



GIOVANNI BONILINI

*Professore ordinario di Diritto civile – Università di Parma*

## PRELAZIONE, E «ALIENAZIONE» DI UN DIRITTO\*

SOMMARIO: 1. Alienazione del diritto, cui sia riferito il diritto di preferenza, e inadempimento della prelazione. – 2. L'alienazione del diritto posto a oggetto di prelazione testamentaria. – 3. Diritto di prelazione, e "alienazione" per mezzo della donazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. – Non è infrequente, che il patto di prelazione, oppure la clausola di prelazione, o, ancora, la disposizione testamentaria contemplante la prelazione, riferisca il diritto di preferenza alla "alienazione" di un dato diritto. Altrettanto è a dirsi, con riguardo a talune norme di legge e, per tutte, si rammenti quella affidata all'art. 732 c.c., che riferisce, appunto, la prelazione ereditaria, alla "alienazione", a un estraneo alla comunione, di quota ereditaria o di parte di essa.

La valenza generale, se non la genericità, del termine "alienazione", comporta, non di rado, problemi interpretativi, in relazione, soprattutto, all'invocato inadempimento della prelazione.

In altri termini, un ulteriore profilo della questione: «inadempimento della prelazione», è rappresentato, appunto, dalle fattispecie, in ordine alle quali, l'obbligazione di preferire, sorgente da clausola, patto, oppure testamento, si riferisca.

È intuitivo che non dovrebbero sorgere problemi, allorquando la clausola, o la disposizione testamentaria, di prelazione sia confezionata nel senso che debba essere rispettata, a titolo di esempio, solo se si venderà un dato diritto; altrettanto è a dirsi, su altro piano, allorquando essa alluda alla locazione, al dare a mutuo, oppure in comodato, *etc.* In altri termini, dovrebbero essere assenti interrogativi ermeneutici, là dove la manifestazione di volontà sia stata formulata in termini tecnicamente precisi, inequivoci, esaustivi.

---

\* Contributo destinato agli Studi in onore di Giuseppe Vettori.



Altresì è a dirsi, allorquando il contesto, in cui sia stata calata la previsione del diritto di prelazione, consenta un'agevole, quasi immediata, individuazione del mezzo tecnico di trasmissione del diritto divisato, come è a dirsi, a modo di esempio, allorché sia indiscutibile che il diritto di prelazione sia operativo solo allorquando debba essere erogato un prezzo, il che riporta, con immediatezza, al contratto di compra-vendita.

Può darsi l'ipotesi, peraltro frequente, che le parti, o il testatore, facciano invece impiego, anziché di un vocabolo, tecnico, perspicuo, quindi immediatamente intelligibile, di un termine, che si presti, invece, ad abbracciare più di uno schema negoziale.

Il termine «alienazione», appunto, è impiegato spesso, data anche la riscontrata prevalenza statistica delle occasioni di riferimento del diritto di prelazione al trasferimento della proprietà su un dato bene.

Quel termine, per la sua onnicomprensività, può dare àdito, come anticipato, a fraintendimenti, e controversie<sup>1</sup>. Se codesta espressione, infatti, può apparire concettualmente precisa nel linguaggio tecnico-giuridico, assume però contorni meno definiti, nel linguaggio quotidiano<sup>2</sup>.

Orbene, l'interprete, usando l'espressione menzionata, intende alludere alla separazione di qualcosa da qualcuno<sup>3</sup>; alienare, appunto, esprime l'idea di far diventare estraneo a un soggetto, al suo patrimonio, alla sua potestà, un *quid* qualsivoglia<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Il problema si è posto *ab antiquo*; v., per tutti, E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964, rist., p. 275; più di recente, v. G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 12, alla nota 26, e, *ivi*, il catalogo dei negozi, nei confronti dei quali, la Novella di Romano Lacapeno escludeva potesse esercitarsi il diritto di prelazione.

V. anche, di recente, G. BONILINI, *Se il termine "alienazione" di un bene, cui sia riferito il diritto di preferenza, attenga alla sola vendita del bene*, in *Patto e clausole di prelazione*, a cura di G. BONILINI, Pisa, 2016, p. 283 ss.

Per un'indagine di dettaglio, v. U. GREGO, *Note a F. Glück, Commentario alle Pandette*, L. XVIII, trad. it., già diretta da F. Serafini e continuata da P. COGLIOLO e C. Fadda, Milano, 1901, p. 507 ss., in ordine alla *venditio gratiosa*.

Infine, per un esame attento del concetto, che compendia il termine «alienazione», si vedano R. DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, in *Dizionario prat. dir. priv.*, diretto da V. Scialoja, vol. I, Milano, s.d., p. 139 ss. e S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, s. d., ma 1958, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Di necessità, quindi, anche nel linguaggio testamentario, specie se si consideri la forma olografa. Il problema, però, può porsi anche riguardo all'atto di notaio; considerate le difficoltà, che possono sorgere dall'impiego di un termine polisenso, o, meglio, estremamente comprensivo, qual è, appunto, l'espressione «alienazione», è auspicabile che vi sia l'accertamento della volontà del testatore, onde sia fatto impiego, nell'atto, di espressioni tecniche, quindi capaci di non rendere accidentata la vita e gli effetti della disposizione (v. anche, *infra*, § 2).

<sup>3</sup> S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 1, e già F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, vol. IV, Torino, 1889, pp. 28-29.



Con linguaggio differente, *alienazione* è il trasferimento della proprietà, che si realizza con la vendita, la permuta, la donazione, *etc.*, cioè a dire con i negozi *inter vivos* tradizionalmente più importanti, atti a realizzare quel risultato<sup>5</sup>.

Se ciò è vero, è ugualmente vero che, di fronte a un negozio, o a una clausola o disposizione, che impieghi quell'espressione, si possa porre il quesito, se si sia voluto effettivamente utilizzarla con una volontà onnicomprensiva, o se si sia alluso soltanto alla compra-vendita del bene<sup>6</sup>; compra-vendita, che, nella mentalità quotidiana, è l'atto traslativo per eccellenza<sup>7</sup>.

È facile riconoscere, dunque, che potrà prospettarsi la violazione della prelazione, allorché il soggetto passivo abbia permutato<sup>8</sup>, o conferito in società<sup>9</sup>, il diritto, la cui «alienazione» comportava il rispetto di una posizione di preferenza, e, ovviamente, senza porre in essere alcuna attività diretta ad appurare, se il prelazionario intendesse avva-

---

<sup>4</sup> R. DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, cit., p. 139; S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 1.

<sup>5</sup> S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 1. Cfr., inoltre, R. DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, cit., p. 140, il quale precisa che la controversia circa la comprensione, oppure no, nel termine «alienazione», degli atti di ultima volontà, va risolta nel senso che – seppure quegli atti possano esservi ricompresi, in quanto partecipanti dei caratteri propri dell'alienazione – l'uso comune ha accolto, sotto quel nome, solamente gli atti *inter vivos*; pertanto, è a questi che deve alludersi, allorché sia fatto impiego di quella espressione. Analogamente, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, rist., p. 48.

<sup>6</sup> Identico problema, è noto, si è posto, all'interprete, nei confronti, a titolo di esempio, della norma affidata all'art. 732 cod. civ., che, nel fissare la prelazione legale del coerede, fa impiego, appunto, del termine «alienazione».

Per una chiave di lettura, v. U. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione del coerede*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1967, p. 430 ss., *ivi*, p. 446 ss., spec. pp. 448-449, il quale conclude nel senso che «alienazione», di cui all'art. 732 cod. civ., significhi «vendita».

Sul problema, v. anche G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., pp. 20 e 21, *ivi*, ulteriori riferimenti.

<sup>7</sup> Che la prelazione sia tradizionalmente associata alla vendita, è opinione storicamente consolidata. Si veda, anche per i richiami, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 9 ss.; cfr., inoltre, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1946, p. 407.

<sup>8</sup> Per l'opinione, secondo la quale il patto di prelazione si applica solo nel caso di (ri)vendita del bene, e, dunque, non in ipotesi di permuta, v. C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, Torino, 1914, II ed., p. 930. V. anche: T. CUTURI, *Della vendita. Della cessione e della permuta*, in *Il diritto civile italiano*, già diretto da P. Fiore e continuato da B. Brugi, Napoli-Torino, 1923, rist. della II ed., p. 582; E. PACIFICI MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, vol. XII, *Trattato della vendita*, I, Torino, 1929, ed. riv. da G. Venzi, p. 244.

<sup>9</sup> Nel senso che la prelazione, ex art. 38 della così detta legge sull'equo canone, non opera, ove l'immobile sia conferito in società di capitali, v. Trib. Treviso, 22 aprile 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 658 ss., con *Osservazioni* di F. PADOVINI.

Sul generale problema, v. anche, nella giurisprudenza francese, Cass., 5 mars 1951, in *Sem. jur.*, 1951, II, 6496, con *Observations* di J. C. LAURENT, e Trib. civ. Périgueux, 25 mars 1952, *ivi*, 1954, II, 7899, con *Observations* di D. B.



larsi del proprio diritto. Analogamente è a dirsi nel caso di «alienazione» del diritto attraverso la *datio in solutum*<sup>10</sup>, la donazione<sup>11</sup>, la transazione<sup>12</sup>, la rendita vitalizia<sup>13</sup>, l'assegnazione in sede di asta pubblica<sup>14</sup>. Il problema si è posto, inoltre, relativamente al riporto<sup>15</sup>.

Orbene, seppure generalmente infruttuoso, si rivela spontaneo l'invito all'impiego di espressioni immediatamente enunziative dei negozi, in relazione ai quali, la clausola, *etc.*, di prelazione spiegherà effetti. Tant'è: la legge stessa non si sottrae all'ambiguità della parola «alienazione», che, come già ricordato, impiega, a titolo di esempio, nell'art. 732 c.c.

Non resta, pertanto, che ricercare le regole, che possano, comunque, risolvere il problema in esame.

Mi pare agevole precisare subito che occorra sempre sondare la concreta volontà delle parti, onde si capisca a quale vicenda, o a quali vicende, si volesse riferire la prelazio-

---

<sup>10</sup> Sebbene le *dationes in solutum* non siano vere alienazioni, la prelazione fu presto estesa anche alle medesime: E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, cit., p. 275.

Nel senso che, ai fini prelatizi, la *datio in solutum* debba essere equiparata alla vendita, v. U. GREGO, *Note a F. Glück, Commentario alle Pandette*, L. XVIII, cit., p. 507 (e p. 508), nota b.

*Contra*, C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 930.

<sup>11</sup> Sul punto, v. Cass., 28 febbraio 1953, n. 486, Est. Torrente, in *Foro it.*, 1953, I, (c. 794 ss.), c. 796. V., inoltre, F. D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 810 ss., *ivi*, p. 821, il quale è nel senso della radicale impossibilità di privare il donante del potere di realizzare l'intento liberale.

<sup>12</sup> Cfr., ancora relativamente alla prelazione *ex art. 230-bis c.c.*, F. D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 821, *ivi*, riferimenti.

<sup>13</sup> Esclude che la prelazione operi, se vi sia stata cessione per una rendita vitalizia, C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 930. *Adde* E. PACIFICI MAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 244. Analogamente, per il vitalizio alimentare, in ordine alla prelazione agraria, Cass., 30 ottobre 1980, n. 5855, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 519 ss., con nota di E. PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*.

<sup>14</sup> Nel senso che il diritto di prelazione possa essere esercitato anche nel caso in cui, alla rivendita del bene, si proceda con l'esperimento dell'asta pubblica, v. App. Milano, 6 dicembre 1935, in *Mon. trib.*, 1936, p. 308. Per la precisazione che il diritto si concreta nella facoltà di sostituirsi al maggior offerente, e, quindi, ad asta definitivamente chiusa, sicché il sistema più semplice è quello di aggiudicare il bene sotto condizione che, entro un termine prefissato, non sia esercitato il diritto di prelazione, v. Cass., 2 febbraio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, p. 262 ss., spec. p. 263. Cfr. anche Cass., 24 marzo 1981, n. 1700, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2023 ss., con nota di E. PEREGO, *La notifica della prelazione legale a chi non spetta*.

<sup>15</sup> Nel senso che, alla luce dell'interpretazione del patto, il termine «alienazione» vada inteso, non già nel significato ampio, bensì in quello più ristretto di vendita, e, pertanto, si è escluso che esso comporti l'estensione del diritto al riporto, v. App. Perugia, 20 luglio 1955, in *Rass. giur. umbra*, 1955, p. 108 ss., spec. p. 110. Soluzione differente, però, sembra emergere dalla pronuncia resa da Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 548 ss., particolarmente c. 552.



ne<sup>16</sup>. È *quaestio voluntatis*, invero, accertare se la prelazione risultasse accordata in ordine a tutti i negozi, che possano comportare il passaggio della titolarità di un diritto da un soggetto a un altro, oppure solamente a quelli a titolo oneroso, e, più specificamente, a quelli direttamente, causalmente, traslativi, oppure anche a quelli posti in essere per il raggiungimento di un determinato risultato e, mediamente, attuino il trasferimento del diritto.

È intuitivo, poi, che il giudice dovrà svolgere quell'accertamento, alla luce di una serie di criteri; non ultimo, quello capace di porre in risalto la circostanza dell'avvenuta previsione prelativa dietro corrispettivo, oppure no. Il giudice, peraltro, dovrà verificare – relativamente, a modo di esempio, alla permuta – se la controprestazione fosse assolutamente infungibile<sup>17</sup>; dovrà anche porsi l'interrogativo, se l'impiego di un differente negozio traslativo sia unicamente occasionato dalla volontà di aggirare la clausola o la disposizione prelativa<sup>18</sup>.

Occorre rilevare, non di meno, che criterio-guida, non potrà che essere, a mio avviso, quello fondato sull'esigenza di non apportare una smisurata restrizione all'autonomia del promittente.

**2.** – La questione interpretativa presentata, potrà porsi anche relativamente alla disposizione testamentaria di prelazione<sup>19</sup>; analogamente, potrà essere superata solo mediante il criterio-guida dell'ermeneutica testamentaria; vale a dire, tramite la ricerca dell'intento del testatore<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Per tutte, v. Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, cit., c. 552.

<sup>17</sup> Cfr., anche per una prima serie di riferimenti, E. PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*, cit., spec. p. 522.

<sup>18</sup> Cfr., a titolo di esempio, Trib. civ. Périgueux, 25 mars 1952, cit., nota 56, il quale, relativamente al conferimento di un bene in società, rilevò che la medesima fu costituita unicamente per ricevere l'immobile e sanzionò, pertanto, anche alla luce di ulteriori considerazioni in fatto, la «*fraude*» della costituzione di società, «*crée essentiellement en vue de faire échec aux droits*» del prelazionario.

<sup>19</sup> Al riguardo, v. G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 129 ss. (e in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 223 ss.).

<sup>20</sup> La questione è largamente dibattuta; in luogo di tanti, si vedano: A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. III, Padova, 1950, p. 686 ss.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, spec. p. 120 ss.; P. TRIMARCHI, *Integrazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 445 ss.; M. SCIALOJA, *Interpretazione testamentaria in riferimento ai criteri di delimitazione del potere d'autonomia del testatore*, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 827 ss.; M. CASELLA, voce *Negoziio giuridico (interpre-*



Sarà, anche qui, *quaestio voluntatis*; vale a dire, occorrerà appurare se il testatore volesse sì attribuire la prelazione, epperò solo nell'ipotesi in cui l'istituito-onerato voglia vendere il bene, oppure anche nel caso in cui voglia renderlo oggetto di permuta; invero, è in relazione ai fini, che il testatore si propone, e agli interessi, che volle salvaguardare, che il termine «alienazione» potrà assumere un significato concreto, atto a variare, appunto, in funzione di quegli interessi<sup>21</sup>.

Da lunga data, è stata costatata l'insufficienza della regola, secondo la quale, deve essere rispettato il senso grammaticale e ordinario delle parole<sup>22</sup>, giacché la volontà del testatore deve essere ricercata anche oltre il senso letterale dei termini impiegati<sup>23</sup>. A questa stregua, pertanto, è fondamentale la ricerca dell'interesse, che animò la disposizione<sup>24</sup>, non già per conferire una particolare meritevolezza di protezione a quell'interesse, bensì per capire, al riguardo del problema in esame, se il testatore, facendo impiego del termine «alienazione», volesse alludere soltanto alla vendita del bene, oppure anche ad altri negozi.

Sempre eccettuando, intuitivamente, la donazione, come di seguito preciserò.

**3.** – Appare sin ovvio rilevare, che, nell'ambito del concetto di “alienazione”, possa essere collocata, altresì, la donazione, per mezzo della quale, invero, il donante, per spiri-

---

tazione), in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 16 ss., spec. p. 29 ss. Più di recente, v. R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1475 ss., *ivi*, numerosi richiami, altresì di giurisprudenza.

Sul più generale problema dell'interpretazione del negozio, mette conto di ricordare il sempre attuale contributo di C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riferimento ai contratti*, Padova, 1983, rist. anastatica.

<sup>21</sup> Specificazione, questa, di una più generale avvertenza, che è stata formulata da S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 4.

<sup>22</sup> Come è noto, è, questa, la così detta regola d'oro degli anglosassoni. Per la valutazione, e un'opportuna puntualizzazione, v. A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, cit., p. 699.

<sup>23</sup> A. TRABUCCHI, *op. loc. ultt. citt.*; E. PEREGO, *Sull'interpretazione della sostituzione e del «modus»*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, (c. 1873 ss.), c. 1875.

<sup>24</sup> Alla luce di quanto osservato, si rivela pertinente l'osservazione, secondo la quale, non è pienamente congeniale, alla lettura della clausola prelatizia testamentaria, il criterio, autorevolmente proposto (G. BAUDRY LACANTINERIE-L. SAIGNAT, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Della vendita e della permuta*, trad. it. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, con addizioni di F. Degni, Milano, s.d., p. 55), secondo cui, convenuta la preferenza per il caso in cui si alieni allo stesso prezzo offerto da altri, ne deriverebbe la non violazione dell'obbligo di preferire, se si addivenga a una permuta, oppure a una donazione.



to di liberalità, arricchisce il donatario mediante la trasmissione della titolarità di un proprio diritto, oppure con l'assunzione, in capo a sé, di una obbligazione (art. 769 c.c.).

Gli interpreti, da lunga data, si occupano dell'incidenza, sulla donazione, dei così detti accordi preparatori<sup>25</sup>. Secondo l'insegnamento tradizionale, la donazione è insuscettibile di vedersi impacciata da qualsivoglia vincolo preliminare<sup>26</sup>, quali possono essere la prelazione<sup>27</sup> e il contratto preliminare<sup>28</sup>.

Quanto alla prelazione volontaria, si può ricordare come, fatte salve isolate voci contrarie<sup>29</sup>, si faccia discendere, dall'inammissibilità dell'obbligazione a donare, l'inammissibilità di un obbligo di donare al soggetto preferito<sup>30</sup>, poiché la spontaneità occorre che sia riscontrata, non già al momento in cui si ponga in essere l'obbligazione (a donare, o) a preferire, bensì al momento, in cui si concreti la locupletazione<sup>31</sup>.

Non manca, tuttavia, chi sostiene che il patto di prelazione non snaturi il carattere di liberalità<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> In dottrina, si vedano: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, VIII ed., p. 20 s.; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956 (II ed., a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006), p. 242 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1961, p. 1004 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 17; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, Milano, 1982, p. 847 s.; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 221 s.; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 172 ss.; T. CASSANDRO, in C. IACOVINO-V. TAVASSI-T. CASSANDRO, *La donazione*, coord. A. Cataudella, Milano, 1996, p. 49 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 6, *Successioni*, t. II, Torino, 1997, II ed., p. 495, nota 46; A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Cod. civ. Comm.*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 207 ss.

<sup>26</sup> In termini generali, si veda V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno, t. I, Torino, 1999, p. 149 ss.

<sup>27</sup> V., almeno: M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 245; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 36.

Cfr., inoltre, F.A. PORTA, voce *Prelazione*, in *Enc. giur. it.*, vol. XIII, P. II, Milano, s. d., (p. 687 ss.), p. 700.

Avanza dubbi, invece, L. SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 263; analogamente, C. SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, s. d., ma 1968, p. 50.

<sup>28</sup> V., almeno, G. BONILINI, *I vincoli preliminari alla donazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, vol. VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 635 ss.

<sup>29</sup> G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 135, nota 29.

<sup>30</sup> M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 245.

<sup>31</sup> M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 245, nota 34.

<sup>32</sup> G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 135, nota 29.



Di là dell'esito da riconoscere all'eventuale previsione di un diritto di preferenza<sup>33</sup>, che avvantaggi un dato soggetto, allorquando un altro soggetto si determinerà a donare un dato diritto, balza all'evidenza la marginalità pratica dell'ipotesi in cui sia previsto che, ove si dia attualità allo spirito di liberalità, lo si indirizzerà a vantaggio di un soggetto, piuttosto che di un altro.

Merita accennare, infine, come l'interpretazione, assolutamente prevalente, del concetto di alienazione, al quale l'art. 732 c.c. rannoda il diritto di prelazione ereditaria, sia nel senso che non abbracci, in codesta fattispecie normativa, il contratto di donazione, sicché i coeredi non vantano punto il diritto prelazione, allorquando un altro coerede doni la propria quota, o frazione di essa, a un estraneo<sup>34</sup>.

Basti ricordare, infine, che la ragione fondamentale dell'esclusione della sottoposizione, a retratto successorio, della donazione, risiede nella circostanza che essa è, per eccellenza, alienazione *intuitu personae*, determinata esclusivamente dall'identità e da qualche qualità del donatario, come tale infungibile per antonomasia<sup>35</sup>.

Non va dimenticato, peraltro, che la donazione rappresenta, per il donante, un sacrificio troppo elevato, per essere normalmente impiegata come strumento diretto all'elusione del diritto di prelazione<sup>36</sup>.

4. – Dalle osservazioni proposte, mi pare che emerga l'opportunità di confezionare adeguatamente il patto – o la clausola, o la disposizione testamentaria – di prelazione, onde siano facilmente individuabili le fattispecie negoziali, in ordine alle quali, sia destinata a operare la preferenza, in ipotesi di “alienazione” di un dato diritto.

Il testo negoziale relativo, peraltro, potrà essere illuminato, come sempre, per mezzo del contesto, dal quale si potrà ricavare, a titolo di esempio, che il diritto di preferenza sia destinato a essere operativo soltanto nel caso della vendita, o degli atti che, alla medesima, sono strettamente avvicinati.

---

<sup>33</sup> È ben noto, che il diritto di prelazione possa trovare fonte sia in una convenzione, sia in una disposizione testamentaria: G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 59 ss. e G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, cit., p. 129 ss.

<sup>34</sup> V., almeno: P. FORCHIELLI, *Della divisione*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 169 ss., spec. p. 172 s.; M. R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998, II ed., p. 75; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, X ed., p. 416 ss.

<sup>35</sup> P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 172.

<sup>36</sup> P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 173.



# JUS CIVILE



Considerato, peraltro, che, questa è la regola, il diritto di preferenza è destinato a operare solo a parità di condizioni, sarà sovente agevole riscontrare, con modesto sforzo ermeneutico, l'esclusione di dati negoziati, che possano comportare la "alienazione".

Esclusa, per le ragioni prima indicate, la donazione, giacché vige l'incondizionato potere, del donante, di indirizzare, a chi più gli aggradi, l'èsito liberale, è verosimile che possano presentarsi incertezze, in particolare, riguardo alla permuta, che, però, e di frequente, potrà presentarsi come capace di escludere che le si riferisca la prelazione convenuta o disposta, a ragione, non di rado, della infungibilità dei diritti scambiati.

Infungibilità, in definitiva, che potrebbe anche guidare nella soluzione delle ipotesi, nelle quali il diritto, cui si riferisca la prelazione, sia stato dedotto in dazione in pagamento, oppure sia stato reso oggetto, nel giuoco delle reciproche concessioni, del contratto di transazione, stipulato al fine di dirimere una controversia, oppure di prevenirla (artt. 1965 ss. c.c.).

Come sempre, chiarezza di idee, e conseguente chiarezza di dettato, potranno rendere meno accidentata la vita giuridica del convenuto, o disposto, diritto di prelazione, il cui esercizio non può portare, peraltro, alla estesa restrizione dell'autonomia dell'alienante, specie se la sua previsione sia avvenuta in assenza di corrispettivo.