

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

RINUNZIA, RIFIUTO E PRELAZIONE VOLONTARIA

di Paolo De Martinis



GIUFFRÈ EDITORE

75 RINUNZIA, RIFIUTO E PRELAZIONE VOLONTARIA

di Paolo De Martinis

L'articolo prende in esame la rinunzia alla prelazione convenzionale, sia preventiva sia successiva alla *denuntiatio*. In particolare, viene delineato l'inquadramento giuridico della rinunzia, evidenziandone le principali differenze dal mero rifiuto: il profilo funzionale, la diversa efficacia e la possibilità o meno di tali dichiarazioni di essere rese in via preventiva.

The article considers the waiver of conventional pre-emption, both before and after denuntiatio. In particular, the legal framework of waiver is presented, with an emphasis on the main differences with the mere refusal — functional profile, different range of effects and whether or not these declarations can be preventively issued.

Sommario 1. «Rinunzia» al comportamento procedimentale e «rifiuto» nel patto di prelazione. — 2. I diversi «modelli» di rifiuto. Inammissibilità del c.d. rifiuto preventivo. — 3. La rinunziabilità alla prelazione avente fonte convenzionale.

1. «RINUNZIA» AL COMPORTAMENTO PROCEDIMENTALE E «RIFIUTO» NEL PATTO DI PRELAZIONE

La presente indagine è volta ad analizzare se, nella prelazione volontaria, il prelezionario possa disporre del proprio diritto — anche prima della *denuntiatio* — e, nell'ipotesi affermativa, se ciò configuri una rinunzia alla preferenza ovvero un mero rifiuto. Si è rilevato come solo un'impostazione che tenga conto sia della prospettiva procedimentale sia di quella della fattispecie è in grado di offrire all'interprete adeguata spiegazione delle problematiche relative alla figura della prelazione convenzionale; i due profili, dunque, si condizionano e si implicano reciprocamente ⁽¹⁾.

Così, la permanenza dell'obbligo a carico del promittente, nel caso in cui egli revochi la proposta contenuta nella *denuntiatio*, è la naturale conseguenza del profilo procedimentale della preferenza: fintanto che il prelezionario potrà concludere il contratto oggetto della prelazione, dovrà attenersi, nell'eventuale procedimento dichiarativo, al comportamento della preferenza e, quindi, orientare la proposta contrattuale verso il prelezionario.

La condotta del prelezionario è caratterizzata dall'obbligo di orientare il procedimento di formazione del contratto in direzione del preferito.

Si è rilevato come le regole procedimentali, e quindi anche quelle relative alle prelazioni convenzionali, comincino ad avere efficacia dal momento dell'inizio del procedimento e

⁽¹⁾ Sulla ricostruzione del comportamento della preferenza sia in una prospettiva statica (della fattispecie) sia dinamica (del procedimento), ci sia consentito rinviare a DE MARTINIS, *La responsabilità del promittente nella prelazione volontaria*, Milano, 2012, *passim*, spec. 142 ss.

cessino di averne con la conclusione del contratto, ovvero con l'abbandono del procedimento; e, se violate, determinino l'irrelevanza degli atti compiuti in violazione di esse ⁽²⁾.

In questa prospettiva, occorre distinguere il rifiuto della proposta, contenuta nella *denuntiatio*, dalla rinuncia al comportamento procedimentale, diversa, a sua volta, dall'abbandono del procedimento ⁽³⁾.

Anche la discussa figura del rifiuto può essere analizzata in una prospettiva sia statica sia dinamica ⁽⁴⁾; diversamente dalla prelazione convenzionale, però, il rifiuto non consente di ricondurre le varie fattispecie ad unità concettuale e di delineare, conseguentemente, una costruzione unitaria dell'istituto ⁽⁵⁾; sembra, anzi, doversi riconoscere l'inesistenza di

⁽²⁾ Sempre attuali sull'argomento sono i contributi di RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 19 ss., spec. 23; e Id., *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 17 s.

⁽³⁾ Si pensi, ad esempio, al ritiro dell'accettazione, da parte dell'oblato, prima della conclusione del contratto. Nulla vieta che il preferito, dopo il ritiro dell'accettazione, dichiari ancora di voler accettare la proposta contrattuale, purché, naturalmente, quest'ultima sia ancora efficace. Ciò non sarebbe possibile qualora il preferito rinunciasse alla prelazione e, quindi, abdicasse al comportamento procedimentale a cui è tenuto il soggetto passivo nei suoi confronti.

In questo caso esiste un'evidente analogia tra la differenza che vi è tra rinuncia e abbandono del procedimento, nell'ambito della prelazione, e quella tra rinuncia all'azione (cfr. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, 14 ss.) e rinuncia agli atti del giudizio, nell'ambito del processo civile (su cui, v. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 960 ss., spec. 967 ss.).

Sempre da un punto di vista processuale, la rinuncia all'azione deve, poi, distinguersi dall'acquiescenza, intesa come volontaria accettazione, espressa o tacita, di un provvedimento dell'autorità giudiziaria suscettibile di reclamo (cfr. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000, 164 ss.).

Nell'ambito del diritto civile, si rinvia a PATTI, *Acquiescenza (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, *ad vocem*, [per il quale, diversamente dalla tolleranza — intesa quest'ultima, nell'ambito di situazioni in corso di svolgimento, quale «atteggiamento di consapevole sopportazione», «che, in determinate circostanze, può generare un affidamento meritevole di tutela» — l'acquiescenza, indicando «accettazione e tacito consenso, o addirittura rinuncia a un diritto», presupporrebbe la rilevanza della volontà del soggetto, come, ad esempio, nell'ambito dei rapporti obbligatori, per il caso del creditore che accetti una prestazione inesatta (p. 1); in realtà, «alla acquiescenza vengono ricollegate vere e proprie presunzioni *iuris et de iure* di rinuncia», che trovano il loro fondamento «nel comportamento che ha assunto il significato sociale di accettazione degli effetti sfavorevoli» (p. 2)]; v., anche, CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 646 ss.

In realtà, l'autonomia del diritto rispetto all'azione è un tema dibattuto, che esula dalla presente indagine.

⁽⁴⁾ Così DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 111, per il quale «del rifiuto è consentito, naturalmente, discorre dal duplice punto di vista, ossia dal punto di vista statico e logicamente precedente, del *potere*, e da quello dinamico e logicamente successivo, dell'*atto di esercizio* dello stesso».

⁽⁵⁾ MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, Artt. 1411-1413, in *Il Codice Civile, Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, II ed., Milano, 2012, 72 ss.

La ricostruzione in chiave unitaria del rifiuto — analizzando le fattispecie normativamente richiamate, quali il rifiuto dei creditori di adire alla trasformazione della società (art. 2499, comma 2, c.c.); la dichiarazione di non voler profittare della remissione (art. 1236 c.c.); il rifiuto dell'eredità e del legato (artt. 459 e 649); il rifiuto del terzo di profittare del contratto stipulato in suo favore (art. 1411 c.c.); il rifiuto di cui all'art. 1333 c.c.; il rifiuto del *dominus* di ratificare il contratto posto in essere dal rappresentante senza poteri (art. 1399, comma 4, c.c.); il rifiuto di accettazione della cambiale (art. 41 legge sulla cambiale) — trae spunto dalla constatazione che tale figura presuppone sempre una situazione giuridica offerta, la quale, in ogni caso, richiederebbe, per il suo perfezionamento, un'accettazione (FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, *passim*, spec. 38 ss., 42 ss., 65 ss.); tale accettazione potrebbe anche essere (passivamente) espressa omettendo di esercitare il rifiuto, che sarebbe l'atto uguale e contrario ovvero l'esplicazione alternativa dello stesso potere.

Tuttavia, come è stato in contrario rilevato, «se si afferma che l'omissione del rifiuto rappresenta l'accettazione seppure implicita, ma comunque necessaria per l'acquisto, si finisce con l'identificare, l'una assorbendo l'altra,

un solo modello di rifiuto, diversamente da ciò che, invece, sembra potersi ritenere per la rinuncia ⁽⁶⁾, di cui ben si può enucleare un concetto unitario ⁽⁷⁾.

2. I DIVERSI «MODELLI» DI RIFIUTO. INAMMISSIBILITÀ DEL C.D. RIFIUTO PREVENTIVO

Emergono, dunque, nell'analisi operata dagli autori che si sono interessati maggiormente alla ricostruzione dogmatica dell'istituto, più «modelli» di rifiuto: un rifiuto «meramente procedimentale»; un rifiuto, in senso più ampio, «impeditivo»; ed il rifiuto c.d. «eliminativo».

In chiave procedimentale, l'espressa dichiarazione di rifiuto determina la caducazione della proposta e l'interruzione del procedimento di formazione del contratto ⁽⁸⁾. In tale accezione, in cui, giova ribadirlo, il «rifiuto opera esclusivamente su di un piano procedi-

due situazioni essenzialmente diverse tra loro (...). Muovendo dall'idea che il rifiuto implica, quale rovescio della medaglia, un corrispondente potere di accettazione, si giunge ad affermare, e qui sta l'errore, che il mancato rifiuto è accettazione. L'accettazione, esplicita o implicita, così, inghiotte il rifiuto quale figura autonoma. Proprio perché sarebbe comunque sempre necessaria una accettazione. Questa è la conseguenza inaccettabile cui giunge la dottrina generale del rifiuto ora richiamata, con il risultato assurdo di far violenza agli istituti positivi, affermando ad esempio (...) che non solo l'acquisto dell'eredità ma anche quello del legato necessita di un atto di accettazione» (BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 167 s.).

⁽⁶⁾ Con la rinuncia si dismette la titolarità di un diritto già acquisito al patrimonio del rinunciante.

Sulla funzione della rinuncia in chiave esclusivamente dismissiva, e non estintiva del diritto rinunciato, v. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 924 s., per il quale «perdita ed estinzione vanno (...) tenute distinte, giacché se il fenomeno estintivo coincide con la perdita del diritto soggettivo, non può ritenersi il contrario, e cioè che a tale perdita segua necessariamente l'estinzione del rapporto, potendosi anche verificare una semplice modificazione soggettiva del rapporto medesimo»; e, prima ancora, PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Art. 1230-1259, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 237 s., in cui l'autore fonda il proprio convincimento (*ivi*, 213 ss.) su alcune ipotesi — quali: la rinuncia da parte del creditore solidale al suo credito; la rinuncia, nella donazione obbligatoria fatta a più donatari, da parte di alcuni di questi ultimi, avvantaggiando così, per via dell'accrescimento automatico di cui all'art. 676 c.c., gli altri donatari —, «in cui la rinuncia non produce, o può non produrre, l'estinzione del diritto», come nella fattispecie, legislativamente prevista, di cui all'art. 2814 c.c. (ID., *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, I, 350). Per una critica a tale impostazione, cfr. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 99 ss.

Secondo un'altra prospettiva, la rinuncia appartarrebbe alla categoria delle fattispecie estintive, per alcuni del rapporto, senza che ad essa segua il trasferimento del diritto ad altro soggetto (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 2002, 218; e, per la dottrina meno recente, BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, 321); per altri, del diritto, individuandone l'effetto essenziale nella perdita della situazione soggettiva attiva da parte del titolare (impostazione quest'ultima, peraltro, più risalente nel tempo, per la quale cfr. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 86; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1955, 299; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 51).

⁽⁷⁾ Tra i primi fautori di tale impostazione BOZZI, voce *Rinuncia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1140.

Contra, SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto IV, Disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 652 s., che ipotizza, comunque, sia «possibile fissare il "contenuto minimo" della nozione di rinuncia»; BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 226, secondo cui «per quanto riguarda il sistema "tipizzato" dal legislatore, non si può parlare di una rinuncia». Per l'autore, in tema di rinuncia, «non pare si possa andare al di là di una definizione del fenomeno in termini estremamente generali, generici e meramente descrittivi, quale atto abdicativo del proprio diritto, ma è evidente che si tratta di una definizione priva di qualsivoglia valore sistematico»; ne consegue, secondo questa impostazione, che «gli atti abdicativi non possono che frammentarsi e costruirsi diversamente a seconda dei diritti ai quali si riferiscono» (*ivi*, 227 s.).

⁽⁸⁾ In tale prospettiva il rifiuto è inteso «come una dichiarazione con la quale un soggetto dichiara che non intende dare la propria adesione allo svolgimento di un procedimento di formazione di un determinato contratto»; da ciò consegue che «al di fuori della definitiva interruzione dell'iter formativo del contratto, nessuna altra

mentale»⁽⁹⁾ — affermazione, quest'ultima, da condividere se si rimane nell'ambito della formazione del contratto (e, più in generale, della fattispecie), risultando, diversamente, parziale e inidonea a identificare compiutamente la nozione di rifiuto elaborata dalla dottrina —, la dichiarazione di rifiuto consisterebbe in una partecipazione di intento avente natura di atto giuridico in senso stretto, normalmente recettizio — salvo il caso in cui le parti abbiano preventivamente deciso di dare rilievo anche ad un rifiuto non recettizio —; ritribabile, prima che la dichiarazione giunga a conoscenza del proponente, sebbene non revocabile, in quanto una accettazione emessa dopo il rifiuto potrebbe essere intesa solo come nuova proposta⁽¹⁰⁾.

Il rifiuto contrattuale è, dunque, atto «fungibile rispetto al risultato cui mette capo»⁽¹¹⁾.

Più in generale, nell'ambito del procedimento di formazione delle fattispecie c.d. complesse⁽¹²⁾, si è delineata la «figura» del rifiuto impeditivo, «incidente su di una fattispecie acquisitiva in via di perfezionamento»⁽¹³⁾. In detta ipotesi, essendo, tuttavia, richiesta comunque dalla legge l'accettazione, tale rifiuto non sarebbe un atto necessario, ma facoltativo, che avrebbe solo «un valore secondario e riflesso nell'economia del congegno lega-

consequenza è collegabile a tale dichiarazione; onde nulla vieta che la parte possa, anche subito dopo l'emissione della dichiarazione di rifiuto, per una diversa valutazione dei propri interessi, accettare una nuova proposta di identico contenuto» (così RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, cit., 260).

⁽⁹⁾ RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 259.

Secondo FERRI, *La rinuncia ed il rifiuto*, cit., 52, poiché la proposta contrattuale ha come effetto quello di creare i presupposti per il valido esercizio da parte dell'oblato del potere di accettazione, il rifiuto sarebbe l'esercizio in senso negativo del predetto potere.

⁽¹⁰⁾ Ad esso, inoltre, in quanto avente rilievo solo sul piano procedimentale, sarebbe possibile apporre condizioni o altre cause limitative (ad esempio, un termine), che potranno verificarsi solo entro il termine per l'emissione dell'accettazione (RAVAZZONI, *op. cit.*, 263 s.).

In senso contrario, FERRI, *op. cit.*, 74, nt. 132, che qualifica il rifiuto condizionato o limitato come rifiuto puro e semplice accompagnato da una nuova proposta poiché, ragionando diversamente, si attribuirebbe all'oblato il potere di modificare la situazione giuridica del proponente.

⁽¹¹⁾ BENEDETTI, *op. cit.*, 164.

⁽¹²⁾ Sulla distinzione tra «fattispecie semplice», composta da un singolo fatto, e «fattispecie complessa», che consta di più circostanze, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 103; e, più di recente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 81; per la dottrina più risalente, CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 33 ss., che richiama, quale esempio tipico di fattispecie complessa, quella costituita dal testamento, dalla morte del testatore e dall'accettazione dell'erede.

Contra, MAIORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 125 ss., sul presupposto che la fattispecie normativa, anche se particolarmente semplice, non potrà mai ridursi ad un singolo fatto; quest'ultimo è costituito normalmente da una serie di «elementi semplici», denominati «fatti elementari» (FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 23; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, rist. inalterata, Milano, 1964, 2) o «elementi di fatto» (PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, I, Milano, 1957, 404).

In realtà, come si è giustamente rilevato [DI PRISCO, voce *Procedimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 839, nt. 7, richiamando il pensiero del VON TUHR (*Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, t. 1, Munchen-Leipzig, 1914, § 43, 4, nt. 5)], «da un punto di vista concreto il concetto di fatto "semplice" non ha fondamento logico; né dal punto di vista della previsione normativa è possibile ravvisare una fattispecie che si esaurisca in una circostanza singola»; da ciò ne consegue che «la nozione di fattispecie semplice è (...) una nozione teorica, in pratica difficilmente realizzabile», e che «i fatti giuridici sono per loro natura complessi». Occorre, dunque, abbandonare la distinzione tra fattispecie semplice e fattispecie complessa, e considerare quest'ultima costituita da una pluralità di elementi eterogenei: «i fatti giuridici sono per loro natura complessi» (DI PRISCO, *op. loc. cit.*).

⁽¹³⁾ MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, Artt. 1411-1413, cit., 74.

le», quello, cioè, di consumare il potere di accettare; la dichiarazione di rifiuto, impedendo «il perfezionarsi della sequenza», si potrebbe designare, perciò, rifiuto impeditivo ⁽¹⁴⁾.

La constatazione della mancanza di autonomia concettuale del rifiuto inteso in senso contrattuale o, più in generale, impeditivo, in quanto atto eventuale e non necessario ⁽¹⁵⁾, e la rivisitazione del principio della inviolabilità dell'altrui sfera giuridica hanno comportato la necessità di ampliare la nozione di rifiuto, escludendo che lo si possa relegare a potere meramente procedimentale, idoneo, come tale, esclusivamente ad impedire «il perfezionarsi della sequenza».

In particolare, il legislatore prevede casi di interferenza nella sfera giuridica di un terzo, senza che questi abbia partecipato alla conclusione del negozio da cui trae origine il relativo regolamento d'interessi. Si pensi all'art. 1411 c.c., che prevede il contratto a favore del terzo ⁽¹⁶⁾.

Si ritiene quindi, ormai, anacronistico parlare di un divieto assoluto di incidenza nella sfera giuridica altrui, perché se l'effetto che ne consegue è favorevole, può il soggetto subire l'intromissione nella propria sfera giuridica, purché gli si attribuisca il potere di respingere l'incidenza dell'atto ⁽¹⁷⁾; il rifiuto, dunque, in questi casi, «opera su di una situazione giuridica in sé già completa» ⁽¹⁸⁾.

Secondo questa impostazione, al potere di «rifiuto può farsi capo solo a condizione che se ne ampli la sfera di incidenza, in modo da farvi rientrare, per un verso, le ipotesi in cui gli effetti si siano già verificati, per l'altro, quelle in cui questi ultimi si risolvano nell'eliminazione di una posizione giuridica passiva» ⁽¹⁹⁾.

In quest'ottica, non si esclude che il terzo debba necessariamente ricorrere alla rinunzia, anziché al rifiuto, e ciò qualora il diritto acquistato derivi sì dal negozio da altri posto in

⁽¹⁴⁾ BENEDETTI, *op. cit.*, 163 ss., spec. 171 s.

⁽¹⁵⁾ BENEDETTI, *op. cit.*, 163 s., secondo il quale «il rifiuto contrattuale atto del procedimento, di segno contrario, ha carattere meramente facoltativo, nel senso che non è necessario per la non conclusione del contratto. La proposta determina una situazione meramente procedimentale, la quale deve evolversi fino alla conclusione del procedimento, altrimenti, entro un ragionevole periodo di tempo, che può mutare a seconda delle circostanze (es. articoli 1326, commi 2 e 3, 1329, 1331, comma 2), la sequenza, rimanendo incompleta, cade da sola. Onde il rifiuto contrattuale non solo non è necessario in ordine al risultato negativo, ma neanche è idoneo a incidere direttamente sulla situazione effettuale sostantiva, sebbene non rimanga privo di conseguenze giuridiche: esso rileva in quanto, per così dire, consuma il potere di accettare, determinando la caduta della sequenza contrattuale, senza attendere la scadenza del termine».

⁽¹⁶⁾ Sul modo con cui rendere opponibile l'atto di rifiuto ad una vicenda traslativa immobiliare nell'ambito del contratto a favore del terzo e, in particolare, sulla non necessaria menzione delle pattuizioni richieste per gli atti traslativi, cfr. SANTARCANGELO, *Il contratto a favore del terzo*, in *Notariato*, 2011, 544-545, nt. 43 e 44.

⁽¹⁷⁾ In tal senso DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 68 ss.

⁽¹⁸⁾ MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit. Secondo l'autore «tale potere corrisponde del resto (...) ad un principio generale, o meglio ad una soglia di tutela minima irrinunciabile dell'autonomia della sfera giuridico patrimoniale del terzo. Negli ordinamenti moderni, tale soglia di tutela minima costituisce il risultato di una sorta di arretramento della linea di tutela dell'interesse all'intangibilità della propria sfera giuridica che in altri ordinamenti si esprimeva nella regola della generale inefficacia esterna del negozio» (*ivi*, 72).

⁽¹⁹⁾ DONISI, *op. cit.*, 112, nt. 91, secondo cui risulta essere inaccettabile l'opinione di parte della dottrina, peraltro più risalente nel tempo (CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 486, 499, e spec. 503), che qualifica il rifiuto quale «fatto impeditivo» del perfezionamento della fattispecie negoziale, ovvero (*ivi*, 111) atto impeditivo dell'acquisto di un diritto, espressione «di esercizio negativo del potere di accettazione» (così, invece, FERRI, *op. cit.*, 38, 43, e 65).

essere, ma che egli aveva preventivamente «autorizzato», prestando il proprio assenso alla modificazione della sua sfera giuridica ⁽²⁰⁾.

Appare, allora, evidente come il riconoscere un più generale potere di rifiuto significhi ammettere un suo valido esercizio anche al di fuori delle ipotesi in cui viene edittalmente previsto.

Ad ogni modo, ciò che occorre evidenziare è l'oggetto del potere di rifiuto: la dichiarazione di rifiuto, infatti, «si appunta contro gli effetti del negozio» ⁽²¹⁾; concerne, pertanto, la vicenda giuridica che viene realizzata dalla dichiarazione negoziale altrui.

Da ciò consegue una netta diversità tra il profilo funzionale del rifiuto e quello della rinuncia, in quanto se «ciò che rileva in sede di rinuncia (e di questa rappresenta l'«oggetto») è un diritto *tout court* (più comprensivamente, una posizione giuridica attiva, cui si deve un incremento della situazione patrimoniale del singolo), all'inverso, in tema di rifiuto viene in rilievo non un *diritto* in sé e per sé», che, come si è visto, «potrebbe anche difettare», «ma un *effetto* (vantaggioso), ossia una vicenda, consistente dal punto di vista soggettivo in una modificazione diretta (favorevole) dell'altrui sfera giuridica (che, per ciò stesso, nulla esclude si possa sostanziare proprio nell'acquisto di un diritto)» ⁽²²⁾.

Con il rifiuto non si elimina il negozio da altri posto in essere, né si respinge una posizione giuridica attiva già acquistata; si «sottrae», piuttosto, il patrimonio di colui che rifiuta all'incidenza di un effetto realizzato da un atto al quale egli non ha preso parte ⁽²³⁾.

Se si deve convenire sulla circostanza che dalla dichiarazione di rifiuto derivi un'efficacia meramente riflessa nel patrimonio dell'autore dell'atto contro i cui effetti si appunta ⁽²⁴⁾, serie perplessità, invece, presenta, a nostro avviso, l'ammissibilità di un rifiuto c.d. tardivo, reso cioè oltre il termine stabilito. E ciò perché riconoscendone la legittimità si minerebbe la certezza dei traffici giuridici, facendo in ultima analisi dipendere il prodursi di determinati effetti — anche nei confronti della generalità dei consociati (si pensi all'attribuzione di un diritto reale) — dalla volontà dell'autore del negozio di considerare efficace o meno l'atto di rifiuto del terzo; ma anche, perché, riconoscendo che il rifiuto possa intervenire — mercé la volontà dell'autore del negozio unilaterale, ovvero dello stipulante e del promittente, nello schema di cui all'art. 1411 c.c. — dopo il decorso del termine entro cui deve essere esercitato, si attribuirebbe addirittura a colui che «accetta» il rifiuto c.d. tardivo il potere di rendere nullo l'atto contro i cui effetti si appunta la dichiarazione di rifiuto ⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ Così DONISI, *op. cit.*, 106, nt. 82.

⁽²¹⁾ BENEDETTI, *op. cit.*, 191, nt. 116.

In senso contrario, v. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, 157 ss., secondo il quale il rifiuto assumerebbe quale punto di riferimento la dichiarazione negoziale; quest'ultima, tuttavia, correttamente intesa quale comportamento scelto, è oramai un «fatto» storico poiché già accaduto.

⁽²²⁾ DONISI, *op. cit.*, 118 s., secondo cui «se il rifiuto si pone come strumento a garanzia del "rispetto" delle sfere giuridiche altrui», la rinuncia «s'inquadra senza difficoltà alcuna entro i classici modi di esplicazione del potere dispositivo», costituendo una estrinsecazione dell'autonomia privata (*ivi*, 120).

⁽²³⁾ DONISI, *op. cit.*, 116.

In senso difforme, BENEDETTI, *op. cit.*, 185, per il quale «per realizzare appieno la funzione, il rifiuto deve escludere *in limine* la situazione giuridica già prodotta in capo al soggetto senza la sua determinazione. Tale esclusione, nella teoria delle vicende giuridiche, va costruita, appunto, come eliminazione».

⁽²⁴⁾ Il rifiuto determinerà, infatti, la nullità successiva del negozio da altri posto in essere «per sopraggiunta impossibilità di realizzazione del suo "profilo" funzionale» (così, giustamente, DONISI, *op. cit.*, 124, nt. 118).

⁽²⁵⁾ Come riconosce, infatti, proprio DONISI, che ammette il rifiuto c.d. tardivo (*op. cit.*, 123, nt. 118), in questo caso, qualora l'autore del negozio unilaterale — «ai cui effetti (diretti) il destinatario dei medesimi si è sottratto

In conclusione, può dirsi che dal rifiuto, nella sua accezione più ampia, presupponendo già prodotta la vicenda «contro» la quale si dirige, derivano effetti secondari (o accessori). Non si può, pertanto, riconoscere valido un rifiuto «preventivo».

Diversamente ragionando, si avrebbe un'inversione cronologica degli effetti che, lungi dall'aver un valore meramente descrittivo ⁽²⁶⁾, attiene, invece, ad un fenomeno — quello più generale della «inversione cronologica nell'ordine di formazione della fattispecie» ⁽²⁷⁾ — per la configurabilità del quale è necessario rinvenire nel sistema una norma che autorizzi, anche solo mediatamente, le parti a procedere in questo modo.

La rinuncia, quale modo di esercizio del diritto, presuppone quest'ultimo da un punto di vista logico ma non giuridico, in quanto — fatta eccezione per i divieti stabiliti dalla legge — è consentito abdicare a diritti futuri; il rifiuto, che diversamente dalla rinuncia ha ad oggetto un effetto e non un diritto, consentendo di sottrarre il patrimonio dell'autore dalla vicenda — intesa nella modificazione diretta e favorevole dell'altrui sfera giuridica — determinata dal negozio a cui egli non ha preso parte, presuppone, invece, necessariamente l'effetto «contro» cui si dirige.

Non può condividersi, pertanto, la ricostruzione che qualifica la rinuncia ad un diritto futuro in termini di rifiuto del diritto medesimo ⁽²⁸⁾, essendo diversi i termini di riferimento dei due atti.

Alla luce di queste brevi precisazioni, il rifiuto a cui si fa riferimento, inteso comunemente quale rinuncia all'esercizio del diritto di prelazione, è quello contrattuale o procedimentale, detto anche, nell'ambito della formazione delle fattispecie c.d. complesse, rifiuto impeditivo.

3. LA RINUNZIABILITÀ ALLA PRELAZIONE AVENTE FONTE CONVENZIONALE

La rinuncia al diritto di prelazione di fonte convenzionale può essere sia preventiva, allorché cioè la proposta del prelatante non sia ancora avvenuta ⁽²⁹⁾, sia successiva alla

mercé l'esercizio della "facoltà" di rifiuto» — consideri efficace l'atto di rifiuto, quest'ultimo, come nel caso per così dire fisiologico di rifiuto tempestivamente dato, determinerà la nullità successiva del negozio «per sopraggiunta impossibilità di realizzazione del suo "profilo" funzionale».

⁽²⁶⁾ PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, I, nt. 8, 346 s., secondo il quale la distinzione tra effetto essenziale o principale, quale effetto senza il quale non può aversi la fattispecie, «cioè l'effetto che caratterizza la fattispecie medesima» (ivi, 345), ed effetto secondario, inteso quest'ultimo come effetto cronologicamente successivo al primo, e quindi in chiave esclusivamente temporale, trova smentita «nel fenomeno, non raro, dell'inversione cronologica degli effetti»; *Id.*, *I negozi su beni futuri*, I. *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, 83.

⁽²⁷⁾ Sull'argomento è sempre attuale il contributo di RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, in *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 1978, 87 ss., spec. 90.

⁽²⁸⁾ Così SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., 659, per il quale la rinuncia ad un diritto di cui ancora non si è titolari assume la natura di «opposizione a che quel diritto possa entrare nel patrimonio del dichiarante, ovvero come esercizio del diritto attuale a mantenere il proprio patrimonio nella situazione in cui si trova».

⁽²⁹⁾ Per l'ammissibilità di tale fattispecie v., sebbene risalente nel tempo, Cass. civ., 28 giugno 1952, n. 1921, in *Foro it.*, 1953, I, 1656.

denuntiatio ⁽³⁰⁾; in quest'ultima fattispecie, dovrà distinguersi tra rinuncia alla preferenza e rifiuto della proposta indirizzata al prelazionario ⁽³¹⁾.

In particolare, nella prelazione volontaria, il prelazionante ha l'obbligo di indirizzare la proposta contrattuale verso il prelazionario; tale obbligo, in deroga a ciò che normalmente accade, sorge prima della dichiarazione e condiziona la venuta in essere della dichiarazione stessa, di cui ne costituisce un requisito imprescindibile. Allo stesso tempo, però, non vincola all'espressione e all'emissione della dichiarazione, avendo quest'ultima il carattere della ipoteticità.

L'orientamento, poi, lo si può considerare un elemento della dichiarazione contrattuale ovvero una fase del comportamento dichiarativo, nel cui ambito non è sempre distinguibile; e, ciò, in ragione del metodo che si utilizza per l'indagine: quello della fattispecie oppure quello del procedimento.

E così, la prelazione convenzionale è un «comportamento» che implica un'attività dichiarativa in una determinata direzione; la «fattispecie della preferenza», analizzata in ragione degli effetti che da essa derivano, è un negozio anticipato, espressamente autorizzato dal legislatore: l'art. 1566 c.c. ha, dunque, a nostro avviso, proprio la funzione di attribuire alle parti la facoltà di anticipare la regolamentazione di un «aspetto» del comportamento dichiarativo normalmente ad esso coevo.

Dalla prelazione volontaria sorge un rapporto giuridico tra prelazionante e prelazionario che ha per oggetto «immediato» il comportamento, sopra delineato, a cui è obbligato il promittente nei confronti del promissario.

Non costituisce, dunque, ostacolo alla facoltà di rinunciare preventivamente al diritto di prelazione convenzionale la circostanza che la preferenza non possa essere esercitata, essendo detta posizione giuridica soggettiva già acquisita dal preferito sin dal momento in cui essa è stata pattuita ⁽³²⁾.

Si potrebbe obiettare che una rinuncia «preventiva» alla preferenza non sarebbe ammissibile, perché ragionando diversamente si dovrebbe ritenere valido tale «atto» indipendentemente dalle condizioni offerte da terzi.

Per considerare, però, quale ruolo svolgano i terzi nell'ambito della prelazione, occorre domandarsi se possa considerarsi valida la *denuntiatio* effettuata in assenza di soggetti diversi dal preferito; se, cioè, si possa dare l'interpello indipendentemente da terzi disponibili all'accordo, con i quali evidentemente il prelazionante sia entrato in rapporto.

⁽³⁰⁾ Cfr. CRIVELLARI, *La circolazione immobiliare e il diritto di prelazione*, in *Notariato*, 2008, 458, sia pure sovrapponendo due istituti ben distinti tra loro (per l'autore, infatti, «nell'ipotesi di prelazione volontaria, la rinuncia è invece ammessa in qualunque momento, in quanto la convenzione può essere sempre sciolta per mutuo dissenso ai sensi dell'art. 1372 c.c.»); e, per la dottrina meno recente, D'ORAZI FLAVONI, *Rinuncia alla prelazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, 1, 816 ss., secondo cui «il titolare del *ius praelationis* è libero di scegliere il momento che più gli aggrada per addvenire alla rinuncia, almeno sino a quando questa non sia resa vana dal concretarsi in suo favore della vicenda del rapporto-oggetto» (*ivi*, 817).

Contra, BERNARDINI, *La prelazione urbana fra diritto comune e leggi speciali*, Padova, 1988, 286, il quale, sia pure nell'ambito della prelazione in favore del conduttore, in caso di rinuncia successiva all'offerta del bene in prelazione, ritiene più adatto alla descrizione del fenomeno utilizzo del termine «rifiuto».

⁽³¹⁾ Sarà naturalmente questione di fatto stabilire, attraverso la ricostruzione della volontà del prelazionario — e, quindi, mediante il «procedimento» di interpretazione —, se nel caso concreto si sia in presenza di rifiuto della proposta o di rinuncia alla prelazione.

⁽³²⁾ Così MOSCARINI, *Rinuncia (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*, 5; v., anche, SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., 659, che individua però, in tal caso, un rifiuto, per di più «preventivo».

Secondo un'opinione più risalente, la *denuntiatio* inviata in assenza di terzi non sarebbe valida, in quanto dall'art. 1566 c.c. — che indica come contenuto dell'interpello le condizioni proposte da altri — si evincerebbe che la dichiarazione del promittente debba essere preceduta da un rapporto con un soggetto diverso dal promissario ⁽³³⁾.

In realtà la disponibilità del terzo alla conclusione del contratto non costituisce un requisito essenziale per il regolare svolgimento del rapporto di preferenza; e ciò, per più di una ragione.

Anzitutto, il preferito è tale se riceve, con precedenza rispetto ai terzi, cioè «prima di chiunque altro, la dichiarazione dell'obbligato con cui questi si dichiara pronto a disporre del bene» ⁽³⁴⁾.

Il promittente, poi, è tenuto a comunicare al promissario non solo la proposta ricevuta da terzi, ma anche «quella che intende fare a terzi» ⁽³⁵⁾.

Il preferito, ancora, è sicuramente in grado di valutare se o meno aderire alle condizioni che gli sono offerte, indipendentemente dalla presenza di un terzo che abbia fatto una proposta o che sia disponibile ad accettarla ⁽³⁶⁾.

La presenza del terzo nello schema della prelazione, pur essendo frequente nella prassi, non è, dunque, essenziale.

Nella prelazione convenzionale, pertanto, il prelazionario potrà, prima della *denuntiatio*, rinunciare al suo diritto e, qualora non dismetta il suo diritto, successivamente all'interpello, potrà ancora rinunziarvi, ovvero limitarsi a rifiutare la proposta contrattuale.

⁽³³⁾ In tal senso, cfr. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1993, 199; e PIERALLINI, *Considerazioni sulla natura giuridica della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 141, secondo cui, in assenza di terzi, la *denuntiatio* potrebbe costituire una normale proposta, che in ogni caso si collocherebbe al di fuori del meccanismo della preferenza; e, per la dottrina più risalente nel tempo, ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso-Santoro-Passarelli, V, Milano, 1, 1960, 127; GIANNATTASIO, *Del contratto estimatorio - La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, XXIV, Milano, 1, 1974, 283.

In giurisprudenza, sebbene non recente, Cass. civ., 19 agosto 1964, n. 2332, in *Foro it.*, 1965, I, 272, riconosce la possibilità di derogare alla necessaria disponibilità di un terzo alla conclusione del contratto qualora tale deroga sia espressamente contenuta nella prelazione.

⁽³⁴⁾ DUVIA, *La denuntiatio nella prelazione volontaria*, Milano, 2005, 88.

⁽³⁵⁾ BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2001, 269.

In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 27 gennaio 1979, n. 586, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 263.

⁽³⁶⁾ SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 708, secondo cui la possibilità che, in mancanza di offerte di terzi, il preferito accetti condizioni esorbitanti, per paura di perdere la precedenza, rientra «nel naturale ambito dell'attività negoziale».

