protetto, rimane priva di regolamentazione con riguardo proprio alla sua fase fisiologica, così vanificando la sua funzione propria che è quella di operare un adeguato bilanciamento tra gli interessi proprietari dei coeredi, evitando il ricorso al più incisivo riscatto che coinvolge anche gli interessi del terzo estraneo alla comunione ereditaria<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> In particolare, in Francia, in Germania e in U.S.A. si registra un generale sfavore per il meccanismo del retratto con efficacia reale e si prevedono per lo più congegni atti ad assicurare al coerede una tutela di tipo preventivo che, similmente a quanto avviene nel codice civile italiano, tenda a evitare l'acquisto del terzo piuttosto che a travolgerlo una volta compiuto. Cfr. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 190 s.

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 1067 del Código civil "Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber".

<sup>18</sup> Cfr. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 983.

<sup>19</sup> La norma dell'ordinamento spagnolo si conclude disponendo che l'azione deve essere esercitata entro il termine di un mese, a partire dalla data in cui il ritraente ha avuto conoscenza della vendita. Tale disposizione, che nella sua sintassi fa inequivocabilmente riferimento a una vendita già conclusa, è stata utilizzata dalla dottrina per operare un più equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto, nell'intento di garantire maggiore certezza alla circolazione dei beni di provenienza successoria; da essa infatti si è ritenuto di poter trarre, mediante un'evidente forzatura del dato testuale, un obbligo del coerede che intenda alienare il suo diritto di informare gli altri di tale intenzione e delle condizioni del trasferimento, e dal momento di tale comunicazione decorrerebbe il prescritto termine decadenziale. Sotto gli altri profili, cui ci soffermerà nel prosieguo, relativi alla legittimazione attiva e passiva, al tipo di trasferimento operato dal coerede, all'oggetto dell'alienazione, la dottrina e la giurisprudenza spagnole adottano soluzioni non dissimili a





L'art. 732 cod. civ. antepone espressamente al diritto di riscatto, il diritto di prelazione al quale il primo viene destinato a garantire effettività. In particolare la disposizione pone a carico del coerede, che si determini nell'esercizio della sua autonomia contrattuale ad alienare la propria quota o parte di essa, il preciso obbligo di informare gli altri coeredi perché possano manifestare, entro il termine decadenziale di due mesi, l'eventuale volontà di essere preferiti a terzi nell'acquisto. Solo la violazione di tale obbligo e il conseguente trasferimento al terzo, senza che sia stata data al coerede la possibilità di esprimere la sua eventuale volontà di acquisto, fa sorgere in capo a questi il diritto di riscatto da esercitarsi nei confronti del terzo acquirente.

Il diritto di prelazione e il diritto di riscatto costituiscono, quindi, due strumenti autonomi, aventi natura<sup>20</sup> contenuto e soggetti passivi diversi, ma collegati, in quanto entrambi funzionalmente preposti a garantire, mediante congegni differenti che intervengono in circostanze diverse, la tutela dell'interesse dei coeredi a essere preferiti a terzi estranei per l'eventuale acquisto delle altre quote ereditarie<sup>21</sup>. A ben vedere, infatti, l'interesse

---

quelle cui pervengono gli interpreti italiani. Cfr. Per tutti Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *El retracto de coherederos del art. 1067 del Código Civil*, in *Revista Actualidad Civil*, 2013, p. 4 ss.

<sup>20</sup> Com'è stato rilevato in dottrina "Il diritto di prelazione è un diritto di priorità a carattere personale, il diritto di riscatto è un diritto di priorità assoluta a carattere reale": P. GIULIANI, *Il retratto successorio*, in *Riv. not.*, 1960, III, p. 573.

<sup>21</sup> Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che non si tratti, com'è stato anche autorevolmente sostenuto, di un unico meccanismo complesso di tutela articolato in due fasi (una precedente e una successiva al perfezionamento del contratto di alienazione con il terzo) (Cfr. NUZZO, *La prelazione successoria tra storia e dogma*, cit., p. 75), ma proprio di due diritti autonomi tra loro, collegati dal comune fondamento assiologico. Cfr. in dottrina, per tutti, MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 985; P. FORCHIELLI-F. ANGELONI, *Della divisione, artt. 713-768*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1978, p. 169; BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 425. In giurisprudenza confermano che l'art. 732 cod. civ. attribuisce ai partecipanti a una comunione ereditaria due distinti diritti, *ex multis*, da ultimo, Trib. S. Maria Capua V., sez. IV – 26 luglio, 2017, n. 2415, in *www.iusexplorer.it*, 2018; nello stesso senso App. Roma, sez. III, 24 febbraio, 2012, n. 1011, in *Guida al dir.*, 2012, n. 20, p. 61; già Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 2001, n. 15482, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 2109 secondo la quale "L'art. 732 cod. civ. riconosce ai partecipanti a una comunione ereditaria due distinti diritti, lo *ius prelationis* – in base al quale, perdurando il regime di comunione, se uno dei partecipanti a essa voglia alienare la propria quota a titolo oneroso, deve notificare agli altri la relativa proposta, onde consentire loro di avvalersi della preferenza accordata, sì che non può concludere con terzi il contratto traslativo prima del decorso del periodo normativamente previsto – e lo *ius retractionis* – esercitabile dal partecipante nei confronti del terzo acquirente della quota ereditaria nel caso che sia stato violato il diritto di prelazione, per mancato compimento della predetta notifica della proposta di alienazione ovvero per essere stato ignorato l'esercizio positivo di tale diritto. Si tratta, pertanto, di diritti collegati ma distinti, aventi contenuto diverso e soggetti passivi differenti, ognuno dei quali da considerarsi "terzo" rispetto al rapporto cui non partecipa, con conseguente esclusione della qualità di litisconsorte necessario dell'alienante nei giudizi di riscatto". Conforme Cass. civ., sez. II, 6 settembre 1994, n. 7666, in *Vita not.*, 1995, p. 753.





tutelato può trovare pieno soddisfacimento già mediante l'esercizio del solo *ius prelatio-nis*, che è un diritto relativo e garantisce al coerede il diritto di essere informato dell'intenzione di procedere all'alienazione dei diritti successori e di essere preferito a terzi nell'acquisto a parità di condizioni; tuttavia potrebbe rimanere insoddisfatto nell'ipotesi in cui il diritto di prelazione venga violato e, quindi, il coerede non sia stato messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà di essere preferito al terzo nell'acquisto, oppure la sua volontà pur espressa sia stata ignorata, e l'acquisto si compia in capo al terzo estraneo. In queste ipotesi, l'interesse del soggetto riceve una tutela rafforzata e occasionata dal comportamento inadempiente dell'obbligato, costituita appunto dal *ius retractionis*, riconducibile alla categoria dei diritti potestativi, che attribuisce al soggetto il potere di riscattare la quota dall'acquirente (e da ogni successivo avente causa), finché dura lo stato di comunione, così surrogandosi automaticamente nella sua posizione contrattuale e ottenendo il trasferimento nella propria sfera giuridica del diritto successorio oggetto dell'alienazione.

Come si è accennato, i due diritti hanno natura diversa, soggetti passivi differenti e sorgono in capo al coerede in momenti e circostanze diverse.

**2.1. Segue** – Il diritto di prelazione integra un diritto relativo, caratterizzato dalla modalità realizzativa dell'interesse protetto propria di tale tipologia di situazione giuridica, che necessita della cooperazione del soggetto passivo del rapporto. La disposizione pone infatti a carico del coerede che intenda alienare la propria quota (o parte di essa) l'obbligo di *denuntiatio*; la *denuntiatio* costituisce proprio la prestazione oggetto dell'obbligazione<sup>22</sup> e consiste nell'invio agli altri coeredi di una vera e propria proposta contrattuale<sup>23</sup> funzionale al soddisfacimento dell'interesse che questi abbiano a es-

---

<sup>22</sup> Cfr. C. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, in G. BONILINI-G.F. BASINI-M. PROTO-C. COPPOLA-A. ALBANESE-M. BARELA, *La comunione ereditaria*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, VIII, t. 7, Esi, Napoli, 2013, p. 200.

<sup>23</sup> L'individuazione della prelazione e del retratto come due diritti distinti e autonomi determina il superamento della ricostruzione della *denuntiatio* come mera comunicazione di un fatto, consistente nell'avvio di una trattativa contrattuale con terzi per il trasferimento di diritti su quote ereditarie (per tale ricostruzione vedi NUZZO, *La prelazione successoria tra storia e dogma*, cit., p. 73 ss.), e l'affermazione maggioritaria in dottrina circa la qualificazione della *denuntiatio* quale proposta contrattuale. Cfr., per tutti, Bonilini, *Retratto successorio*, cit., p. 428 il quale precisa che "la notificazione porta a conoscenza non già un generico, eventuale progetto di alienazione, ma un serio proposito, suscettibile di evolvere in trasferimento quando a esso si accompagni l'accettazione dell'oblato". Anche la giurisprudenza, fatta eccezione per qualche isolata



sere preferiti nell'acquisto, a parità di condizioni, a terzi estranei alla comunione. La *denuntiatio* è quindi una dichiarazione unilaterale recettizia che, poiché costituisce proposta contrattuale, deve contenere tutti gli elementi del contratto di alienazione che si intende stipulare (che la lettera della disposizione individua sinteticamente nel prezzo) e, in particolare, come la giurisprudenza non manca di evidenziare, deve avere un contenuto tale da "permettere al destinatario di comprendere concretamente il tenore dell'offerta e valutarne in tutti i suoi elementi la convenienza"<sup>24</sup>. In applicazione della disciplina generale deve allora ritenersi che essa sia revocabile fino al momento in cui l'eventuale accettazione da parte di uno o più destinatari della stessa non giunga a conoscenza del proponente<sup>25</sup>, e che la comunicazione da parte di questi di voler esercitare il diritto di prelazione determini l'accettazione della proposta e, quindi, la conclu-

---

pronuncia (cfr. Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 24 aprile 2013, n. 5705, in *Giust. civ. com.*, 2014 secondo il quale "La *denuntiatio* rappresenta la mera dichiarazione di un'intenzione a vendere a un terzo, volta a innescare un'eventuale proposta di acquisto da parte dell'oblato, alle medesime condizioni dichiarate nella *denuntiatio*, proposta alla quale dunque, per la conclusione del negozio di cessione, deve far seguito un'ulteriore accettazione del denunziante, solo in presenza della quale si può dire concluso il negozio"), è costante nel ribadire che "La comunicazione ai coeredi dell'intenzione di alienazione equivale a una vera e propria proposta contrattuale". Cfr. Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2006, n. 25041, in *Vita not.*, 2007, p. 587; Cass. civ., sez. II, 24 marzo 2016, n. 5865, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2012, n. 20884, in *www.iusexplorer.it*, 2013, e già nello stesso senso, Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1982, n. 5802, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 10-11.

<sup>24</sup> Così Cass. civ., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 1358, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; nello stesso senso Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12504, in *Riv. not.*, 2018, II, p. 1099. Al riguardo la giurisprudenza di merito ha chiarito che la proposta di alienazione in discorso "non può esaurirsi in un mero intento generico di vendere la propria quota palesato agli altri coeredi, di per sé invero insufficiente a integrare gli estremi dell'oggetto della notificazione richiesta dall'art. 732 cod. civ. per l'esercizio del diritto di prelazione da parte dei coeredi; a tal fine è infatti necessario comunicare l'effettiva decisione con una proposta di alienazione a determinate condizioni che il terzo sia pronto ad accettare, perché solo in tal caso può decorrere il termine di due mesi assegnato dalla legge al coerede destinatario della proposta per l'esercizio del diritto di prelazione": Trib. Grosseto, 3 novembre 2016, n. 872, in *www.iusexplorer.it*, 2017. Anche la dottrina conferma che "l'atto dovrà presentare le informazioni minime prescritte dalla norma, con riferimento alla volontà di alienare, all'oggetto del negozio ... e al «prezzo» per cui l'estraneo abbia palesato la disponibilità ad acquistare ... Si ritiene, peraltro, che, pur mancandone espressa menzione nella norma, sia necessaria anche l'indicazione di tutte quelle altre «modalità» ... in assenza delle quali, il coerede è indisponibile all'alienazione": COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 201 s. Nello stesso senso, tra gli altri, VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 167 il quale precisa che ove l'alienante si limiti a manifestare una generica volontà di alienare, inducendo gli altri coeredi ad avanzare proposte o a rinunciare alla prelazione, tale comunicazione non integrerà *denuntiatio* e, quindi, non comporterà il decorso del termine bimestrale di decadenza.

<sup>25</sup> La legge concede al coerede uno *spatium deliberandi* di due mesi per esercitare il suo diritto di essere preferito, ma la fissazione di tale termine non comporta la irrevocabilità della proposta, in quanto fino all'eventuale accettazione, il proponente rimane libero di mutare idea e rinunciare ad alienare la quota. Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 177; BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 429.



sione del contratto, che non necessita di ulteriori formalizzazioni<sup>26</sup>.

Quanto alla forma che *denuntiatio* ed eventuale accettazione da parte dei destinatari devono avere, nonostante la giurisprudenza sia costante nel ritenere che, in applicazione della disciplina generale, non ricorrano particolari obblighi formali se non quelli derivanti dalla tipologia di beni oggetto di alienazione e che, pertanto, le dichiarazioni prenegoziali dovranno rivestire forma scritta richiesta *ad substantiam* esclusivamente se la quota (o quella parte di questa che viene) alienata comprenda beni immobili<sup>27</sup>, pare da preferirsi l'impostazione della dottrina che, viceversa, ritiene l'alienazione della quota ereditaria (o di parte di essa) una *species* del *genus* vendita di eredità, per la quale gli artt. 1543 e 1547 cod. civ. impongono la forma scritta a prescindere dal tipo di beni che ne formano oggetto<sup>28</sup>. Come peraltro la stessa giurisprudenza non manca di sottolineare, la forma scritta è comunque da preferire anche nelle ipotesi in cui dovesse ritenersi che la tipologia di beni oggetto di alienazione non la imponga, al fine di rendere certa la data della *denuntiatio*, che integra proposta contrattuale, dalla quale decorre il termine decadenziale per l'esercizio del diritto di prelazione<sup>29</sup>, garantire certezza sulla data del perfezionamento dell'alienazione conseguente all'esercizio del diritto di prelazione, che integra accettazione, e facilitare le operazioni di trascrizione<sup>30</sup>.

Il diritto di prelazione sorge in capo al coerede nel momento in cui si instaura la co-

---

<sup>26</sup> Come la giurisprudenza, sopra citata, espressamente conferma “La comunicazione ai coeredi dell'intenzione di alienazione equivale a proposta contrattuale, con la conseguenza che l'accettazione di uno o più coeredi consente di ritenere concluso a loro favore un negozio di alienazione, ovvero il contratto di compravendita, avente a oggetto la quota di che trattasi, senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà; l'intenzione di alienare, infatti, assume gli estremi di una vera e propria proposta contrattuale come delineata dall'art. 1326 cod. civ.”: Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2012, n. 20884, cit.; nello stesso senso Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2006, n. 25041, cit.; e, già, Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1982, n. 5802, cit.

<sup>27</sup> La giurisprudenza è costante nel ribadire che “l'intenzione di alienare ... assume gli estremi di una vera e propria proposta contrattuale come delineata dall'art. 1326 cod. civ. e, se riguarda beni immobili, deve avere la forma scritta”: Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2012, n. 20884, cit.; conformi *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 27 novembre 2006, n. 25041, cit.; Trib. Grosseto, 3 novembre 2016, n. 872, cit.

<sup>28</sup> In tal senso vedi VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 168; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 49, 61, 64; MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 989; ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 201; A. PALAZZO-A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, Vol. I, *Categorie e specie della successione*, Utet, Milano, 2012, p. 798. *Contra* FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 176 s.; GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., 574.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 24 marzo, 2016, n. 5865, cit. secondo la quale “La *denuntiatio* dell'alienazione della quota al coerede, effettuata ai sensi dell'art. 732 cod. civ., costituisce una proposta contrattuale nei confronti dello stesso e, pertanto, va realizzata in forma scritta e notificata con modalità idonee a documentarne il giorno della ricezione da parte del destinatario, ai fini dell'esercizio della prelazione”.

<sup>30</sup> Sul punto vedi COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 206 s.



munione ereditaria<sup>31</sup>. È infatti in tale momento che tra i coeredi, in quanto tali, sorge un rapporto obbligatorio reciproco in cui ciascuno di essi è creditore e debitore nei confronti di tutti gli altri di una prestazione di fare, consistente proprio nel destinare la proposta contrattuale per l'eventuale alienazione della propria quota ereditaria (o di parte di essa) agli altri coeredi prima di concludere il contratto con terzi estranei. Sicché il diritto di prelazione non è il diritto di acquistare la quota altrui, ma il diritto di essere interpellati prima dell'alienazione ed essere messi nelle condizioni di accettare, con precedenza rispetto a estranei, la proposta contrattuale.

Al riguardo va preliminarmente precisato che deve ritenersi che il concetto di estraneo prescinda assolutamente dai legami familiari e attenga esclusivamente al gruppo costituito dai coeredi tra i quali si instaura la comunione ereditaria<sup>32</sup>. Così ragionando non deve intendersi tenuto alla *denuntiatio* il coerede che trasferisca i propri diritti ereditari ad altro coerede<sup>33</sup>, mentre rimane tenuto al rispetto delle ragioni di preferenza vantate dai coeredi chi intenda alienare ad altro soggetto che, pur legato da rapporti parentali con il *de cuius* o con i coeredi, non partecipi alla comunione ereditaria<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Il diritto di prelazione è una prerogativa riconosciuta dalla legge al coerede in quanto tale e, quindi, sorge contestualmente alla costituzione della comunione ereditaria. Cfr. G. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria, e di retratto successorio*, in *Fam. Pers.*, 2009, p. 165. Ipotizzare che il diritto di prelazione in capo al coerede potenziale acquirente sorga esclusivamente nel momento in cui il coerede potenziale alienante rivolge la proposta di alienazione al terzo senza garantire la preferenza al primo, è, infatti, intimamente contraddittoria, in quanto non si riuscirebbe a individuare il fondamento dell'obbligo di *denuntiatio*. Invero la struttura formale dell'istituto, nonché il suo fondamento sostanziale smentiscono inequivocabilmente una ricostruzione di questo tipo, in quanto la mancata notifica della *denuntiatio* costituisce non già la fonte del diritto di prelazione, bensì la sua violazione, cioè l'inadempimento dell'obbligo costituente la situazione passiva frontistante al diritto medesimo, che non può avere altra fonte che il momento in cui si è costituita la comunione ereditaria e si è acquistata la qualità di coerede, cui accede il diritto di prelazione. Sul punto vedi P. DE MARTINIS, *Rinuncia «preventiva» alla prelazione legale e nullità «virtuale»*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 720. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. civ., sez., II, 14 gennaio 1999, n. 310, in *Giust. civ. Mass.*, 1999; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, in *Vita not.*, 1994, p. 1368.

<sup>32</sup> Come chiarito dalla dottrina maggioritaria “sono estranei i “non coeredi”, cioè coloro che non sono chiamati a far parte dell'eredità la cui quota un coerede vuole alienare”: G. IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 471. Nello stesso senso, per tutti, vedi GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., p. 586 s.; BONILINI, *Retrato successorio*, cit., p. 424.

<sup>33</sup> Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 175 ss. ove si precisa che l'alienazione al coerede fa venir meno la finalità stessa della prelazione ereditaria in quanto integra di per sé una preferenza del coerede agli estranei. Pertanto il coerede può senz'altro alienare liberamente la propria quota a uno o più coeredi con esclusione degli altri.

<sup>34</sup> Come la giurisprudenza conferma, infatti, “In tema di divisione ereditaria, la qualità di “estraneo” cui si richiama l'art. 732 cod. civ. non si riferisce alla famiglia dell'autore dell'eredità, nel senso che può considerarsi tale, ai fini dell'esperibilità, nei suoi confronti, del retratto successorio, il figlio “*ex filio del de*



Va poi rilevato che, come accennato, la prelazione ereditaria è congegnata in modo da garantire la tutela delle ragioni proprietarie di tutti i coeredi, quindi anche del potenziale alienante, infatti l'obbligo di *denuntiatio* riguarda non già qualsiasi programma di trasferimento, bensì esclusivamente quelli aventi a oggetto l'intera quota ereditaria (o parte di essa) e presentanti caratteristiche tali da rendere l'identità della controparte ininfluenza ai fini della piena realizzazione dell'interesse dell'alienante.

Innanzitutto l'obbligo di *denuntiatio* sorge esclusivamente quando il contratto che il coerede intende stipulare abbia a oggetto la quota (intesa come porzione ideale dell'*universum ius defuncti*) o parte di essa (intesa come frazione aritmetica della quota e frazione astratta dell'intero asse)<sup>35</sup> e, quindi, produca un effetto traslativo immediato<sup>36</sup>. Egli è quindi libero di stipulare il contratto con terzi, senza rimanere soggetto al rischio di condanna risarcitoria e senza che l'acquirente resti esposto al rischio di recesso, se dimostri che questo ha a oggetto singoli beni ereditari o quote di singoli beni ereditari<sup>37</sup>, cioè si trat-

---

*cuius*”, sicché è estraneo non solo chi non sia legato da parentela con i coeredi del *de cuius*, ma anche chi non partecipa all'eredità di cui fa parte la quota ceduta”: Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2000, n. 981, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2503. Conforme Trib. S. Angelo Lombardi, 10 gennaio 2007, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2607.

<sup>35</sup> Sull'oggetto dell'alienazione che obbliga al rispetto del diritto di prelazione e sul concetto di quota vedi, per tutti, MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, cit., *passim* e spec. p. 451 ss.; MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 988; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 173 ss.; Coppola, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 198.

<sup>36</sup> La Suprema Corte è costante nel ribadire che “Il diritto di prelazione e di riscatto previsto dal codice civile all'art. 732 a favore del coerede dell'alienante sussiste soltanto nell'ipotesi di alienazione, sia pure parziale, della quota ereditaria che implica, per la sua efficacia reale, l'ingresso dell'estraneo nella comunione ereditaria”: Cass. civ., sez. II, 11 settembre 2017, n. 21050, in *Dir. gius.*, 2017.

<sup>37</sup> Come conferma, con orientamento unanime la giurisprudenza, l'onere della prova circa l'oggetto dell'alienazione resta a carico dell'alienante e del terzo acquirente convenuti con l'azione risarcitoria o di recesso, dovendosi presumere che l'alienazione abbia a oggetto una porzione ideale dell'*universum ius defuncti*, quando il trasferimento riguardi la quota di un singolo bene. Cfr., da ultimo, App. Roma, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 6075, in *Arch. loc.*, 2017, p. 469, secondo cui “Se un erede aliena a un estraneo la quota indivisa dell'unico cespite ereditario, si presume l'alienazione della sua corrispondente quota, intesa come porzione ideale dell'*universum ius defuncti*, e perciò il coerede può esercitare il recesso successorio (art. 732 cod. civ.), salvo che il recesso dimostri, in base a elementi concreti della fattispecie e intrinseci al contratto (volontà delle parti, scopo perseguito, consistenza del patrimonio ereditario e raffronto con l'entità dei beni venduti), con esclusione del comportamento del retraente, estraneo al contratto medesimo, che, invece, la vendita ha a oggetto un bene a sé stante; conformi, Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2016, n.8692, in *Guida al dir.*, 2016, n. 24, p. 39; Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 2011, n. 97, in *Giust. civ. Mass.*, 2011; Cass. civ., sez. II, 28 ottobre 2010, n. 22086, in *Giust. civ. Mass.*, 2010; Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 1852, in *Guida al dir.*, 2006, n. 17, p. 95; Cass. civ., sez. II, 4 aprile 2003, n. 5320, in *Giust. civ.*, 2004, p. 1068. La stessa regola va applicata nell'ipotesi in cui l'alienazione abbia a oggetto un singolo bene che, con un meccanismo analogo a quello della *institutio ex re certa*, può considerarsi utilizzato quale parametro per individuare una frazione dell'intero. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 7 agosto 2002, n. 11881, in *Giur. it.*, 2003, p. 436 secondo la quale “L'indi-



ti della c.d. alienazione dell'esito divisionale. Tali alienazioni, infatti, non determinano il subingresso dell'estraneo nella comunione ereditaria, che l'art. 732 cod. civ. tende a impedire<sup>38</sup>, in quanto producono effetti meramente obbligatori, restando l'effetto traslativo sospensivamente condizionato all'acquisto della proprietà del bene da parte del coerede alienante a seguito di assegnazione dello stesso in esito alla divisione ereditaria<sup>39</sup>.

In secondo luogo, perché il coerede alienante sia obbligato alla *denuntiatio* occorre che il trasferimento avvenga tramite un'alienazione che, come autorevolmente evidenziato in dottrina, dal punto di vista etimologico esprime unicamente l'idea di separazione e nell'uso giuridico e normativo rimane sinonimo di trasferimento, che si può realizzare con molteplici schemi contrattuali<sup>40</sup>. Occorre allora verificare quali contratti debbano considerarsi alienazione ai sensi della norma in discorso. La lettera della disposizione, che, nell'individuare molto sinteticamente l'oggetto della *denuntiatio*, fa specifico ed espresso riferimento al prezzo, consente già di escludere dal suo ambito applicativo qualunque forma di trasferimento a titolo gratuito<sup>41</sup>. Occorre allora individuare quali trasfe-

---

cazione di beni determinati nel contratto di alienazione non costituisce elemento decisivo per escludere l'ipotesi di trasferimento della quota ereditaria o di parte di essa, quando gli altri elementi utili all'interpretazione della natura del contratto consentano in maniera univoca di ritenere che la *res certa*, oggetto della disposizione patrimoniale, sia stata considerata come misura della partecipazione dell'acquirente alla comunione ereditaria, e cioè come frazione dell'*universum ius* del defunto e non come *pars quota* con riferimento all'esito della divisione". Conformi: Cass. civ., sez. II, 23 aprile 2010, n. 9744, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2365; Trib. S. Angelo Lombardi, 10 gennaio 2007, cit.; Trib. Cosenza, 9 aprile 2005, in *Corti calabresi*, 2005, p. 665; Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 1999, n. 13704, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2471.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II., 29 luglio 2008, n. 20561, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 1220.

<sup>39</sup> Cfr., per tutti, Forchielli, Angeloni, *Della divisione*, cit., p. 259 ove si evidenzia come anche la giurisprudenza tradizionalmente non manchi di confermare che l'alienazione concreta di un determinato bene della comunione ereditaria non intralcia né il godimento comune né le operazioni divisorie, in quanto la sua efficacia è subordinata alla condizione che il bene alienato sia assegnato all'alienante ex artt. 757 e 1478 cod. civ. Sul tema vedi, per tutti, PALAZZO-SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, cit., p. 794 ss.; R. TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 36 ss. In giurisprudenza vedi, da ultimo, Cass. civ., sez. VI, 23 febbraio 2018, n.4428, in *Riv. not.*, 2018, II, p. 757 (con nota di A. TORRONI, *La Cassazione torna sull'alienazione della quotina. Alla ricerca della ratio della qualifica giurisprudenziale come alienazione dell'esito divisionale e di soluzioni di tecnica contrattuale*, *ibidem*, p. 757 ss.) secondo la quale "La vendita di un bene, facente parte di una comunione, da parte di uno solo dei comproprietari, ha solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia subordinata all'assegnazione del bene al venditore a seguito della divisione; pertanto, fino a tale momento, poiché il bene continua a far parte della comunione, l'acquirente può avvalersi solo dei diritti di cui all'art. 1113 cod. civ., e non è parte necessaria del giudizio di divisione e la sua mancata evocazione in giudizio comporta unicamente che la divisione non abbia effetto nei suoi confronti, ma non anche l'invalidità della sentenza pronunciata in sua assenza".

<sup>40</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1 ss.

<sup>41</sup> Cfr., per tutti, BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 427 il quale evidenzia che le alienazioni a titolo gratuito, in quanto fondate sulla spontaneità, non tollerano vincolo di sorta.





rimenti a titolo oneroso, oltre alla vendita, che ne costituisce il prototipo, devono ritenersi riconducibili alla fattispecie della alienazione.

Al riguardo va evidenziato che, come si è accennato, l'istituto, secondo il meccanismo realizzato dal codice del 1942, tende a operare un bilanciamento tra gli interessi proprietari di tutti i soggetti coinvolti, garantendo il pieno soddisfacimento di quelli del coerede titolare del diritto di prelazione senza che ciò determini un sacrificio, quantomeno sul piano economico, di quello del coerede alienante. Ciò che rileva ai fini della configurabilità dell'alienazione che obbliga al rispetto della precedenza del coerede rispetto ai terzi estranei, non è, allora, tanto lo specifico schema contrattuale utilizzato, quanto piuttosto la parità di condizioni – alle quali viene accordata la precedenza – che, come si è detto, costituisce il connotato essenziale della prelazione c.d. propria (e quindi della prelazione ereditaria), e che presuppone non solo che l'alienazione avvenga a titolo oneroso, ma anche che la controprestazione sia fungibile<sup>42</sup>. Solo la assoluta fungibilità della controprestazione, infatti, garantisce all'alienante il pieno soddisfacimento dell'interesse programmato con l'atto di disposizione, restando indifferenti l'identità e le qualità della controparte<sup>43</sup>.

In questa logica devono ritenersi alienazioni ai sensi della norma in discorso, oltre alla vendita (anche con patto di riscatto e a rate con riserva di proprietà)<sup>44</sup>, la vendita forzata<sup>45</sup>, la permuta con corrispettivo fungibile<sup>46</sup>, la *datio in solutum* per l'estinzione di un

---

<sup>42</sup> Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 170 ss. i quali, rilevato il rischio che una interpretazione restrittiva della disposizione in discorso, che individui nella sola compravendita l'alienazione che obbliga il coerede al rispetto del diritto di prelazione degli altri, si converta in un facile espediente per eludere la norma, concludono che il criterio della perfetta fungibilità della prestazione rappresenti la scriminante idonea per stabilire quando le alienazioni onerose di quota siano soggette a prelazione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato.

<sup>43</sup> Come la dottrina precisa, l'assenza della fungibilità “non consente di per sé il rispetto della parità di condizioni tra coerede ed estraneo unanimemente assunto a presupposto fondamentale della prelazione legale a salvaguardia, anche, dell'interesse dell'alienante”: LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 27.

<sup>44</sup> Così, GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., p. 568.

<sup>45</sup> In tal senso, da ultimo vedi VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 158 il quale evidenzia che la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 732 cod. civ. prescinde totalmente dal carattere volontario o meno dell'alienazione e, pertanto, deve ritenersi assolutamente ininfluyente, ai fini della individuazione delle forme di alienazione che impongono il rispetto del diritto di prelazione, il dato letterale che utilizza una formula sintattica (“vuole alienare”) che parrebbe rinviare ad alienazioni solo volontarie (in questo senso, invece, BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 60); l'Autore precisa inoltre che la norma si applica senz'altro alla vendita all'asta in quanto neppure osta alla sua applicabilità il meccanismo dell'incanto (così, invece, COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 198), in quanto dopo l'aggiudicazione provvisoria della quota al miglior offerente l'organo procedente potrebbe ben eseguire la *denuntiatio* e, in difetto, i coeredi possono senz'altro esercitare il retratto nei confronti degli aggiudica-



debito avente a oggetto una prestazione fungibile di ammontare certo e determinato<sup>47</sup> e l'alienazione con corrispettivo una rendita vitalizia<sup>48</sup>. Restano viceversa estranei la permuta con corrispettivo infungibile<sup>49</sup>, la transazione<sup>50</sup>, la cessione dei beni ai creditori, il *negotium mixtum cum donatione*, il conferimento della quota ereditaria in società o in comunione convenzionale con il coniuge<sup>51</sup>.

Può allora sinteticamente concludersi che il diritto di prelazione si configuri come un diritto di credito di cui è titolare ciascun coerede, in quanto tale, e, quindi, fin dall'apertura della successione. Frontistante a esso si configura in capo a tutti gli altri coeredi un obbligo, funzionale alla realizzazione dell'interesse del soggetto attivo del rapporto, che ha a oggetto una prestazione di fare consistente nella formulazione di una proposta contrattuale da destinare, appunto, al titolare del diritto di prelazione, relativa all'eventuale programmato trasferimento (con contratto di alienazione a titolo oneroso

---

tari. Nello stesso senso si era espressa anche la Suprema Corte secondo la quale "Non è nulla, per violazione dell'art. 732 cod. civ., la vendita all'asta della quota ereditaria indivisa del fallito – disposta dal giudice delegato al fallimento, senza previa notifica ai coeredi – poiché il diritto di prelazione che questi ultimi non sono stati posti in condizione di esercitare, si converte nel diritto di riscatto della quota alienata nei confronti dell'acquirente": Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 1986, n. 596, in *Fall.*, 1986, p. 748.

<sup>46</sup> Sulla assoggettabilità della permuta alla prelazione del coerede il dibattito è stato assai acceso in dottrina. Sul tema vedi N. CORBO, *Retratto successorio e permuta: una prospettiva di soluzione intermedia*, in G. BENEDETTI-L.V. MOSCARINI (a cura di), *Prelazione e retratto*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 103 ss. La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che quando il corrispettivo della permuta sia fungibile diverrebbe illogico e arbitrario adottare un regime diverso da quello della compravendita. Vedi, per tutti, FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 172; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 59; Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 28.

<sup>47</sup> Cfr. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 59; nello stesso senso MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 989 s. il quale precisa che l'applicabilità della prelazione alle ipotesi di *datio in solutum* vale esclusivamente "per i casi in cui la prestazione dovuta dall'alienante abbia a oggetto una somma di denaro o comunque abbia carattere di fungibilità, apparendo altrimenti non formulabile la valutazione di parità tra la prestazione del terzo e quella dell'avente diritto a prelazione". *Contra* COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 197 s. la quale esclude la *datio in solutum* dal novero delle alienazioni soggette al diritto di prelazione, in ragione dell'infungibilità del corrispettivo, assunta come elemento caratterizzante la figura.

<sup>48</sup> Cfr. MOSCARINI, op. loc. ult. cit., il quale precisa che le medesime considerazioni che inducono a ritenere applicabile la prelazione ereditaria alla *datio in solutum* dovrebbero confermare anche l'applicabilità alle alienazioni dietro corrispettivo costituito da una rendita vitalizia.

<sup>49</sup> Cfr. MOSCARINI, *Prelazione*, cit., p. 990 il quale argomenta l'esclusione della permuta dall'ambito oggettivo di applicazione della prelazione ereditaria proprio insistendo sul carattere (secondo la sua ricostruzione intrinsecamente) infungibile dell'oggetto della permuta.

<sup>50</sup> Cfr., per tutti, LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 28 la quale evidenzia come la transazione, stipulata per comporre una lite tra un coerede e un estraneo, è un contratto di scambio che in sé esclude il prospettarsi della parità delle condizioni richiesta perché possa operare il diritto di prelazione ereditaria.

<sup>51</sup> Cfr. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 198 s.



con controprestazione fungibile) della propria quota o di parte di essa. Gli obbligati, perché l'adempimento sia esatto, comunicata la proposta contrattuale sono tenuti ad attendere il decorso dello *spatium deliberandi* di due mesi, concesso al titolare del diritto di prelazione per esercitarlo, prima di poter concludere, nell'ipotesi di mancato esercizio, il contratto con il terzo alle condizioni dichiarate nella proposta. Ove dovessero mutare le condizioni del trasferimento, ricorrerà l'obbligo in capo all'alienante di eseguire una nuova *denuntiatio*.

**2.2. Segue** – Il diritto di riscatto è anch'esso una situazione strumentale, ma di natura diversa, in quanto attribuisce al titolare un potere, che a differenza del potere creditorio, è idoneo a garantire, attraverso un comportamento dello stesso titolare, l'acquisto della proprietà della (o della porzione di) quota che altro coerede abbia trasferito a terzi in violazione del diritto di prelazione ereditaria.

Tale diritto, evidentemente connesso al diritto di prelazione in quanto volto a garantire l'effettività della tutela apprestata dal primo e, quindi, funzionale al soddisfacimento del medesimo interesse, costituisce uno strumento autonomo e strutturalmente differente rispetto a quello.

Innanzitutto diversa è la fattispecie che determina l'insorgere del diritto in capo al coerede. Il diritto al retratto, infatti, non si acquista unitamente alla qualità di coerede al momento dell'apertura della successione, ma successivamente, solo in seguito alla violazione del diritto di prelazione che non si esaurisce nell'inadempimento all'obbligo di *denuntiatio*<sup>52</sup>, ma si completa con l'effettiva alienazione al terzo. Solo l'alienazione al terzo, infatti, determina l'inadempimento con la conseguente lesione dell'interesse protetto dagli istituti in discorso<sup>53</sup> e, pertanto, comporta l'attribuzione al coerede del diritto al riscatto del bene contro il terzo acquirente e i suoi aventi causa.

Da ciò consegue che mentre il diritto di prelazione compete a tutti i coeredi in quanto tali, il diritto di riscatto è attribuito esclusivamente al coerede che ha subito la lesione del

---

<sup>52</sup> Al riguardo va evidenziato, come rilevato in dottrina, che alla notifica, da intendersi quale sinonimo di comunicazione, “non può equivalere ... la conoscenza indiretta che i coeredi eventualmente posseggano della trattativa in corso con l'estraneo, giacché questa non li mette in condizione di accettare la proposta (che non esiste) e di esercitare ... il proprio diritto di prelazione”: FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 176 s.

<sup>53</sup> Cfr. G. BONILINI, *Il retratto successorio*, in BONILINI-BASINI-PROTO-COPPOLA-ALBANESE-BARELA, *La comunione ereditaria*, cit., p. 219.



suo diritto di prelazione. Non ne diviene quindi titolare né colui che, ricevuta la *denuntiatio*, abbia lasciato decorrere infruttuosamente il termine decadenziale per l'esercizio del diritto di prelazione, né colui che abbia rinunciato all'esercizio del diritto o abbia rifiutato la proposta di acquisto<sup>54</sup>. Emerge quindi la funzione assegnata al retratto dall'art. 732 cod. civ. che, come si è detto, ha innovato l'istituto introducendo il meccanismo prelatizio, assente nella formulazione del codice napoleonico e in taluni altri ordinamenti, compreso quello spagnolo. Il retratto non opera più in modo automatico e non si acquista con la qualità di erede, ma solo in seguito e a condizione che l'alienante si sia reso inadempiente all'obbligo di rispettare il diritto di prelazione del coerede<sup>55</sup>.

Anche sotto il profilo soggettivo il diritto al retratto si distingue, nella sua struttura, dal diritto di prelazione in quanto a differenza di quello, che vede come soggetti passivi gli altri coeredi, questo si esercita contro il terzo estraneo acquirente (oppure contro ogni suo successivo avente causa) mentre rimane del tutto estraneo il coerede alienante<sup>56</sup>, che può eventualmente essere convocato in giudizio in garanzia dal convenuto<sup>57</sup>.

Il diritto al retratto configura quindi un diritto potestativo che si esercita con una dichiarazione negoziale recettizia<sup>58</sup>, che deve essere redatta in forma scritta se l'oggetto

---

<sup>54</sup> Per l'ammissibilità della rinuncia preventiva ai diritti di prelazione e retratto, si rinvia al prosieguo della trattazione ove al tema, con riguardo al quale il dibattito è ancora acceso in dottrina e giurisprudenza, sarà dedicato un apposito spazio.

<sup>55</sup> Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 168 i quali evidenziano come "il diritto di prelazione è un mezzo di prevenzione e di attenuazione degli effetti del riscatto".

<sup>56</sup> La posizione di terzietà che il coerede alienante riveste con riguardo all'esercizio del diritto di riscatto è confermata, sul piano processuale, dalla carenza di litisconsorzio necessario nei suoi confronti. Cfr. VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 170.

<sup>57</sup> Come la Suprema Corte ha evidenziato, il coerede che abbia alienato a favore di terzo estraneo in violazione del diritto di prelazione dei coeredi è tenuto nei confronti dell'acquirente, e dei suoi aventi causa, secondo le norme della garanzia per evizione. Cfr. Cass. civ., sez. II, 3 maggio 2016, n. 8692, cit., secondo la quale "In tema di compravendita immobiliare, effettuata da un coerede, di un bene caduto in successione la domanda con la quale l'acquirente chieda all'alienante di garantirlo dalle conseguenze della pronuncia di riscatto va ricondotta alla fattispecie della garanzia per evizione, i cui effetti conseguono al mero fatto obiettivo della perdita del diritto acquistato, che, facendo venire meno la ragione giustificatrice della controprestazione, altera l'equilibrio del sinallagma funzionale e fa sorgere la necessità di porvi rimedio con il ripristino della situazione economica dell'acquirente anteriore all'acquisto. Ne consegue che, ai fini della responsabilità dell'alienante, è irrilevante che l'acquirente abbia avuto conoscenza della possibile causa dell'evizione".

<sup>58</sup> La giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'atto di esercizio del diritto potestativo di retratto integri una dichiarazione di volontà negoziale recettizia e precisa che essa può essere espressa anche con l'atto introduttivo del giudizio. Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 maggio 2019, n. 14515, in *Gius. civ. Mass.*, 2019, secondo la quale "La dichiarazione unilaterale recettizia di carattere negoziale che esprime la volontà di esercitare il diritto potestativo di riscatto nei confronti dell'acquirente di quota ereditaria, previ-



dell'alienazione comprenda beni immobili<sup>59</sup>, comunicata alla controparte, ossia al terzo acquirente oppure al suo avente causa, titolare della soggezione che quindi non può che subire gli effetti del retrato, non potendoli evitare in nessun modo. Esso può essere esercitato dal momento in cui si è compiuta la violazione del diritto di prelazione e finché dura lo stato di comunione ereditaria<sup>60</sup>, salvo che il diritto si estingua *medio tempore* per il decorso dell'ordinario termine prescrizione decennale<sup>61</sup>.

L'esercizio del retrato successorio, che, in ossequio al principio della parità delle condizioni, funzionale a garantire il pieno soddisfacimento delle ragioni proprietarie del-

---

sto dall'art. 732 cod. civ. a favore dei coeredi, può essere espressa anche con l'atto introduttivo del giudizio ed è in esso validamente manifestata quando sia riconducibile al titolare del potere attraverso la sottoscrizione di tale atto o il conferimento della procura speciale al difensore, tale dovendosi ritenere anche quella apposta a margine dell'atto o in calce allo stesso, dal momento che in tal caso, per effetto di siffatta procura, l'atto introduttivo del giudizio è direttamente riferibile alla parte, anche nel punto in cui contenga la suddetta manifestazione di volontà negoziale"; conforme, Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2010, n. 3470, in *Giust. civ. Mass.*, p. 206. Sul tema della trascrizione della domanda giudiziale di retrato successorio si rinvia alle riflessioni di P. Sirena, *Il problema della trascrivibilità della domanda di riscatto legale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 627 ss.

<sup>59</sup> Cfr. BONILINI, *Il retrato successorio*, cit., p. 225. Ancorché la forma scritta debba ritenersi richiesta *ad substantiam* esclusivamente quando l'oggetto dell'alienazione comprenda beni immobili, essa è tuttavia utile al fine di facilitare l'eventuale trascrizione della dichiarazione di riscatto che, in considerazione della sua efficacia reale, dovrebbe ritenersi possibile. Sul tema si rinvia alle riflessioni di Trimarchi, *Prelazione e retrato successorio*, cit., p. 333 ss. e spec. 341 ss.

<sup>60</sup> Al riguardo la giurisprudenza ha precisato che lo stato di comunione ereditaria cessa soltanto con la divisione tramite la trasformazione dei diritti dei singoli partecipanti su quote ideali dell'eredità in diritti di proprietà individuali su singoli beni. Pertanto, lo scioglimento della comunione ereditaria nei confronti di uno solo dei coeredi, perché abbia già ceduto, nel pieno rispetto del diritto di prelazione degli altri coeredi, la propria quota, non ne modifica la natura e non fa venir meno il diritto di prelazione a favore dei coeredi per ulteriori alienazioni, giacché la comunione residuale sui beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 732 cod. civ., soltanto quando siano state compiute le operazioni divisionali dirette a eliminare la maggior parte delle varie componenti dell'asse ereditario indiviso al momento dell'apertura della successione. Cfr. App. Roma, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 6075, in *Riv. not.*, 2017, II, p. 155; Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 2007, n. 21491, in *Riv. not.*, 2008, p. 941. La Suprema Corte ha altresì precisato che in considerazione dell'effetto retroattivo del retrato successorio, neppure l'eventuale azione di divisione giudiziale della comunione ereditaria proposta anche nei confronti degli acquirenti di una quota osta alla proposizione nei confronti di costoro, nelle more del primo giudizio, anche della domanda di retrato ex art. 732 cod. civ. Cfr. Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2016, n. 17520, *Giust. civ. Mass.*, 2016.

<sup>61</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 febbraio 2013, n. 3465, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, secondo la quale "Il retrato successorio di cui all'art. 732 cod. civ. è soggetto al termine di prescrizione di dieci anni, decorrenti dalla data della vendita della quota ereditaria compiuta in violazione del diritto di prelazione spettante ai coeredi, ancorché permanga lo stato di comunione ereditaria". Nello stesso senso già Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 1988, n. 519, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 1. In dottrina, *ex multis*, cfr. Moscarini, *Prelazione*, cit., p. 993; Loi, *Retrato (dir. vig.)*, cit., p. 30; Venosta, *Commento sub art. 732*, cit., p. 171.



l'alienante, deve escludersi possa essere parziale<sup>62</sup>, determina la surrogazione immediata del retraente nella posizione contrattuale del retrattato, con effetto retroattivo fino alla prima alienazione (anche nelle ipotesi di retratto presso gli aventi causa dell'acquirente)<sup>63</sup>, lasciando inalterata la validità del contratto di alienazione a suo tempo stipulato, ma deviandone retroattivamente gli effetti sul retraente che acquista, quindi, direttamente dal coerede alienante. L'effetto traslativo del diritto di proprietà sulla (o su parte della) quota ereditaria a suo tempo alienata nella sfera giuridica del retraente si verifica per effetto della sua dichiarazione, nel momento in cui questa giunge a conoscenza del

---

<sup>62</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 1358, cit., secondo la quale “L'esercizio del retratto successorio comporta l'integrale sostituzione all'acquirente del coerede che lo abbia esercitato, sicché non è consentito a quest'ultimo il riscatto parziale, non essendogli permesso di modificare il contenuto della compravendita”; conforme Cass. civ., sez. II, 11 maggio 1993, n. 5374, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 901.

<sup>63</sup> Come precisato in dottrina, il retratto “è un diritto potestativo *ex lege*, che assicura al coerede il potere di sostituirsi *ex tunc*, al terzo acquirente, nell'alienazione in violazione della prelazione”: Bonilini, *Il retratto successorio*, cit., p. 219. L'Autore precisa altresì che l'esercizio del retratto non compromette la validità del contratto di alienazione a suo tempo stipulato in violazione del diritto di prelazione del coerede, ma incide sul suo effetto traslativo in quanto la titolarità della quota alienata viene perduta dall'acquirente e dai suoi aventi causa per passare in capo al coerede retraente il quale acquista direttamente in base all'originario contratto come se sin dall'inizio ne fosse stato parte in luogo dell'estraneo (*ibidem*, p. 229 s.). Critica su questa ricostruzione, condivisa dalla dottrina maggioritaria, si dimostra Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 32 la quale ritiene la retroattività estranea al dato positivo dal quale potrebbe dedursi esclusivamente l'efficacia *erga omnes* del retratto e non anche la sua efficacia retroattiva. Tuttavia è, viceversa, da rilevarsi che proprio l'efficacia *erga omnes* prescritta dalla norma è direttamente consequenziale al carattere retroattivo del retratto, in quanto proprio in conseguenza di questo il retraente è surrogato nella posizione del primo acquirente e di conseguenza tutte le successive alienazioni perdono la loro efficacia secondo il principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*.

La giurisprudenza sul punto si dimostra invece, pare inconsapevolmente, ondivaga in quanto, pronunciandosi in ordine all'obbligo del retraente di rimborsare il prezzo al retrattato, sostiene che “L'effetto utile dell'esercizio dell'azione di retratto consiste in un trasferimento “*ex nunc*” della quota dal retrattario al retraente”, così negando l'efficacia retroattiva al retratto e, quindi, discostandosi dall'orientamento fino ad allora costante, la circostanza che il retraente acquisti direttamente dal coerede alienante (Cass. civ., sez. II, 14 maggio 2003, n. 7404, in *Vita not.*, 2003, p. 1429); successivamente, invece, di nuovo in conformità all'orientamento costante, pronunciandosi sui rapporti tra azione di retratto e azione di divisione giudiziale, dispone che “l'eventuale giudicato formatosi sulla domanda divisoria non preclude l'esame dell'istanza del retrattante, il cui accoglimento determina un fenomeno di surrogazione soggettiva legale, con efficacia *ex tunc*, assimilabile *quoad effectum*, rispetto agli esiti del giudizio divisionale, a una sorta di confusione, appartenendo i beni da dividere, in ragione dell'accoglimento della domanda di retratto, a un unico soggetto” (Cass. civ., sez. II, 2 settembre 2016, n. 17520, cit.), così confermando l'effetto retroattivo del retratto. Sostenevano già l'efficacia *ex tunc* del retratto, comportante la sostituzione del retraente al terzo acquirente nel contratto di alienazione stipulato dal coerede alienante, Cass. civ., sez. II, 12 maggio 1999, n. 4703, in *Not.*, 2000, p. 20; Trib. Campobasso, 24 maggio 2000, in *Giur. mer.*, 2001, p. 991; Cass. civ., sez. II, 16 marzo 1984, n. 1809, in *Foro it.*, 1984, I, p.1569; App. Venezia, 12 marzo 1977, in *Giur. mer.*, 1980, p. 584.





destinatario, pertanto l'eventuale pronuncia giudiziaria è di mero accertamento<sup>64</sup>.

Il particolare meccanismo di surrogazione determinato dal retratto fa sì che il pagamento del prezzo, cui il retraente è tenuto nei confronti del retrattato, non costituisca oggetto di un onere e, quindi, condizione per l'esercizio del retratto<sup>65</sup>, bensì oggetto dell'obbligo di pagare il corrispettivo nascente dal contratto di alienazione di cui il retraente è parte, per effetto della surrogazione, in luogo del terzo. Di conseguenza il prezzo da corrispondere va sempre rapportato al primo atto di alienazione, in tal modo garantendo anche la parità delle condizioni<sup>66</sup>. L'obbligo di pagare il prezzo costituisce, quindi, un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico; deve tuttavia ritenersi che il retrattato abbia diritto alla corresponsione degli interessi legali maturati<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 170.

<sup>65</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 14 maggio 2003, n. 7404, cit., la quale precisa che "Il retratto successorio si esercita mediante dichiarazione recettizia dal retraente al retrattato, e pertanto non rileva la circostanza che il pagamento o l'offerta reale della somma dovuta al retrattato non sia contemporanea alla dichiarazione di retratto". Nello stesso senso, già, Cass. civ., sez. II, 28 aprile 1992, n. 5066, in *Fall.*, 1992, p. 998 secondo la quale "La dichiarazione recettizia di riscatto, ai sensi dell'art. 732 cod. civ., produce i suoi effetti reali nel momento in cui perviene a conoscenza del destinatario senza necessità di un atto di retrocessione e anche se non sia stato contestualmente pagato il prezzo (e le eventuali spese), la cui obbligazione, non essendo in funzione casuale al retratto, (al quale è inapplicabile la decadenza prevista dall'art. 1503 cod. civ., che si riferisce al riscatto convenzionale), può anche essere eseguita in un momento successivo a quello in cui viene resa la dichiarazione di riscatto"; conforme Cass. civ., sez. II, 16 agosto 1990, n. 8304, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 8.

<sup>66</sup> Per garantire la parità di condizioni, infatti, tutte le eventuali variazioni di prezzo intervenute nella successiva circolazione della (o della porzione della) quota devono rimanere estranee all'acquisto da parte del coerede. Cfr. BONILINI, *Il retratto successorio*, cit., p. 222; BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 67. Per garantire in modo sostanziale e non solo formale la parità di condizioni deve ritenersi opponibile al retraente l'eventuale simulazione di prezzo operata nell'originario contratto di alienazione, in quanto è senz'altro da ritenersi che il retraente, in quanto parte di quel contratto, per effetto della surrogazione conseguente all'esercizio del diritto di riscatto, è tenuto a pagare il prezzo effettivo e non quello apparente. Sul punto cfr. VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 171 e bibliografia e giurisprudenza ivi citate *sub nota* 67. In giurisprudenza, si segnala la posizione ragionevolmente assunta dalla Suprema Corte con riguardo alla simulazione assoluta del contratto di alienazione, ove si afferma che "il coerede retraente, esercitando un diritto direttamente conferito dalla legge, il quale implica una sostituzione con effetti *ex tunc* nella posizione del retrattato, non è qualificabile come avente causa di quest'ultimo, e, quindi, non può invocare l'inopponibilità della simulazione prevista dall'art. 1415 comma 1 cod. civ. nei confronti di chi abbia in buona fede acquistato dal titolare apparente" (Cass. civ., sez. II, 16 marzo 1984, n. 1809, cit.) così confermando la surrogazione del retraente nel contratto di alienazione rispetto al quale egli non può ritenersi terzo, ma parte a tutti gli effetti; si segnala altresì la discutibile successiva pronuncia in cui, con evidente incoerenza, la medesima Corte dispone che "In tema di retratto successorio, la simulazione della vendita della quota ereditaria non può essere opposta, ai sensi dell'art. 1415 cod. civ., ai retraenti, essendo costoro terzi rispetto al contratto stesso" (Cass. civ., sez. II, 29 aprile 1992, n. 5181, in *Vita not.*, 1993, p. 252).

<sup>67</sup> Secondo la Suprema Corte, infatti, "L'accoglimento della domanda di retratto successorio, togliendo causa, con effetto retroattivo, alle attribuzioni patrimoniali del contratto, comporta, per effetto naturale del suo



L'efficacia *ex tunc* del retratto successorio e la conseguente surrogazione del retraente al primo acquirente della (o di una porzione della) quota del coerede, comporta la perdita di efficacia di tutte le eventuali successive alienazioni *medio tempore* intervenute. Tale perdita di efficacia, come la giurisprudenza ha precisato, interviene “*ipso iure* ... indipendentemente dalla trascrizione del primo atto dispositivo della quota o dalla priorità dell'eventuale trascrizione dei successivi atti di trasferimento”<sup>68</sup>.

**3.** – Il meccanismo preventivo della prelazione garantisce la realizzazione dell'interesse del coerede senza sostanziale sacrificio di quello del coerede alienante consentendogli, anzi, di mettere se stesso e il terzo acquirente al riparo da un eventuale futuro retratto, certamente maggiormente lesivo della posizione di entrambi, che si verificherà solo a causa di un suo eventuale comportamento inadempiente<sup>69</sup>. Così congegnato l'istituto si manifesta più equilibrato nell'operare il bilanciamento tra tutti gli interessi in conflitto, in quanto, pur confermando di ritenere *potiore* l'interesse del partecipante alla comunione ereditaria a essere interpellato e preferito, a parità di condizioni, a terzi estranei per l'acquisto di quote che altri si determinino eventualmente ad alienare, appresta piena garanzia anche alle ragioni proprietarie del coerede alienante nonché all'affidamento del terzo estraneo che programmi o ponga in essere l'acquisto di una quota o di parte di essa.

La struttura del meccanismo, operante tramite prelazione e riscatto, palesa il mutamento della funzione assiologica assolta dall'istituto, tradizionalmente noto come retratto successorio<sup>70</sup>. Come emerge dall'analisi svolta, tutto il congegno è assai meno invasi-

---

carattere restitutorio, che il retrattato ha diritto a ottenere, anche se non li ha richiesti, gli interessi legali sul prezzo che il retraente deve corrispondergli, sebbene il relativo obbligo abbia per oggetto un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico”: Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 2010, n. 4497, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1339. Nello stesso senso, già, Cass. civ., sez. II, 9 aprile 1997, n. 3049, *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 557.

<sup>68</sup> Così Cass. civ., sez. II, 12 maggio 1999, n. 4703, cit.

<sup>69</sup> FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 166 secondo i quali, nel sistema attuale, la prelazione costituisce un “mezzo di prevenzione e attenuazione degli effetti del retratto” (*ibidem*, p. 168). Cfr. anche AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 696, dove l'Autore evidenzia che, nel meccanismo di retratto successorio delineato dall'art. 732 cod. civ., se l'avente causa dal coerede “può ... essere talora esposto al riscatto, ciò non può esser dovuto che alla omessa notifica agli altri coeredi della proposta di alienazione da parte di chi abbia venduto la quota”, e rileva che ciò attenua notevolmente la minaccia al principio della libertà delle contrattazioni che aveva indotto il legislatore a sopprimere l'istituto nel codice anteriore.

<sup>70</sup> Come evidenziato in dottrina il retratto, nella sua veste tradizionale, operava in modo automatico e probabilmente anche nel caso in cui il retraente avesse a suo tempo rifiutato la prelazione spontaneamente offertagli dal coerede alienante. Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 168.



vo di quanto non fosse in passato e la sua operatività è lasciata interamente all'iniziativa privata<sup>71</sup>. Deve allora ritenersi, anche in ragione della mera constatazione che, giusta l'attuale diritto successorio, tra i coeredi non necessariamente ricorrono vincoli di parentela, che il fondamento assiologico della figura non possa assolutamente assumersi correlato alla protezione del legame familiare, avvertita quale esigenza sociale, come tradizionalmente si sosteneva<sup>72</sup>. La natura squisitamente privata dell'interesse protetto<sup>73</sup> contraddistingue la prelazione ereditaria, e, come si è accennato nelle premesse dell'indagine, la connota sul piano assiologico differenziandola dalle altre prelazioni legali in cui la tutela dell'interesse individuale è meramente strumentale in quanto funzionale alla

---

<sup>71</sup> Ciascun coerede rimane libero di determinarsi in ordine al proposito di disporre della propria quota e di programmare insieme alla controparte da lui prescelta le modalità e le condizioni del trasferimento. Solo se sceglie un trasferimento a titolo oneroso con controprestazione fungibile è obbligato a preferire a parità di condizioni gli altri coeredi e, quindi, a rivolgere loro la proposta contrattuale riportante le condizioni del trasferimento. L'esercizio del diritto di prelazione è nella disponibilità del suo titolare il quale, se ritiene di esercitarlo, deve farlo entro un termine che la legge impone, così garantendo sia l'interesse dell'alienante a non ritardare il soddisfacimento del suo interesse, sia l'affidamento del terzo eventualmente interessato all'acquisto, sia l'interesse generale alla rapida e sicura circolazione dei beni. Il titolare è tuttavia libero di non esercitare il diritto di prelazione, lasciando decorrere il termine per il suo esercizio o rinunciandovi, così lasciando riespandere la libertà contrattuale dell'alienante che rimane libero di scegliere l'acquirente. Anche il diritto di riscatto, che sorge in capo al coerede nell'ipotesi in cui sia stato violato il suo diritto di prelazione, rimane nella sua piena disponibilità in quanto egli può lasciare decorrere il termine prescrizione ordinario (che deve ritenersi operare) o rinunciarvi espressamente, così consolidando l'acquisto compiuto dal terzo in violazione del suo diritto di essere preferito. Evidenzia la circostanza che tutto il congegno è rimesso all'iniziativa privata Vitucci, *Sul fondamento della prelazione successoria*, cit., p. 55 s. secondo il quale tale meccanismo fa della prelazione, e non solo di quella successoria, "uno strumento di riforma, non di conservazione".

<sup>72</sup> Sulla ricostruzione tradizionale del fondamento assiologico del reatratto successorio e sul suo mutamento vedi, per tutti, M. D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 206 ss. il quale sottolinea la natura privata e non pubblica degli interessi protetti tramite l'istituto della prelazione ereditaria e del correlato riscatto, tuttavia opta per la rilevanza superindividuale dei detti interessi, in quanto ascrivibili ai coeredi come gruppo. Per le obiezioni all'impostazione che poneva a fondamento della prelazione ereditaria la salvaguardia dell'interesse della famiglia, vedi VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, cit., p. 49 ss. Anche la giurisprudenza esclude la tutela della famiglia dalle finalità della prelazione ereditaria. Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2010, n. 6142, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 366 secondo la quale "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 732 cod. civ., prospettata in riferimento agli art. 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui consente al coerede di esperire il reatratto successorio anche nei confronti dell'erede del coerede. La finalità del diritto di prelazione e di reatratto, infatti, è quella di assicurare la persistenza e l'eventuale concentrazione della titolarità dei beni comuni in capo ai primi successori, facilitando la formazione delle porzioni e impedendo che nei rapporti tra coeredi si inseriscano estranei, tali dovendosi ritenere quelli che non sono compartecipi della comunione ereditaria; è pertanto da escludere che l'art. 732 cod. civ. abbia tra le sue finalità quella di tutelare la famiglia come intesa dai citati parametri costituzionali".

<sup>73</sup> Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 164.



protezione di un interesse generale che costituisce l'obiettivo assiologico finale del convegno<sup>74</sup>.

Non pare di poter ritenere neppure che la *ratio* dell'istituto possa rinvenirsi nella tutela di un interesse sì privato, ma superindividuale in quanto ascrivibile ai coeredi come gruppo. Tale ricostruzione, pur autorevolmente sostenuta in dottrina<sup>75</sup> e in una qualche misura evocata dalla giurisprudenza, che tralaticciamente continua a ribadire che lo scopo dell'articolo 732 cod. civ. sia quello di evitare l'ingresso di un estraneo nella comunione ereditaria<sup>76</sup> e ciò asseritamente sul presupposto che la coesione propria dei rapporti tra i coeredi faciliti le operazioni divisorie<sup>77</sup>, non pare pienamente coerente. Al riguardo basta infatti osservare che la comunione ereditaria, a differenza di quella ordinaria, intercorre tra soggetti che non hanno scelto di trovarsi in questa situazione di comproprietà, pertan-

---

<sup>74</sup> Il riferimento è alla prelazione agraria, ex art. 8 l. n. 590 del 1965, volta a favorire lo sviluppo dell'impresa agricola, alla prelazione urbana, ex artt. 38 e 39 l. n. 392 del 1978, funzionale alla tutela dell'interesse pubblico alla conservazione e allo sviluppo dell'attività d'impresa (sulla *ratio* di queste figure di prelazione si rinvia, da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali a TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, cit., p. 55 s., 155 ss.), la prelazione dello Stato nell'acquisto di beni culturali ex artt. 60 ss. d.lgs. n. 42 del 2004, porta a tutela dell'interesse generale alla conservazione del patrimonio artistico nazionale (sul tema si veda, da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, G.F. BASINI, *La prelazione artistica*, in *Contr.*, 2019, p. 462 ss.), e, financo, la prelazione ex art. 230 *bis* che, sia pur diretta a operare in un contesto familiare, è infine preposta alla realizzazione dell'esigenza sociale di promozione della funzionalità dell'azienda (sul tema si veda, da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, M.S. Esposito, *Impresa familiare, trasferimento d'azienda e diritto di prelazione*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 215 ss.).

<sup>75</sup> Cfr. D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, loc. ult. cit.; DE CUPIS, *Sul fondamento giustificativo della prelazione ereditaria*, cit., p. 327 ss.; LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 25; MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede, Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, cit., p. 443 ss.; BUSNELLI, *Retratto successorio*, cit., p. 424.

<sup>76</sup> Individuano la *ratio* della prelazione ereditaria nello scopo di "impedire l'ingresso dell'estraneo nella comunione ereditaria" e, così, "assicurare la persistenza della titolarità dei beni ereditari in capo ai primi successori" Cass. civ., sez. VI, 12 giugno 2018, n. 15271, in *www.iusexplorer.it*, 2019; Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12504, cit.; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2015, n. 6293, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2010, n. 6142, cit.; App. Roma, sez. III, 13 gennaio 2009, n. 116, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1813; Cass. civ., sez. II, 29 luglio 2008, n. 20561, cit.; Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 2007, n. 4224, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2581; Trib. Avellino, 16 giugno 2007, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2009, p. 65; Cass. civ., sez. II, 13 luglio 1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1786; Cass. civ., sez. II, 8 gennaio 1981, n. 156, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, f. 1; Cass. civ., sez. II, 13 agosto 1980, n. 4925, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 8; Cass. civ., sez. II, 6 maggio 1980, n. 2978, *Giust. civ. Mass.*, 1980, f. 5.

<sup>77</sup> Cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 708 secondo il quale "La finalità dell'istituto ... è nell'interesse di evitare che in una comunione ereditaria, da dividersi tra vari coeredi, subentrino al posto di qualcuno di essi degli estranei alla successione che turberebbero la serenità dei rapporti necessaria, anzi essenziale, alla conservazione di quello stato di comunione e poi alla serena e obiettiva attuazione della divisione dei beni tra i vari aventi diritto".



to tale comunione non presuppone affatto coesione tra i membri del gruppo; a ciò si aggiunga che, come si è detto, è possibile che tra essi non intercorrano rapporti di parentela e che, anche quando vi siano, ciò non esclude, anzi statisticamente comporta, una fisiologica conflittualità interna al gruppo. D'altro canto proprio la differenza tra la comunione ordinaria e quella ereditaria, in ordine alla mancanza in quest'ultima di una scelta di autodeterminazione dei membri del gruppo in ordine alla sua costituzione, determina la inapplicabilità dell'art. 732 cod. civ. alla comunione ordinaria, in quanto istituto che giustifica la sua funzione proprio ed esclusivamente in materia successoria<sup>78</sup> e specificamente in ragione della natura squisitamente incidentale della comunione ereditaria.

Il valore protetto in via diretta e immediata dall'istituto, nella sua formulazione attuale, pare invece doversi rinvenirsi proprio e specificamente nell'interesse individuale di ciascun coerede, non già a evitare un eccessivo frazionamento della massa ereditaria, che comunque l'alienazione di una quota non determinerebbe<sup>79</sup>, ma viceversa alla riduzione del numero di partecipanti alla comunione da realizzarsi mediante la concentrazione di più quote nella stessa sfera giuridica<sup>80</sup>; tale concentrazione favorisce, infatti, la riaggre-

---

<sup>78</sup> La giurisprudenza è costante nell'escludere l'applicabilità alla comunione ordinaria dell'art. 732 cod. civ. in quanto ritenuta norma eccezionale, quindi insuscettibile di applicazione analogica, che si pone come deroga alla regola della libera disponibilità della quota, propria della comunione ordinaria. Cfr. *ex multis*, tra le più recenti, Cass. civ., sez. II, 21 maggio 2018, n. 12504, cit.; Cass. civ., sez. II, 7 marzo 2017, n. 5754, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. civ., sez. II, 17 luglio 2015, n. 15032, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2015, n. 6293, cit.; Cass. civ., Sez. II, 23 febbraio 2007, n. 4224, cit. Anche la dottrina è concorde nel rilevare che deve ritenersi inapplicabile all'art. 732 cod. civ. l'estensione alla comunione ordinaria delle norme sulla divisione ereditaria operata dall'art. 1160 cod. civ., in quanto innanzitutto l'art. 732 cod. civ., a dispetto della sua ubicazione, tecnicamente non è norma sulla divisione (in quanto la vendita della quota ereditaria non determina scioglimento della comunione) e comunque in quanto la norma si pone in letterale contrasto con la disposizione dell'art. 1113 cod. civ. che proclama il principio di libera disponibilità della quota della cosa comune da parte del singolo comunista. Cfr., per tutti, BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 53; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 167.

<sup>79</sup> Al riguardo va rilevato che la vendita della quota non comporta affatto un ulteriore frazionamento della massa ereditaria, ma, di regola la semplice sostituzione di un terzo a uno dei coeredi, il che non altera minimamente il frazionamento originario. D'altro canto è stato osservato come l'alienazione in discorso possa viceversa determinare addirittura una riduzione del frazionamento nell'ipotesi in cui più coeredi alienassero le rispettive quote a un unico estraneo (cfr. D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 207; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 166) e tale alienazione non si sottrarrebbe per questo all'applicazione dell'art. 732 cod. civ. che, quindi, evidentemente assolve altra funzione.

<sup>80</sup> Invero la giurisprudenza di merito, ribadendo tralaticciamente che l'istituto della prelazione ereditaria sia funzionale a impedire l'ingresso di un estraneo nella comunione, in talune pronunce, pur confermando la medesima *ratio*, non manca di evidenziare che l'istituto favorisce anche la concentrazione dei beni oggetto della comunione ereditaria nelle mani di pochi soggetti. Cfr. App. Cagliari, 24 febbraio 2015, n. 138, in *Riv. not.*, 2016, p. 116; Trib. Salerno, sez. II, 24 gennaio 2008, n.238, in *Il merito*, 2008, n. spec. 3, p. 28; Trib. Verona, 7 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 950.



gazione del patrimonio disaggregato consentendo una più agile assegnazione di proprietà esclusive in sede di divisione, che costituisce senz'altro la soluzione che maggiormente realizza le ragioni proprietarie di ciascun coerede<sup>81</sup>. La tutela di tali interessi individuali, secondo la fisiologica eterogenesi dei fini insita nel fondamento assiologico di qualunque norma, è funzionale anche alla tutela di istanze sociali e quindi di interessi anche generali; attraverso la ricompattazione delle forme proprietarie disaggregate, infatti, si realizza una garanzia di maggiore certezza ed efficienza nella circolazione proprietaria,<sup>82</sup> nonché una migliore tutela delle ragioni creditorie sia dei creditori del *de cuius* sia di quelli degli eredi<sup>83</sup>. Come si è sopra evidenziato, l'istituto, con la morfologia attribuitagli dal legislatore del 1942 e sorretto dal fondamento assiologico così ricostruito, si conferma senz'altro coerente con il sistema di valori che emerge dal diritto successorio attuale, anche in considerazione delle linee evolutive che emergono in prospettiva *de iure condendo*.

4. – Il carattere disponibile dei diritti di prelazione e di retratto emerge dalla stessa modalità operativa congegnata che, come si è detto, lascia l'intero esplicitarsi del meccanismo atto a garantire al coerede di essere preferito a parità di condizioni al terzo estraneo nell'acquisto delle altre quote ereditarie, all'iniziativa individuale del soggetto interessato. È pertanto evidente che i diritti in discorso siano intrinsecamente rinunciabili in quanto posti a specifica e diretta tutela dell'interesse del titolare che, come è libero di non esercitarli, deve ritenersi sia libero di dismetterli<sup>84</sup>. Occorre tuttavia verificare quan-

---

<sup>81</sup> Naturalmente, infatti, della prelazione, che è posta a tutela dell'interesse di ciascun coerede, si avvantaggia in via indiretta anche il gruppo, in quanto, com'è stato osservato, una volta che siano stati esercitati la prelazione o il retratto, le operazioni divisorie ne risultano agevolate. Cfr. VITUCCI, *Sul fondamento della prelazione successoria*, cit., p. 53 s.

<sup>82</sup> Come la dottrina non manca di evidenziare, “la ricompattazione delle forme di appartenenza disaggregate ... ha sicuramente una valenza positiva dato che una proprietà compatta è più snella di una proprietà frammentata, può circolare con maggior facilità e pone minori problemi gestionali”: Gallo, *Prelazione*, cit., p. 170 s.

<sup>83</sup> Evidenzia, tra gli obiettivi assiologici indiretti dell'istituto in discorso, la tutela degli interessi dei creditori del *de cuius* a vedere favorito un più rapido esercizio dei propri crediti nei confronti di un numero chiuso e certo di debitori, ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 192.

<sup>84</sup> Cfr. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 164 secondo il quale la rinunciabilità dei diritti in questione pare addirittura ovvia. Nello stesso senso TRIMARCHI, *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, cit., p. 337 secondo il quale “la derogabilità del diritto di prelazione è immanente la norma in commento, la quale ne riconosce, esplicitamente, la libera disponibilità”. La dottrina maggioritaria conviene sulla rinunciabilità dei diritti in discorso, cfr. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il*





do e come può essere espressa la rinuncia e quali effetti produca, in quanto sul tema il dibattito è ancora aperto sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Preliminarmente occorre evidenziare che, poiché, come si è rilevato, i diritti di prelazione e di riscatto sono autonomi, ciascuno di essi può essere oggetto di rinuncia e, quindi, in linea di principio il titolare può rinunciare a entrambi o a uno solo di essi. Tuttavia, considerato che il diritto di riscatto nasce solo in seguito alla violazione del diritto di prelazione, la rinuncia al diritto di prelazione non può non comportare, implicitamente e inevitabilmente sia sul piano logico che sul piano ontologico, la rinuncia al riscatto; rinunciando al diritto di prelazione, infatti, si rende impossibile il verificarsi del fatto (inadempimento al diritto medesimo) che fa sorgere in capo al titolare il diritto al riscatto<sup>85</sup>. L'eventuale rinuncia al diritto di riscatto, viceversa, non importa rinuncia al diritto di prelazione, poiché il soggetto che ha subito la violazione del proprio diritto di prelazione può non avere interesse a surrogarsi all'acquirente e limitarsi a chiedere il risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento che ha comunque determinato la violazione del suo interesse a essere interpellato prima che il trasferimento venisse eseguito a favore di terzi<sup>86</sup>.

Al fine di individuare il momento dal quale è possibile porre in essere una valida rinuncia occorre avere riguardo al tempo in cui il diritto oggetto di rinuncia sorge in capo al titolare.

a) Con riguardo al diritto di prelazione, la giurisprudenza, accogliendo l'orientamento già maggioritario in dottrina, è ormai costante nel riconoscere che la rinuncia possa precedere la *denuntiatio*, in quanto l'eventuale rifiuto della stessa, oppure l'inerzia del titolare fino alla scadenza del termine concesso per l'esercizio della prelazione, deve ritenersi che non integrino una vera e propria rinuncia al diritto, ma piuttosto il mancato esercizio dello stesso<sup>87</sup>. Pertanto, superato il precedente orientamento che, individuando nella

---

*diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 207 e bibliografia ivi citata sub nota 603. *Contra* DE MARTINIS, *Rinuncia «preventiva» alla prelazione legale e nullità «virtuale»*, cit., p. 715 ss. il quale dalla natura cogente dell'art. 732 cod. civ. desume la nullità della rinuncia dei diritti a esso attribuiti da parte del titolare.

Pur convenendosi sulla natura imperativa della norma, sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo, non pare viceversa potersi condividere la conseguenza che l'Autore ne trae in ordine alla indisponibilità dei diritti, in quanto, come sarà precisato nel testo, occorre tenere distinta la natura disponibile dei diritti assegnati e la natura cogente della norma che sottrae alla disponibilità dei privati l'attribuzione dei diritti medesimi e non la loro attuazione.

<sup>85</sup> Cfr. BONILINI, *Il retratto successorio*, cit., p. 230.

<sup>86</sup> Cfr. FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 283.

<sup>87</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, cit., secondo la quale "Il coerede può rinunciare alla



*denuntiatio* il momento di acquisto del diritto di prelazione, negava la legittimità della rinuncia precedente, la Suprema Corte conferma che il diritto di prelazione di acquista con la qualità di erede, altrimenti non si individuerrebbe la fonte dell'obbligo di eseguire la *denuntiatio*, e ne desume che la rinuncia vera e propria è esclusivamente quella espressa prima della *denuntiatio*<sup>88</sup>. Essa è tuttavia incline a ritenere che, poiché il diritto di prelazione è il diritto di essere preferito a parità di condizioni, perché la rinuncia sia valida è necessario che il coerede, pur non avendo ricevuto la proposta contrattuale, sia comunque a conoscenza delle condizioni della programmata alienazione; in assenza di tale cognizione la rinuncia sarebbe nulla per indeterminatezza dell'oggetto<sup>89</sup>. Secondo un successivo arresto, che ha fornito un'interpretazione della norma significativamente più elastica, la rinuncia sarebbe tuttavia valida in presenza di un progetto di alienazione pur genericamente programmato<sup>90</sup>.

---

prelazione *ex art. 732 cod. civ.* non solo dopo la *denuntiatio*, che si traduce, più propriamente, nel mancato esercizio del diritto rispetto a una specifica proposta notificatagli, ma anche preventivamente e, dunque, in epoca precedente rispetto a un'alienazione solo genericamente progettata"; Conformi: Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2014, n. 2159, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 310, cit.; Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 498.

<sup>88</sup> Tale arresto della Suprema Corte si ha con la sentenza da ultimo citata (Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, cit.) la quale, come si legge in motivazione, si discosta dall'orientamento formatosi invero, non già nella materia che ci occupa, bensì in tema di prelazione agraria, secondo il quale, sul presupposto che il diritto di prelazione sorgesse in capo al coerede per effetto della *denuntiatio*, la rinuncia intervenuta in un tempo precedente doveva ritenersi nulla in quanto avente a oggetto diritti futuri (cfr. S. UTTIERI, *L'ammissibilità della preventiva rinuncia alla prelazione ereditaria*, in *Not.*, 2017, p. 37 ss. e bibliografia ivi citata *sub nota* 10). Al riguardo la pronuncia in discorso precisa che un siffatto orientamento "non può essere condiviso, in quanto intimamente contraddittorio. Se, infatti, il diritto di prelazione non esistesse prima della *denuntiatio*, non si comprenderebbe quale sarebbe il fondamento dell'obbligo (e del corrispondente diritto) di tale *denuntiatio*" e aggiunge che "Nel caso in cui vi sia stata la notifica della *denuntiatio*, poi, la "rinuncia" all'esercizio della prelazione va più correttamente qualificata "rifiuto".

<sup>89</sup> Secondo la pronuncia da ultimo citata (Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, cit.), infatti, "Se la prelazione è il diritto di essere preferito al terzo a parità di condizioni, non vi può essere rinuncia all'esercizio di tale diritto se non si conoscono le condizioni pattuite tra il soggetto passivo e il terzo eventuale acquirente", pertanto, "Ad avviso del collegio tale rinuncia (non al diritto di prelazione in quanto tale, ma al solo diritto di esercitare la prelazione) deve ritenersi nulla per indeterminatezza del suo oggetto". A commento, critico, F. REGINE, *Sulla rinuncia alla prelazione ereditaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 500 ss.

<sup>90</sup> Un rilevante ampliamento dei limiti di disponibilità del diritto di prelazione e, quindi, delle ipotesi di validità della rinuncia preventiva allo stesso da parte del titolare è compiuto con la pronuncia Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 310, cit. (pedissequamente confermata poi da Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, cit.) la quale, superando il limite segnato dalla precedente pronuncia, ammette la validità della rinuncia al diritto di prelazione intervenuta prima della *denuntiatio* anche nell'ipotesi in cui manchi un progetto di alienazione definito e quindi non siano ancora note le condizioni del trasferimento. L'ampliamento operato da tale pronuncia, sicuramente condivisibile, non pare tuttavia risolutivo. Parte della dottrina vi ha invero intravisto una



La posizione assunta dalla giurisprudenza, pur notevolmente temperata dall'ammissione della validità di una rinuncia fatta in vista di un'alienazione genericamente programmata<sup>91</sup>, non pare, così formulata, riflettere ancora la integrale portata della rinunciabilità del diritto in discorso.

Se, infatti il diritto di prelazione sorge in capo al coerede in quanto tale, esso costituisce già al momento dell'accettazione dell'eredità un diritto attuale e concreto<sup>92</sup>, in quan-

---

tendenza ad ammettere anche la “dismissione immediata del diritto di prelazione da parte dal coerede, sin dall'apertura della successione, a prescindere da qualsiasi progetto (generale o specifico) di alienazione”: S. BARTOLUCCI, *La rinuncia preventiva alla prelazione ereditaria*, in *Not.*, 2000, p. 253 ss. spec. 254. Nonostante tale auspicio fosse sicuramente condivisibile non può sottovalutarsi la propensione della Suprema Corte, forse in ragione dei limiti imposti del *petitum*, a confermare nelle sue pronunzie una formula sintattica che, inequivocabilmente, subordina la validità della rinuncia intervenuta prima della *denuntiatio* a un progetto, sia pur generico, di alienazione già in atto. In particolare, Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 310, cit. aveva disposto che “Nell'ambito della comunione ereditaria il coerede acquista il diritto di prelazione insieme con la qualità di erede e non al momento della *denuntiatio*, con la conseguenza che la rinuncia a tale diritto può essere compiuta non solo con riferimento a una specifica proposta di alienazione ma anche con riguardo a un'alienazione progettata genericamente” e Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16314, cit., ribadisce che “Il coerede può rinunciare alla prelazione *ex art. 732 cod. civ.* non solo dopo la *denuntiatio*, che si traduce, più propriamente, nel mancato esercizio del diritto rispetto a una specifica proposta notificatagli, ma anche preventivamente e, dunque, in epoca precedente rispetto a un'alienazione solo genericamente progettata, giacché egli acquisisce il diritto di retratto unitamente alla qualità di erede”.

<sup>91</sup> La dottrina ha evidenziato la rilevanza sistematica di quest'arresto della Suprema Corte che, seppur inidoneo, secondo l'argomentazione sviluppata nel testo, a concludere il dibattito sulla portata che la rinuncia può avere, ha senz'altro il merito di aver fissato il principio, secondo il quale l'ammissibilità della rinuncia dipende dal momento genetico del diritto, che può essere assunto quale “criterio guida da utilizzare in ogni caso di prelazione”. In questi termini UTTIERI, *L'ammissibilità della preventiva rinuncia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 44, il quale, applicando il detto criterio guida alla prelazione agraria (del coltivatore diretto e del proprietario confinante), alla prelazione urbana (commerciale e abitativa), alla prelazione dello Stato sui beni pubblici, alla prelazione artistica e alla prelazione del partecipante all'impresa familiare, conclude per l'ammissibilità della rinuncia alla prelazione prima della *denuntiatio* nelle ipotesi considerate (*ibidem*, p. 44 ss.).

<sup>92</sup> Non pare potersi condividere la ricostruzione secondo la quale andrebbero individuate, in capo al coerede, due distinte situazioni giuridiche e, cioè, “il diritto, per così dire «astratto» a essere preferito”, rinunciabile in qualunque momento e fin dall'acquisto della qualità di coerede, e “un diritto «concreto» di prelazione” che integra “il diritto ad essere preferito in relazione ad una singola e specifica alienazione” da esercitarsi in presenza di un programma preciso di alienazione e la cui “dismissione non incide sulla permanenza del diritto astratto a essere preferito”: REGINE, *Sulla rinuncia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 501. Pur convenendo sulla soluzione proposta dall'Autore, secondo il quale la rinuncia a un acquisto determinato non pregiudica il diritto a essere preferito in relazione a condizioni d'acquisto diverse, non pare correttamente impostata la ricostruzione teorica del diritto di prelazione come situazione giuridica doppia in cui scindere un diritto astratto e uno concreto. Si ritiene viceversa maggiormente conforme al dato testuale e aderente al fondamento assiologico dell'istituto, individuare una singola situazione giuridica, attuale e concreta, di natura strumentale, in cui, come specificato nel testo, il comportamento realizzativo dell'interesse, consistente nella *denuntiatio*, è (deve essere) tenuto dall'obbligato, e il comportamento del titolare di accettazione si configura come futuro ed eventuale atto di esercizio del diritto. Per le medesime ragioni non si ritiene di poter convenire neppure con quanti (cfr.



to il comportamento realizzativo dell'interesse dallo stesso protetto non è da individuarsi nell'esercizio della prelazione da parte del titolare, che è solo successivo ed eventuale, ma nella *denuntiatio* da parte dei soggetti passivi (gli altri coeredi) che sono tenuti a eseguirla nell'ipotesi in cui programmino l'alienazione della propria quota (o di parte di essa). Dal momento in cui il diritto viene acquistato deve allora ritenersi senz'altro rinunciabile a prescindere da qualsiasi concreto programma di alienazione da parte degli altri coeredi e, quindi, anche con riferimento a una futura alienazione che si configuri come meramente eventuale.

Deve piuttosto ritenersi che la presenza o meno di un'alienazione già programmata incide non sulla validità della rinuncia al diritto di prelazione, ma sull'oggetto e quindi sugli effetti della rinuncia medesima. Come evidenziato in dottrina occorre, cioè, di volta in volta verificare quale sia l'oggetto della rinuncia<sup>93</sup>. Se, infatti, la rinuncia riguarda qualsiasi eventuale futura alienazione, essa ha a oggetto il diritto di prelazione nella sua interezza e, quindi, il diritto di essere interpellato prima del trasferimento a terzi ed eventualmente preferito a questi. Una rinuncia di tal fatta, che può essere destinata a uno o a tutti i coeredi, comporta la completa riespansione dell'autonomia contrattuale del destinatario (o dei destinatari) che da quel momento è libero (o sono liberi) di alienare la propria quota a terzi (salvo il diritto di prelazione degli altri coeredi non rinuncianti) senza che rilevino le condizioni del trasferimento. Se, invece, la rinuncia riguarda un'alienazione genericamente progettata essa ha a oggetto il diritto di essere preferito a terzi in quel trasferimento, pertanto essa lascia libero il singolo coerede di porre in essere quel trasferimento programmato a favore di terzi senza che rilevino le condizioni (che non erano note al rinunciante e che quindi non hanno inciso sulla volontà manifestata con la rinuncia), ma non esonera i coeredi dall'obbligo di eseguire la *denuntiatio* e di rispettare il suo diritto di prelazione in relazione ad altre alienazioni successivamente programmate. Se, infine, la rinuncia riguarda un'alienazione specificamente programmata di cui il soggetto conosce anche le condizioni, essa legittima il coerede a eseguire il trasferimento a favore del terzo, ma solo alle condizioni suddette (che evidentemente hanno influenzato, se non determinato, la volontà espressa con la rinuncia), rimanendo viceversa questi tenuto al rispetto del diritto di prelazione e, quindi, a eseguire apposita *denuntiatio* ove decida di operare il trasferimento a condizioni diverse da quelle originariamente pro-

---

BARTOLUCCI, *La rinuncia preventiva alla prelazione ereditaria*, cit., p. 254) contestano la configurabilità all'interno della prelazione di due diritti, uno astratto e uno concreto, tuttavia ritengono che il diritto di prelazione sia sì uno solo, ma che esso prima della *denuntiatio* si trovi in uno stato di quiescenza.

<sup>93</sup> Cfr. VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 172.



grammate<sup>94</sup>. Anche in questa ipotesi resta ovviamente fermo l'obbligo dei coeredi al rispetto del diritto di prelazione dell'erede che ha operato tale tipo di rinuncia, con riguardo ad altre alienazioni successivamente pianificate.

Deve ritenersi che la rinuncia possa essere espressa in qualunque forma<sup>95</sup>, anche tacita, in quanto ha a oggetto un diritto di credito e non la titolarità della quota<sup>96</sup>. Perché operi la rinuncia tacita occorre, naturalmente, che i fatti concludenti siano tali da manifestare inequivocabilmente l'assenza dell'interesse protetto attraverso il diritto in discorso e, quindi, la volontà di rinunziarvi<sup>97</sup>.

b) Il diritto di riscatto, come si è detto, sorge in capo all'erede solo in un momento successivo e cioè nel momento in cui il suo diritto di prelazione sia stato violato trasferendo a terzi una quota ereditaria (o parte di essa) senza prima interpellare il coerede oppure, pur avendolo fatto, senza attendere lo *spatium deliberandi* a questi concesso dalla legge, o, infine, ignorando la volontà da questi espressa di essere preferito a parità di condizioni. Dal momento della suddetta violazione il titolare può validamente rinunciare al diritto di riscatto e può farlo sia dismettendo contestualmente anche il diritto di prelazione, così abdicando qualunque pretesa nei confronti del coerede che ha perpetrato la violazione, sia circoscrivendo la rinuncia al riscatto, così conservando il diritto alla tutela risarcitoria. La rinuncia eseguita in un momento precedente alla violazione del diritto di prelazione, ossia dopo l'instaurarsi della comunione ma prima del momento genetico,

---

<sup>94</sup> Cfr. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 208.

<sup>95</sup> Cfr. VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 172; FORCHIELLI-ANGELONI, *Della divisione*, cit., p. 182; nello stesso senso Regine, *Sulla rinuncia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 502 il quale evidenzia che in qualche datata pronuncia la Suprema Corte aveva ritenuto necessaria la forma scritta nell'ipotesi in cui l'oggetto dell'alienazione comprendesse beni immobili, e condivisibilmente sottolinea che tale ragionamento muove dalla confusione tra la rinuncia a diritti reali su immobili, che richiede la forma scritta, e la rinuncia a una semplice eventualità di acquisto, che rimane assolutamente estranea all'ambito applicativo dell'art. 1350 cod. civ. *Contra* GIULIANI, *Il retratto successorio*, cit., p. 575.

<sup>96</sup> Cfr. COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 209.

<sup>97</sup> Così, la Suprema Corte ha precisato che "l'alienazione onerosa di una porzione della quota ereditaria, di per sé, non implica rinuncia" ai diritti di prelazione e riscatto e che questi diritti "che l'art. 732 cod. civ. accorda a ciascun coerede ... sono senz'altro disponibili; che, nondimeno, la duplice circostanza per cui taluno dei coeredi abbia atteso all'alienazione onerosa di porzione pur significativa della propria quota e gli altri coeredi, che pur avrebbero potuto far valere le facoltà *de quibus*, si siano astenuti dal farlo, per nulla importa che il coerede alienante, in dipendenza dell'operata onerosa parziale alienazione, abbia dismesso per suo conto le suddette medesime facoltà": Cass. civ., sez. II, 31 gennaio 2014, n. 2159, cit. La dottrina ha precisato che si ha invece senz'altro rinuncia tacita nel caso in cui il coerede, congiuntamente al cessionario di quota ereditaria, doni a un terzo un bene indiviso, e, ancora, nel caso in cui il coerede presti il proprio assenso all'alienazione all'estraneo già posta in essere o al relativo preliminare. Cfr. BONILINI, *La rinuncia al diritto di prelazione ereditaria*, cit., p. 164 s.



deve ritenersi concretare una rinuncia a un diritto futuro, in quanto tale da ritenersi in linea di principio inammissibile<sup>98</sup>.

**4.1. – Segue** – Assunta la piena disponibilità dei diritti in discorso e, quindi, la validità della rinuncia da parte del titolare che ne impedisca il funzionamento rendendoli non più esercitabili, occorre verificare se il potenziale destinatario e il testatore possano inibirne addirittura l'attribuzione. A tal fine appare necessario verificare la natura dispositiva o cogente della norma che li attribuisce.

La giurisprudenza, che si è pronunciata in merito alla validità della rinuncia ai diritti di prelazione e riscatto da parte del titolare, ha tralaticciamente ribadito che l'art. 732 cod. civ. non possa qualificarsi quale norma inderogabile<sup>99</sup>, ma a ben vedere l'affermazione

---

<sup>98</sup> Secondo la dottrina maggioritaria va esclusa la possibilità di rinunciare a situazioni che non siano già nel patrimonio del rinunciante e che configurino quindi diritti futuri. Poiché la rinuncia è un atto di esercizio del diritto (in particolare un atto negoziale abdicativo in cui la disposizione è caratterizzata dall'abbandono della titolarità del diritto: F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè Milano, 1989, p. 928), solo i diritti già presenti nella sfera giuridica del soggetto possono essere da questo rinunciati. Sul tema vedi da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici essenziali, G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XVII, Utet, Torino, 1998, p. 652 ss., spec. 658 s. Tuttavia parte della dottrina, con specifico riguardo al diritto di riscatto, ammette la valida rinuncia anche nel momento in cui il diritto non è ancora entrato nel patrimonio del coerede e rileva la necessità di rivestire tale tipo di rinuncia con la forma scritta, pur in assenza di indicazioni normative in tal senso e in deroga alla regola della libertà della forma della rinuncia ai diritti di cui si discute quando siano attuali. Cfr. Bonilini, *Il retratto successorio*, cit., p. 231. Anche VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 172 ammette la rinuncia al diritto di riscatto in qualunque momento successivo all'acquisto della qualità di erede, non in quanto diritto futuro, ma in quanto già attuale, sul presupposto che questo, unitamente al diritto di prelazione, si acquisti al momento della costituzione della comunione ereditaria.

Invero, come argomentato nell'indagine sin qui svolta, si ritiene che il momento genetico del diritto di riscatto sia da individuarsi nella violazione del diritto di prelazione e che prima di allora il diritto non sia esercitabile e, quindi, non sia rinunciabile. D'altro canto potrebbe ammettersene la rinuncia preventiva ove questa si configurasse non già come atto di esercizio del diritto, ma come opposizione a che quella situazione giuridica entri nel patrimonio del soggetto. Tale possibilità è tuttavia da escludere, in quanto, anche in tal caso la rinuncia è nulla ove aggiri norme imperative (cfr. SICCHIERO, *Rinuncia*, cit., p. 659). Come sarà chiarito nel prosieguo, l'art. 732 cod. civ. è da ritenersi norma imperativa che, pur non determinando la indisponibilità dei diritti da essa attribuiti a tutela dell'interesse del titolare, sottrae all'autonomia dei privati specificamente la produzione degli effetti in essa prescritti e, quindi, proprio l'acquisto in capo al coerede (in tempi diversi) del diritto di prelazione e del diritto di riscatto, dei quali egli potrà poi disporre anche rinunciandovi.

<sup>99</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 1994, n. 624, cit. secondo la quale il coerede può validamente rinunciare al diritto di prelazione ex art. 732 cod. civ. "non avendo la citata norma carattere inderogabile". In altre pronunzie, meno recenti, la Suprema Corte, pronunziandosi sull'ambito applicativo della norma e in particolare sulla sua non retroattività, ne ha esclusa la qualificazione come norma di ordine pubblico. Cfr. Cass. civ., sez. II, 23 luglio 1983, n. 5083, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 7, secondo la quale "l'art. 732 cod. civ. vigente ... non è né norma processuale, attinendo a un istituto di natura sostanziale, né disposizio-





viene utilizzata esclusivamente al fine di affermare, preliminarmente, la natura privata e degli interessi da essa tutelati e, conseguentemente, la piena disponibilità dei diritti funzionali alla loro tutela.

Tuttavia la natura privata degli interessi protetti e la conseguente disponibilità dei diritti a questi correlati, non escludono affatto il carattere imperativo della norma che li prevede in quanto possono ben ricorrere norme cogenti poste a tutela di interessi privati la cui violazione determini la nullità del contratto che si ponga in violazione delle stesse *ex art. 1418 cod. civ. comma 1*, anche virtuale in assenza di espressa previsione legislativa<sup>100</sup>.

Invero la natura cogente della norma non si evince dalla natura pubblica o privata dell'interesse protetto dagli effetti in essa previsti, ma dal fatto che la produzione di tali effetti sia sottratta all'autonomia delle parti, sicché l'eventuale atto di autonomia che ne inibisca la produzione sarà colpito da nullità<sup>101</sup>.

---

ne di ordine pubblico, mirando solo a evitare l'ingresso nella comunione ereditaria di soggetti diversi dai primi successori"; negli stessi termini dispongono Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1993, I, p. 687 e Cass. civ., sez. II, 24 giugno 1996, n. 5823, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 913. Al riguardo va rilevato che la giurisprudenza tende a utilizzare impropriamente il sintagma ordine pubblico, dovendosi piuttosto, nel caso di specie, far riferimento alla categoria delle norme imperative, trattandosi non già dell'"espressione di principi dell'ordine sociale che regolano i rapporti tra individui" e quindi di uno dei "valori fondamentali che caratterizzano la posizione dell'individuo in una data società" (secondo la definizione di ordine pubblico elaborata dalla migliore dottrina: G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buoncostume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 60), bensì proprio di una norma che tutela un interesse privato in modo rafforzato, cioè sottraendo l'attribuzione dello strumento funzionale alla tutela alla disponibilità dei privati. Sul rapporto tra norme imperative e ordine pubblico si rinvia, anche per i puntuali riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ad A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim* e spec. p. 89 ss.

<sup>100</sup> Specificatamente sulla configurabilità di ipotesi di nullità virtuale in presenza di norme cogenti che, volte alla tutela dell'interesse di uno dei soggetti coinvolti, siano sprovviste di espressa comminatoria di nullità come conseguenza della violazione, vedi G. Passagnoli, *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, *passim* e in particolare p. 41 ss., p. 235 ss. Sulla crisi del criterio che fa leva sulla natura (pubblica) dell'interesse, quale indice di nullità, vedi L. Ferroni, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 625 ss.; G. D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 15 ss.; ID., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 798 ss.; G.R. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 122 ss. Sul tema sia inoltre consentito il rinvio a A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Giuffrè, Milano, *passim* e spec. p. 215 ss.

<sup>101</sup> Per il superamento dell'impostazione tradizionale che faceva discendere l'imperatività della norma dalla natura pubblica degli interessi, si rinvia, anche per la bibliografia essenziale all'attenta ricostruzione di A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene editore, Napoli, 2003, *passim*. L'Autore osserva che "l'imperatività non dipende ... da elementi estrinseci e preesistenti alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione della nullità e delle altre conseguenze che dispone in caso di sua violazione, ponendosi come limite invalicabile per l'autonomia privata" (*ibidem*, p. 22), e aggiunge che "il fondamento delle norme imperative non consiste necessariamente in valori



Da parte della dottrina si è pure rilevato che l'impossibilità di qualificare la norma come cogente risulterebbe proprio dal fatto che per il negozio concluso in spregio della stessa non sia prescritta la nullità, bensì il diritto di riscatto<sup>102</sup>. Al riguardo va, preliminarmente, evidenziato che la previsione espressa di un rimedio diverso dalla nullità del contratto per la violazione della norma non è affatto indice del suo carattere dispositivo, come dimostra la mera constatazione che l'art. 1418 cod. civ. condiziona espressamente la nullità del contratto, quale risposta dell'ordinamento alla violazione delle norme imperative, alla mancanza di una contraria previsione da parte del legislatore<sup>103</sup>. Pertanto l'attribuzione del diritto di riscatto come rimedio offerto al titolare del diritto di prelazione per il caso di alienazione posta in essere dal suo coerede in violazione del suo diritto di prelazione, nulla dice in ordine al carattere cogente o dispositivo della norma che gli attribuisce il diritto violato. Va inoltre rilevato che il contratto considerato, ossia il trasferimento al terzo estraneo di una quota ereditaria in spregio del diritto di prelazione dei coeredi, non è specificamente l'atto di autonomia privata che la norma in commento avversa, sottraendo la disponibilità dei suoi effetti. Come si è sopra rilevato, infatti, ciò che è sottratto all'autonomia privata mediante una norma imperativa è il prodursi degli effetti previsti, non il loro esplicarsi.

Invero l'art. 732 cod. civ. deve senz'altro considerarsi una norma cogente, in quanto è sì funzionale alla tutela di interessi individuali, ma predispone per tali interessi una tutela decisamente forte attribuendo al coerede non solo il diritto relativo di prelazione, ma anche un diritto potestativo, che sorge nel caso in cui il primo venga violato, che gli garantisce la piena realizzazione dell'interesse protetto. E tale strumento, alternativo al mero giudizio di disvalore eventualmente conseguente alla violazione della norma, cioè la nullità del contratto di alienazione stipulato in violazione del diritto di prelazione, garantisce al titolare una tutela molto più forte e immediata consentendogli, non solo di paralizzare gli effetti dell'alienazione, ma addirittura di deviarli nella propria sfera giuridica.

Occorre invece verificare la cogenza della norma sotto un'altra prospettiva. Come si è detto, la norma imperativa sottrae all'autonomia privata la produzione degli effetti in essa previsti e, quindi, l'attribuzione delle situazioni giuridiche da essa disposta. Ora, l'art. 732 cod. civ., prevede, tra gli effetti successori, l'insorgenza in capo ai coeredi dei diritti

---

dell'intera collettività" e "Tale considerazione acquista peraltro importanza decisiva nelle ipotesi in cui la specifica disposizione violata non prevede espressamente l'invalidità in questione" (*ibidem*, p. 45).

<sup>102</sup> Cfr. REGINE, *Sulla rinuncia alla prelazione ereditaria*, cit., p. 501.

<sup>103</sup> Sul meccanismo operativo dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. si rinvia, per tutti, a VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., *passim* e spec. p. 22 ss., 142 ss.



di prelazione e retratto. E allora deve ritenersi che il carattere cogente della norma determini senz'altro la nullità dell'eventuale negozio che inibisca la produzione degli effetti prescritti. In particolare, posto che la disposizione correla, con norma inderogabile, alla costituzione di una comunione ereditaria l'insorgenza del diritto di prelazione e, successivamente, del diritto di riscatto in capo ai coeredi, essa impedisce, colpendola con il giudizio di disvalore della nullità, la programmazione volta a inibire l'attribuzione dei diritti medesimi, salva la possibilità di rinunciarvi una volta che siano sorti. Deve allora senz'altro ritenersi nulla qualunque programmazione posta in essere prima dell'apertura della successione e volta a inibire la produzione degli effetti prescritti dalla norma e quindi l'attribuzione in capo ai coeredi dei diritti di prelazione e riscatto.

Al riguardo occorre distinguere l'atto negoziale eventualmente posto in essere dal futuro erede, dalla disposizione testamentaria predisposta dal *de cuius*.

Con riferimento alla rinuncia posta in essere dal futuro coerede, la nullità *ex art. 1418* comma 1 per violazione dell'art. 732 cod. civ. si configura come residuale, in quanto essa ha a oggetto diritti futuri ed è quindi per ciò stesso da ritenersi inammissibile. Ove poi sia oggetto di un accordo tra i futuri coeredi o tra questi e il *de cuius*, rimarrebbe travolta dalla nullità del patto per violazione del divieto di patti successori. Anche nell'ipotesi in cui, *de iure condendo*, secondo la tendenza legislativa confermata dal citato progetto di riforma<sup>104</sup>, dovesse essere espunto dal sistema il divieto suddetto con specifico riguardo ai patti rinunciativi<sup>105</sup>, non pare che la rinuncia preventiva (anticipata a un momento antecedente l'apertura della successione) ai diritti di prelazione e riscatto possa sfuggire alla comminatoria di nullità *ex art. 1418* comma 1 cod. civ. Com'è stato già evidenziato, infatti, il superamento del divieto di patti successori, cominciato con l'introduzione nel sistema del patto di famiglia, è funzionale a evitare la disgregazione dei beni e i diritti di prelazione e riscatto assolvono proprio la funzione di facilitare la riagggregazione di forme proprietarie disaggregate. Pertanto sarebbe intimamente contraddittorio che dall'introduzione di un ulteriore strumento (i patti successori rinunciativi) utile a evitare la disgregazione si facesse derivare l'ammissibilità di accordi volti a inibire strumenti funzionali alla riagggregazione.

L'eventuale disposizione testamentaria con la quale di *de cuius* escluda o limiti il di-

---

<sup>104</sup> Vedi sopra *sub* nota 10.

<sup>105</sup> In particolare nel testo del Disegno di legge in discorso si prevede "la possibilità di stipulare patti sulle successioni future che consentano di... rinunciare irrevocabilmente, da parte di soggetti successibili, alla successione generale o a particolari beni, ferma restando l'inderogabilità della quota di riserva prevista dal codice civile ... Si vuole quindi ... eliminare il divieto di patti successori rinunciativi ...".



ritto di prelazione o il diritto di riscatto in capo ai coeredi deve ritenersi nulla *ex art.* 1418 co. 1 cod. civ. per contrarietà a norme imperative, cioè appunto per violazione dell'art. 732 cod. civ.<sup>106</sup>.

Tale carattere cogente, funzionale a garantire la produzione dell'effetto, non incide sulla piena disponibilità delle situazioni giuridiche che, poste a tutela dell'interesse del titolare, possono da questo essere rinunciate in qualunque momento sin dal loro acquisto con le modalità e con gli effetti sopra evidenziati. La rinuncia, infatti, non inibisce la produzione dell'effetto, già avvenuta, ma costituisce solo una forma di esercizio del potere che esso attribuisce che ne determina il mancato esplicarsi.

**5. – Prelazione e retratto sono correlati non già alla titolarità della quota ereditaria, bensì essenzialmente alla qualità di coerede che, in quanto partecipante alla comunione ereditaria, è titolare del diritto di prelazione, la cui violazione farà successivamente sorgere in capo al medesimo il diritto al riscatto.**

Come si è evidenziato, tale prerogativa è assegnata ai coeredi in ragione del meccanismo, del tutto indipendente da atti di autodeterminazione, che determina l'instaurarsi della comunione e, quindi, della natura essenzialmente incidentale della comunione ereditaria.

Da ciò discende la sicura intrasmissibilità dei diritti in questione per atto *inter vivos*, in quanto l'ingresso in comunione dell'eventuale acquirente della quota ereditaria (o di parte di essa) è determinato da un'operazione negoziale che esprime sia la volontà di colui ha concluso l'acquisto con uno dei coeredi, sia la volontà degli altri coeredi che (rinunciando al diritto di prelazione oppure non esercitandolo) non hanno impedito il tra-

---

<sup>106</sup> Sostiene invece, in virtù dell'asserito carattere dispositivo della norma, da evincersi dalla disponibilità dei diritti dalla stessa attribuiti, che il testatore possa escludere o limitare preventivamente l'operatività dell'istituto della prelazione ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 193 il quale trae tale conclusione argomentando dal disposto dell'art. 713 cod. civ. che consente al testatore di prevedere entro determinati limiti temporali il protrarsi dello stato di divisione e, quindi, dovrebbe autorizzarlo anche a escludere o limitare l'operatività dell'art. 732 cod. civ. ; nello stesso senso D'ORAZI FLAVONI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 210 s. *Contra* DE MARTINIS, *Rinuncia «preventiva» alla prelazione legale e nullità «virtuale»*, cit., p. 720 il quale rileva come altra dottrina (*ibidem sub nota 28*), condivisibilmente evidenzia che l'art. 713 cod. civ. riguarda un'ipotesi che nulla ha in comune con la prelazione; nello stesso senso COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 190 e BONILINI, *Retratto successorio*, cit., p. 425 il quale rileva che l'impostazione che, invocando l'art. 713 cod. civ. , sostiene la legittimità dell'esclusione da parte del testatore dei diritti di prelazione e retratto, non è convincente in quanto "prelazione e retratto sono prerogative dei coeredi, ai quali soltanto è consentito di non avvalersene, vuoi non esercitandole, vuoi rinunciando alle stesse". Nello stesso senso A. ARFANI, *Prelazione ereditaria e retratto successorio*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 662.



sferimento. Sicché il terzo acquirente della quota ha diritto di partecipare alla divisione ereditaria, ma resta del tutto estraneo ai diritti prescritti dall'art. 732 cod. civ. non acquistando il potere di pretendere la notifica della *denuntiatio*, nel caso di eventuale alienazione di diritti successori da parte di uno degli originari coeredi, e non rimanendo obbligato a preferire questi a terzi estranei nell'ipotesi di successivi trasferimenti della (o di parte della) quota acquistata.

Occorre piuttosto verificare se i diritti in discorso si trasmettano in seguito a vicende strettamente successorie e, al riguardo, occorre distinguere tra le vicende relative alla successione da cui traggono origine i diritti in questione e quelle viceversa attinenti alla successione di uno dei coeredi.

In relazione alla successione che ha determinato l'insorgere del diritto di prelazione in capo ai coeredi istituiti, deve senz'altro ritenersi che tale diritto segua la transizione della qualità di erede in capo al soggetto che subentra all'originario chiamato in forza dei meccanismi di sostituzione e rappresentazione<sup>107</sup>. Il sostituto e il rappresentante, infatti, subentrano in luogo del sostituito e del rappresentato, in qualità di successori diretti del *de cuius* e quindi, nell'ipotesi in cui si fosse instaurata una comunione ereditaria, acquistano la qualità di coeredi e il correlato diritto di prelazione (nonché il corrispondente obbligo di eseguire la *denuntiatio* a favore degli altri coeredi e rispettare il loro diritto di essere preferiti ai terzi nell'acquisto della quota a parità di condizioni)<sup>108</sup>.

In relazione alle vicende successorie relative al singolo coerede occorre verificare se l'erede del coerede, defunto *manente comunione*, acquisti, unitamente alla quota ereditaria del suo dante causa, anche il correlato diritto di prelazione (e il conseguente obbligo di *denuntiatio* in caso di eventuale futura alienazione dei diritti successori acquistati).

Al riguardo va preliminarmente sottolineato che la configurabilità dell'acquisto in capo all'erede del coerede dei diritti in discorso prescinde totalmente dal suo legame fami-

---

<sup>107</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 2016, n. 1987, in *Guida al dir.*, 2016, 16, p. 91 la quale, confermato che "In tema di successione per rappresentazione il discendente rappresentante che subentri nel luogo e nel grado dell'ascendente rappresentato, che non possa o non voglia accettare l'eredità, succede direttamente al *de cuius*, con la conseguenza che la detta eredità è a lui devoluta nella identica misura che sarebbe spettata al rappresentato", precisa che l'acquisto in capo al rappresentante non è lesivo del diritto di prelazione dei coeredi in quanto egli "non può essere considerato un soggetto estraneo alla comunione ereditaria nei cui confronti sia possibile esercitare il diritto di riscatto".

<sup>108</sup> Come la Suprema Corte conferma, infatti, "In tema di successione per rappresentazione, il discendente legittimo o naturale (rappresentante), nel subentrare nel luogo e nel grado dell'ascendente (rappresentato) – che non possa o non voglia accettare l'eredità – succede direttamente al *de cuius*, sicché egli in qualità di successore *jure proprio* nell'eredità, è legittimato all'esercizio del retratto successorio": Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 2015, n. 594, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.



liare con il *de cuius* o con il primo chiamato, in quanto la tutela del gruppo familiare in quanto tale e quindi dei correlati legami, come si è evidenziato, è del tutto estranea al fondamento assiologico degli istituti della prelazione ereditaria e del retratto. L'acquisto del diritto di prelazione unitamente alla quota ereditaria dipende esclusivamente dal titolo del trasferimento; pertanto il discendente del coerede che acquisti per atto *inter vivos* da altro coerede la quota ereditaria di questi si configura senz'altro come terzo ai sensi dell'art. 732 cod. civ. e, quindi, alla stregua di qualunque terzo, è potenziale legittimato passivo dell'azione di riscatto eventualmente proposta dagli altri coeredi che abbiano visto violato il loro diritto di prelazione<sup>109</sup>. Egli, di contro, non potrà vantare il diritto di prelazione sulle quote dei coeredi originari, né dovrà rispettare il loro diritto di prelazione nell'ipotesi che si determini ad alienare la quota acquistata.

In altra posizione pare invece trovarsi l'erede del coerede che acquista la quota per effetto della successione del primo chiamato, apertasi prima della divisione ereditaria; egli, infatti, al pari del primo chiamato, nonché del sostituto e del successore in rappresentazione<sup>110</sup>, entra a far parte della comunione non in seguito a una scelta di autodeterminazione, ma in seguito a un fenomeno successorio e, quindi, partecipa a una comunione di carattere squisitamente incidentale.

Invero, anche con riguardo a tale ipotesi, la giurisprudenza e parte della dottrina sono, tuttavia, tendenzialmente contrarie ad ammettere l'acquisto in capo all'erede del coerede, unitamente alla quota ereditaria del suo dante causa, anche del correlato diritto di prelazione (e del conseguente diritto di riscatto)<sup>111</sup>. In particolare si sostiene che la intrasmissibilità

---

<sup>109</sup> Proprio con riguardo a un'alienazione per atto *inter vivos* compiuta da uno dei coeredi a favore dei discendenti di altro coerede, la Suprema Corte ha statuito che “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 732 cod. civ., prospettata in riferimento agli art. 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui consente al coerede di esperire il retratto successorio anche nei confronti dell'erede del coerede. La finalità del diritto di prelazione e di retratto, infatti, è quella di assicurare la persistenza e l'eventuale concentrazione della titolarità dei beni comuni in capo ai primi successori, facilitando la formazione delle porzioni e impedendo che nei rapporti tra coeredi si inseriscano estranei, tali dovendosi ritenere quelli che non sono compartecipi della comunione ereditaria; è pertanto da escludere che l'art. 732 cod. civ. abbia tra le sue finalità quella di tutelare la famiglia come intesa dai citati parametri costituzionali”: Cass. civ., sez. II, 12 marzo 2010, n. 6142, cit. A commento vedi L. GHIDONI, *La prelazione ereditaria tra profili di incostituzionalità, secrets de famille, tradizione e luoghi comuni*, in *Fam. pers.*, 2011, p. 264 ss.

<sup>110</sup> Evidenzia la similitudine tra la situazione in cui si trova chi subentri al primo chiamato in rappresentazione o in sostituzione e chi vi subentri per successione, Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 31 la quale rileva come la posizione della giurisprudenza, si cui subito si dirà nel testo, contraria a riconoscere il diritto di prelazione all'erede del coerede, crea una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che si trovano in condizioni analoghe.

<sup>111</sup> Sul tema, anche per i principali riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, e per un quadro delle posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza, vedi TRIOLA, *La prelazione legale e volontaria*, cit., p. 41 ss.;





dei diritti in discorso discenda dal carattere personalissimo degli stessi<sup>112</sup>, nonché dalla natura eccezionale dell'art. 732 cod. civ. che, ponendo una deroga al principio della libera disponibilità della quota ex art. 1103 cod. civ., non è suscettibile di interpretazione estensiva né analogica<sup>113</sup> e quindi trova applicazione solo con riguardo ai coeredi originari.

Quanto alla natura dei diritti in discorso, va evidenziato che la giurisprudenza, considerata la intrasmissibilità *mortis causa* dei diritti personali e dei rapporti basati sull'*intuitu personae*, ha tralaticciamente ribadito il loro carattere personalissimo al fine di negarne la titolarità in capo agli eredi del coerede. Al riguardo pare di poter obiettare che tale qualificazione è frutto di un anacronistico retaggio della tradizionale funzione assegnata all'istituto del retratto successorio correlata alla tutela del gruppo familiare e quindi a interessi propri della sfera personale dei soggetti coinvolti. L'assoluta estraneità, peraltro come si è detto confermata anche dalla stessa giurisprudenza, della tutela dei rapporti familiari e dei *secrets de famille* al fondamento assiologico dell'istituto, quale emerge dall'attuale sistema normativo, palesa la natura squisitamente patrimoniale degli interessi protetti<sup>114</sup>,

---

Coppola, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 192 ss.

<sup>112</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2015, n. 24151, in *Dir. gius.*, 2017, p. 27 secondo la quale “Ai sensi dell'art. 732 cod. civ., atteso il carattere personale e intrasmissibile del diritto di prelazione in tema di divisione ereditaria, il soggetto che succede al coerede retraente può proseguire il giudizio già introdotto da o nei confronti di quest'ultimo, al fine di accertare l'avvenuto riscatto da parte del *de cuius*. Diversamente, non può esercitare, in proprio, alcun diritto di riscatto, non essendo titolare di analogo diritto di prelazione”. Nello stesso senso, già, Cass. civ., sez. II, 4 novembre 1982, n. 5795, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 10-11 e, quindi, Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2012, n. 17673, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 1216 e Cass. civ., sez. VI, 16 marzo 2012, n. 4277, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 356, la quale, ribadito il carattere personalissimo e intrasmissibile del diritto di prelazione, precisa che tale diritto “è inerente alla qualità di coerede ... e non una qualità intrinseca alla quota, o una situazione giuridica autonoma, che possa essere trasferita da sola. Ne consegue che tale diritto di prelazione non può circolare neppure per successione *mortis causa*, e non spetta, pertanto, all'erede del coerede”.

<sup>113</sup> Cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II 22 gennaio 2019, n. 1654, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, secondo la quale “L'alienazione di quota effettuata non dal coerede, compartecipe della comunione ereditaria, bensì dal suo successore a titolo universale, non è passibile di retratto successorio, giacché tale istituto costituisce una deroga alla libera disponibilità della quota in costanza di comunione e, pertanto, la relativa previsione va intesa in senso letterale, non potendo il diritto in questione essere esercitato da o verso soggetti diversi dai primi coeredi”. Conforme Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 1992, n. 11551, cit. Nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, vedi Trib. Salerno, sez. II, 11 gennaio 2016, n. 89, in *www.iusexplorer.it*, 2016, secondo il quale “In tema di successioni, il diritto di prelazione tra i coeredi, in costanza di comunione ereditaria, non è trasmissibile a favore dei successori del coerede perché la norma di cui all'art. 732 cod. civ. (che eccezionalmente lo prevede solo per il coerede), in deroga al generale principio della libertà e autonomia negoziale e della libera circolazione dei beni e al più specifico principio di libertà di alienazione della propria quota dei beni comuni prima della divisione, non è suscettibile di applicazione estensiva ed analogica”. Conformi Trib. Salerno, 24 gennaio 2008, n.238, cit.; Trib. Verona, 7 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 950.

<sup>114</sup> La natura essenzialmente patrimoniale dei diritti in discorso è autorevolmente sostenuta in dottrina



correlati, lo si ribadisce, alle ragioni proprietarie. Pertanto i diritti di prelazione e di riscatto non presentano natura personale, né sono caratterizzati dall'*intuitu personae*<sup>115</sup> in quanto sono attribuiti al coerede non in ragione del suo rapporto con il *de cuius*, ma a cagione del carattere incidentale della comunione ereditaria e della matrice non volontaria della sua costituzione. Sotto questi profili pertanto non pare che sussistano ragioni ostative al trasferimento *mortis causa* dei diritti in discorso.

Quanto al carattere eccezionale dell'art. 732 cod. civ., pur convenendo sulla impossibilità di estensione analogica della norma, pare di poter ritenere che essa trovi applicazione diretta nelle ipotesi di cui si discute. A ben vedere, infatti, il dato letterale della disposizione, che individua il titolare dei diritti da essa attribuiti nel coerede, non pare doversi riferire, come parte della dottrina ritiene<sup>116</sup>, esclusivamente ai primi chiamati. Vero è che, a differenza di chi succede in rappresentazione o in sostituzione, l'erede del coerede non succede in modo diretto al *de cuius*, ma non va sottovalutato, come autorevole dottrina evidenzia, che sul piano sistematico il sostantivo coerede è utilizzato nella disciplina codicistica della divisione ereditaria per individuare genericamente i partecipanti alla comunione<sup>117</sup> e, quindi, in assenza di un'univoca indicazione, non può escludersi che l'art. 732 cod. civ. possa riferirsi, oltre che ai primi chiamati, anche all'erede del coerede che subentri *iure successionis* nella sua posizione di partecipante alla comunione ereditaria<sup>118</sup>.

---

come "pacifica": IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, cit., p.471 e 478. Conferma il sicuro contenuto patrimoniale dei diritti di prelazione e retratto Loi, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 31.

<sup>115</sup> Anche la dottrina tradizionale nega che i diritti di prelazione e riscatto siano costituiti *intuitu personae*. Cfr. per tutti, AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 715.

<sup>116</sup> Cfr., da ultimo, GHIDONI, *La prelazione ereditaria tra profili di incostituzionalità, secrets de famille, tradizione e luoghi comuni*, cit., p. 270 secondo il quale alla "schiera dei coeredi" appartengono solo coloro che succedono direttamente al *de cuius*, mentre ne restano estranei "i successori di secondo grado, ossia quei soggetti che succedano agli originari coeredi" che non possono essere qualificati come eredi del *de cuius*. Nello stesso senso VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 164 ss.; Arfani, *Prelazione ereditaria e retratto successorio*, cit., p. 661; P. DE MARTINIS, *Sulla intrasmissibilità all'erede del coerede del diritto alla prelazione ereditaria*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2379 ss. Rileva che gli argomenti addotti a sostegno della intrasmissibilità, a causa di morte, delle situazioni giuridiche in discorso non siano affatto decisivi, tra gli altri, COPPOLA, *La disponibilità della quota ereditaria. Il diritto di prelazione del coerede*, cit., p. 193 s.

<sup>117</sup> Cfr. IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, cit., p. 472 ove l'Autore, premesso, che "l'argomento letterale non è mai rassicurante, e che, nel nostro caso non lo è certamente" rileva che "il legislatore, dall'art. 713 in poi, adopera sempre l'espressione «coerede» facendo riferimento al partecipante alla comunione ereditaria e non già, sempre ed esclusivamente, al comunista che sia *originario* successore a titolo universale del *de cuius*". *Contra* VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 164.

<sup>118</sup> Cfr. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 54 secondo il quale "è da considerarsi «coerede», o rispettivamente «estraneo», ai sensi dell'art. 732 cod. civ., colui che è, o meno, compartecipe alla comunione



Sotto il profilo sostanziale, inoltre, va evidenziato che, se la premessa assiologica individua il valore protetto dai diritti di prelazione e riscatto nell'interesse individuale dei partecipanti alla comunione ereditaria (in quanto tale, incidentale) a ridurre il numero dei comunisti per favorire la riaggregazione, in sede divisoria, di forme proprietarie disaggregate per effetto successorio, non pare che tale interesse, in capo ai coeredi superstiti, possa ritenersi modificato o estinto a causa della sostituzione di uno dei coeredi con i suoi eredi. Posto che tale alterazione soggettiva dell'originario assetto non può dagli stessi essere evitata mediante l'esercizio del diritto di prelazione, come invece può esserlo quella determinata dal trasferimento *inter vivos* della quota, non pare potersi dubitare che permanga in capo a essi l'interesse a esercitare la prelazione anche contro gli eredi del coerede (ove questi si determinassero a programmare un trasferimento) e sorga in capo a questi, entrati a far parte di una comunione incidentale per effetto successorio e non per atto di autodeterminazione, il medesimo interesse<sup>119</sup>.

L'intrasmissibilità agli eredi del coerede del diritto di prelazione e del corrispondente obbligo di *denuntiatio* si rivela, quindi, non solo infondata sul piano formale, in quanto non direttamente evincibile dal dato normativo, ma anche incoerente sul piano assiologico, in quanto si risolverebbe in un'ingiustificata limitazione della tutela garantita all'interesse, rimasto invariato dopo il decesso e la sostituzione di uno dei coeredi con i

---

ereditaria ... Ciò significa che non soltanto sarà coerede chi succede per rappresentazione o per sostituzione al *de cuius* ... ma altresì l'erede ... del coerede, talché il diritto di prelazione e di riscatto varrà non solo tra i coeredi del medesimo *de cuius*, ma anche tra costoro e l'erede o gli eredi di uno di essi... sempreché ... sia ancora perdurante lo stato di comunione dell'eredità del primo *de cuius*". Com'è stato altresì rilevato, non pare sussistano adeguate giustificazioni sostanziali per negare agli eredi del coerede il diritto di prelazione similmente a quanto avvenga con riguardo al successore per rappresentazione. Se infatti, si osserva, la sostituzione testamentaria, non determina sul piano sostanziale un'alterazione della struttura soggettiva originaria della comunione, in quanto vi sarebbe a monte una determinazione volitiva del *de cuius*, non può sostenersi lo stesso in caso di successione per rappresentazione che ha luogo anche quando l'erede designato dal testatore, e perciò facente parte della struttura soggettiva originaria della comunione ereditaria, non voglia accettare l'eredità, così creando una sostituzione non prevista dal testatore, non dissimile dall'alterazione che avviene in seguito alla successione dell'erede del coerede nella sua quota ereditaria. Cfr. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 709 s. Nello stesso senso LOI, *Retratto (dir. vig.)*, cit., p. 31; Bonilini, *Retratto successorio*, cit., p. 426.

<sup>119</sup> Al riguardo va segnalato che la rilevanza, ai fini della configurabilità del rapporto di prelazione tra i coeredi originari e il soggetto sopravvenuto in sostituzione di uno di questi, della matrice successoria di tale sostituzione, veniva rilevata, seppur in pronunce rimaste isolate, anche dalla giurisprudenza. Cfr. Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2000, n. 981, cit., secondo la quale "Poiché sia la comunione che si instaura fra i coeredi del *de cuius* in ordine ai beni dallo stesso relitti, sia quella che si instaura, a seguito del decesso di uno di tali coeredi, fra i coeredi superstiti e gli eredi del coerede defunto, trovano il loro titolo nella morte di un ascendente e in una pluralità di chiamate all'eredità, entrambe si sciolgono solo con la divisione dei beni e fino a quel momento persiste il diritto di ciascun coerede di esercitare il retratto successorio".



suoi eredi, dei superstiti comunisti, che verrebbero privati, come la giurisprudenza conferma<sup>120</sup>, del diritto di essere preferiti a terzi estranei alla comunione nell'ipotesi in cui l'erede del coerede programmasse l'alienazione della quota in cui è subentrato.

E, allora, se ciò che caratterizza il gruppo di comunisti a cui l'art. 732 cod. civ. attribuisce i diritti di prelazione e riscatto, è il meccanismo non volontario di formazione della comunione ereditaria, nonché la conseguente la natura incidentale della stessa, non può non constatarsi che tali condizioni mutano in presenza di un trasferimento della quota per atto *inter vivos*, che i coeredi possono evitare esercitando la loro prerogativa, ma restano inalterate in occasione della trasmissione della quota per effetto successorio, che i coeredi non possono in alcun modo impedire<sup>121</sup>.

Pare pertanto potersi concludere che il diritto di prelazione e il conseguente di diritto di riscatto non si trasmettano a chi acquisti una quota ereditaria per atto *inter vivos* da uno dei coeredi, sia che l'acquirente sia un terzo estraneo in senso lato sia che si tratti di discendenti o eventuali successibili di uno dei coeredi; viceversa, contrariamente a quanto reiteratamente confermato dalla giurisprudenza, deve ritenersi che i diritti in questione si trasmettano all'erede del coerede, defunto *manente comunione*, che acquisti la quota *iure successionis*<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1654, cit., la quale, assunto il carattere eccezionale e derogatorio dell'art. 732 cod. civ., nega ai coeredi originari la possibilità di esperire il retratto successorio contro l'alienazione di quota compiuta dall'erede del coerede.

<sup>121</sup> *Contra* VENOSTA, *Commento sub art. 732*, cit., p. 166 secondo il quale la circolazione della quota per successione non giustifica soluzioni differenti rispetto a quelle adottate in caso di alienazione della stessa.

<sup>122</sup> Sotto questo profilo appare assolutamente condivisibile l'intuizione di autorevole dottrina secondo la quale l'erede del coerede, ai fini dell'applicazione dell'art. 732 cod. civ., deve "esser considerato partecipante *pleno iure* alla comunione ereditaria": IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, cit., p. 481. Nello stesso senso A. TULLIO, *Le disposizioni aventi ad oggetto diritti di credito*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da G. Bonilini, coordinato da V. Barba, Utet, Milano, 2012, p. 261 secondo il quale l'erede del coerede deve ritenersi erede e non estraneo ai sensi per gli effetti dell'art. 732 cod. civ. Così ragionando, e cioè assimilando sotto il profilo squisitamente assiologico l'erede del coerede ai coeredi originari, risulta del tutto inconducente l'obiezione mossa a questa dottrina da quanti (cfr., F. GIARDINI, *In tema di trasmissibilità della prelazione ereditaria ex art. 732 cod. civ. agli eredi dei coeredi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 690 e bibliografia ivi citata a p. 694), aderendo all'impostazione giurisprudenziale (e, quindi, negando la configurabilità del diritto di prelazione nei rapporti tra i coeredi superstiti e gli eredi del coerede *medio tempore* deceduto), rilevano come la relazione intercorrente tra soggetti che si succedano *mortis causa* l'uno all'altro, in modo che il secondo sia erede del primo e il terzo erede del secondo, non consente giuridicamente di considerare il terzo soggetto erede del primo.