

UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE
MILANO

Dottorato di ricerca in: *Persona e ordinamenti giuridici*

Ciclo: XXXIII

S.S.D.: IUS/15 Diritto processuale civile

IL RISCATTO AGRARIO
TRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO

Tesi di dottorato di: Dott. Riccardo Martinoli

Matricola: 4713470

Coordinatore della Scuola di dottorato: Ch.mo Prof. Andrea Nicolussi

Tutor: Ch.mo Prof. Augusto Chizzini

Anno accademico: 2019 - 2020



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Dottorato di ricerca in: *Persona e ordinamenti giuridici*

Ciclo: XXXIII

S.S.D.: IUS/15 Diritto processuale civile

IL RISCATTO AGRARIO
TRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO

Coordinatore della Scuola di dottorato: Ch.mo Prof. Andrea Nicolussi

Tesi di dottorato di: Dott. Riccardo Martinoli

Matricola: 4713470

Anno accademico: 2019 - 2020

IL RISCATTO AGRARIO
TRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO

<u>INTRODUZIONE</u>	5
<u>CAPITOLO I</u>	10
<u>IL RETRATTO AGRARIO. PROFILI SOSTANZIALI E INQUADRAMENTO SISTEMATICO IN SENO ALLA CATEGORIA DEI DIRITTI POTESTATIVI</u> .	10
<i>1.1. Il retratto agrario. La disciplina di riferimento</i>	10
<i>1.2. (segue) Le molteplici questioni interpretative che questo quadro normativo pone. Il ruolo del terzo acquirente nella fattispecie traslativa</i>	13
<i>1.3. Il rapporto sostanziale sussistente fra la prelazione ed il retratto l'inquadramento del retratto quale diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale</i>	21
<i>1.4. La tesi minoritaria del retratto quale potere processuale</i>	31
<i>1.5. Spunti di indagine</i>	33
<i>1.6. Il riscatto quale archetipo del diritto potestativo e il confronto con le altre situazioni giuridiche potestative costitutive di diritti reali</i>	34
<i>1.7. L'inquadramento teorico del riscatto quale mero potere e non diritto soggettivo</i>	41
<u>CAPITOLO II</u>	47
<u>LA C.D. AZIONE DI RETRATTO</u>	47
<i>2.1 La tesi minoritaria del retratto quale potere processuale ed i suoi corollari: la natura costitutivo-traslativa della sentenza di riscatto</i>	47
<i>2.2 Fattispecie a confronto: azione di retratto e azione costitutiva di servitù</i>	51
<i>2.3. (segue) L'azione di retratto e l'ipotesi di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., in nota, la condizione apposta al secondo comma dell'art. 2932 c.c. e la disciplina del pagamento del prezzo nell'ipotesi di riscatto, le affinità latenti nella prassi giurisprudenziale</i>	56
<i>2.4. Le criticità dell'inquadramento in chiave costitutiva della azione di retratto fanno propendere per la natura sostanziale del potere; il (superato) problema circa la trascrizione della dichiarazione di retratto</i>	61

<i>2.5. L'oggetto del giudizio di riscatto.....</i>	73
<i>2.6. Il potere sostanziale di retratto agrario ... uno sguardo alla tutela del prelazionario nell'ordinamento francese.....</i>	87
<u>CAPITOLO III</u>	93
<u>IL GIUDIZIO DI RETRATTO</u>.....	93
<i>3.1. L'azione di mero accertamento e la disciplina del pagamento del prezzo.</i>	93
<i>3.2. L'efficacia del contratto traslativo stipulato in violazione della prelazione esclude la necessità di coinvolgere nel processo di retratto il cedente del bene. 120</i>	120
<i>3.3. L'esclusione della tutela risarcitoria a fronte della violazione del diritto di prelazione.....</i>	127

INTRODUZIONE

È cosa nota che il carattere peculiare della prelazione c.d. reale si riscontri nell'attribuzione del diritto di riscatto in favore del preferito, che risulti pretermesso dalla vicenda traslativa del diritto di proprietà su un determinato bene¹.

Tradizionalmente, infatti, l'efficacia reale della prelazione non si ritiene sorga dal medesimo diritto ad essere preferiti, bensì dall'autonoma posizione giuridica che viene identificata con il diritto di retratto, da intendersi quale diritto al riacquisto della proprietà sul bene compravenduto, in spregio al diritto di prelazione, senza la necessità del consenso da parte del terzo acquirente.

Porre ad oggetto di un'analisi critica e preordinata agli studi di diritto processuale civile il tema del riscatto significa affrontare il problema classico e foriero di complessità circa la categoria dogmatica dei diritti potestativi, costituendone il riscatto la figura paradigmatica.

Il dibattito svoltosi in letteratura attorno al riscatto ha conosciuto nuovo terreno fertile con l'introduzione ad opera della legge 26 maggio 1965, n. 590, del c.d. retratto agrario a garanzia del diritto di prelazione nell'acquisto del fondo rustico, spettante al coltivatore insediato. Il rilevante contenzioso derivato dall'applicazione pratica di questa fattispecie ha garantito all'interprete tanto materiale su cui lavorare per definire la diversa connotazione applicativa dei diritti potestativi nelle due modalità alternative, a seconda che la realizzazione dell'effetto

¹ Cfr. *ex multis* in materia di prelazione agraria, CARPINO, *La prelazione nell'acquisto di fondi rustici*, in IRTI, *Manuale di diritto agrario italiano*, Torino, 1978, 416; CASAROTTO, *La prelazione agraria*, in COSTATO, GERMANO', ROOK BASILE, (diretto da) *Trattato di diritto agrario*, Torino, Vol. I, 2011, 539 ss.; in materia di prelazione nell'impresa familiare FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, 21 ss.; con riferimento, invece, alla prelazione nell'acquisto di immobili locati ad uso diverso da quello abitativo (c.d. prelazione urbana) TRIOLA, *La prelazione urbana*, Milano, 1990, 22 ss.; CAPUTO, *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, (artt. 38-39 della legge 27 luglio 1978 n. 392), Padova, 1987, 14 ss. Con riferimento, invece, alla diversa ipotesi di prelazione del coerede cfr. ROSSI, *La prelazione ed il retratto*, Padova, 2011, 301 ss.; BONILINI, *Retratto successorio* (voce), *Digesto Disc. priv. Sez. civ.*, XVII, Torino, 1999, (rist.), 420 ss.; nonché DURANTE, *Prelazione e riscatto (Retratto successorio)* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 5 ss.

modificativo si risolve sul piano sostanziale, ovvero necessita della mediazione di una sentenza².

In questo senso, emergerà nel lavoro come né dalla legge n. 590 del 1965 né dalle successive modificazioni è dato desumere un elemento testuale chiaro circa la natura sostanziale, ovvero processuale del riscatto e solo un'accurata esegesi interpretativa consentirà di concludere per la prima. Sulla base di queste chiose, lo studio del riscatto agrario che si intende svolgere è funzionale a dimostrare come il legislatore è libero di ricorrere nella propria discrezionalità a diversi modelli per strutturare la tutela dell'interesse privato. Compito del critico è di ricondurre nella maniera più rigorosa possibile ciascuna fattispecie normativa al proprio schema ricostruttivo e di analizzarne quali effetti derivino dall'una oppure dall'altra classificazione.

L'oggetto dello studio che ci si accinge a svolgere interesserà essenzialmente la disciplina della prelazione e del riscatto agrari, poiché la diffusione del contenzioso e dell'interesse pratico applicativo di tali istituti forniscono all'interprete il materiale necessario per la propria attività di ricostruzione sistematica, che si pone come obiettivo l'indagare i profili processuali della tutela garantita al prelazionario pretermesso dall'acquisto del bene assoggettato al vincolo prelatizio. Tale limitazione dell'oggetto di indagine non impedirà, tuttavia, all'occorrenza di soffermarsi sulle altre fattispecie di retratto per indagarne i profili di differenza.

L'obiettivo specifico delle pagine che seguiranno sarà, una volta chiarito se il riscatto nella sua comunemente affermata natura potestativa possa o meno costituire una posizione giuridica soggettiva autonoma, indagare se il legislatore abbia attribuito al prelazionario coltivatore pretermesso una situazione giuridica che perfeziona i propri effetti sul piano sostanziale, oppure affinché si perfezioni l'efficacia della fattispecie acquisitiva in via di riscatto sia necessario il provvedimento giurisdizionale.

Tuttavia, per affrontare i profili qui accennati occorre prendere le mosse da una necessaria premessa, ovvero comprendere se con riguardo al riscatto quale figura generale si è di fronte ad una situazione giuridica riconducibile al diritto soggettivo, ovvero al potere giuridico con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano

² Lo ricorda ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003, 160 testo e note.

interpretativo. A questo proposito, si dovrà ripercorre un dibattito mai sopito attorno alla categoria delle situazioni giuridiche potestative ed incentivato dallo stesso “importatore” in Italia dei *diritti del potere giuridico*, il quale non mancò di definirli come *diritti - mezzi*, aventi sempre *carattere addiettivo o secondario* finalizzati alla rimozione di un diritto esistente o *come tentacolo d’un diritto possibile*³.

Prima di procedere, appare necessaria una premessa di ordine terminologico. Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, per descrivere la medesima fattispecie vengono impiegati quali sinonimi i vocaboli riscatto e retratto, a fronte, invece, della coerenza del legislatore, che ricorre al solo termine *riscatto*. In realtà, fra i due termini sussiste una sottile differenza⁴: il riscatto (utilizzato tanto nella legislazione speciale, quanto in quella codicistica) ha un’accezione più generale e identifica l’acquisto, così come il ri-acquisto, di un diritto reale, ovvero l’estinguersi di una particolare fattispecie, senza presupporre a monte un suo legame con un preesistente diritto di prelazione (si noti il riscatto nella rendita perpetua artt. 1865 e ss. c.c., ovvero nell’ipotesi di contratto di assicurazione, art. 1925 c.c.)⁵; viceversa, il retratto è termine che ricorre in fattispecie legislative in cui risulta inscindibilmente connesso ad una preesistente situazione giuridica di preferenza in capo a un determinato soggetto all’acquisto del diritto di proprietà su un particolare bene⁶ rispetto ad altri soggetti. La prelazione viene così a connotarsi per una matrice reale: costituisce

³ Così CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, 113.

⁴ Questa questione terminologica fu affrontata già in una delle prime monografie dedicate al diritto di prelazione *post* Codice civile del 1942 cfr. D’ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, 194 ss., secondo cui solo la situazione giuridica soggettiva definita con il termine *retrato* troverebbe la propria giustificazione nel diritto di prelazione, mentre nelle ipotesi in cui il legislatore ricorre al vocabolo *riscatto*, tale potere inerisce alla possibilità di revocare la proprietà, senza che al riscattante venga attribuito un particolare posizione di preferenza, affine al diritto di prelazione. Tuttavia, è lo stesso autore a concludere che, in realtà, il retratto si risolve in una *categoria particolarmente qualificata* di riscatto. In epoca più recente, con specifico riferimento al riscatto agrario cfr. CASAROTTO, *Persistenti incertezze e pervicaci fallace in tema di prelazione reale*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 471 ss.

⁵ Cfr. per un efficace riassunto delle diverse ipotesi in cui il legislatore ricorre al termine riscatto pur individuando fattispecie tra loro diverse CARPINO, *Riscatto* (voce) in *Enc. Giur.*, 1989, 1110 e ss. Sul riscatto convenzionale e forzoso nella rendita perpetua si veda DATTILO, *Rendita (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.* vol. XXXIX, Milano, 1988, 866; Nella diversa ipotesi del riscatto nell’assicurazione sulla vita cfr. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita* (voce), in *Enc. del dir.*, vol. III, Milano, 1958, 633 ss.

⁶ Ricorda, tuttavia, CASAROTTO, *La prelazione nell’accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, 107, in nota, che il ricorso all’uso dei due termini riscatto e retratto è invalso nell’uso non solo comune, ma anche tecnico giuridico, come fossero due sinonimi. In altri scritti con l’espressione retratto si tende a fare riferimento alla sola ipotesi *ex art. 732 c.c. c.d.* retratto successorio, utilizzando per le altre fattispecie come intercambiabili entrambi i termini cfr. ROSSI, *La prelazione* cit., 301 e ss.

infatti approdo pacifico in dottrina che il carattere peculiare della prelazione c.d. reale rispetto ad altre fattispecie di prelazione deriva proprio dall'attribuzione del diritto di riscatto in favore del preferito, pretermesso dalla vicenda traslativa del diritto di proprietà su un determinato bene.

Ciò doverosamente puntualizzato, ai fini che in questa sede si perseguono - in linea, peraltro, alla prassi dominante - si ritiene comunque di poter utilizzare i due termini "riscatto" e "retrato" come sinonimi, poiché, nonostante la dizione retratto sia riferita in particolare alle ipotesi di violazione della prelazione c.d. reale, lo stesso termine, di matrice più che altro dottrinale, rimanda ad un retaggio storico legato all'esperienza medievale del c.d. diritto dei retratti⁷. Allo stesso modo, infatti, il

⁷ Per gli opportuni riferimenti storici risalenti già alla legislazione romana si veda lo studio di SACCHI, *La prelazione nel diritto comune*, in *Riv. scientifica del dir.*, 1898, fasc. 7, 238 ss. Non è un caso che nel testo si sia menzionato il c.d. diritto dei retratti. Peraltro, da un'indagine storica è possibile enucleare un primo dato fondamentale: l'introduzione della prelazione, quale posizione di preferenza che sorge precedentemente alla conclusione di un atto traslativo del diritto di proprietà è una previsione tipica del legislatore moderno, si veda in questi termini CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 3 ss. ed anche CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, 11 e ss. Anticamente, infatti, in presenza di particolari presupposti veniva attribuito a determinati soggetti la possibilità di ottenere il trasferimento in via di preferenza della proprietà su di un bene, solo successivamente alla stipula di un contratto di compravendita fra l'alienante ed un qualunque terzo. In questo sistema, l'esperibilità di quello che si definiva il c.d. retratto puro non era accompagnata da una forma di tutela preventiva, rispetto alla vendita, ma al preferito veniva assicurato il potere di riscattare il bene soltanto successivamente al perfezionamento del contratto traslativo. Sempre SACCHI, *Op. ult. cit.*, 244 riferisce che nell'esperienza romana, prima, e barbarica, poi, non era dato distinguere, su un piano diverso da quello terminologico, il diritto di prelazione da quello di retratto. Anzi, emerge che anche nella prassi applicativa l'avvenuta conclusione del contratto era il presupposto necessario affinché sorgesse il diritto di prelazione cfr. *Op. ult. cit.*, 270. Ipotesi affini alla figura moderna del retratto erano, invece, riscontrabili nella prassi senza una specifica disciplina cristallizzata in una fonte scritta. Spesso, infatti, veniva riconosciuto in favore dei coeredi il potere di riacquisto dei beni o di un bene del *de cuius* a tutela non tanto della posizione soggettiva dell'erede, bensì del patrimonio familiare, inteso come *universitas rerum* facente capo al defunto, che doveva essere conservato nella sua unitarietà cfr. in questi termini GALLO, *Prelazione* (voce), in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 168. Qualche traccia di fattispecie affine al moderno riscatto agrario si rinvencono in una particolare figura di preferenza introdotta nel diritto tardoromano (all'epoca dell'Imperatore Teodosio II, nel 412 D.C.) e ancora presente nelle legislazioni barbariche successive, riconosciuta in capo al proprietario di un fondo confinante con quello posto in vendita (forma quest'ultima che si potrebbe definire come un'antesignana dell'attuale prelazione del confinante per l'acquisto del fondo rustico) cfr. ROSSI, *La prelazione* cit., 7 testo e note, l'autrice precisa che l'introduzione dell'accennata figura *latu sensu* prelatizia fosse da rinvenire in ragioni di matrice fiscale, ovvero: la preferenza del confinante nell'acquisto del fondo aveva ad oggetto i terreni abbandonati, che non solo restavano improduttivi di messi, ma su cui non venivano nemmeno versati i tributi, dunque riconoscere una preferenza nell'acquisto significava precostituire uno strumento con l'obiettivo di ottenere il pagamento dei relativi tributi, in favore dell'erario. Sempre con riferimento al fondo agrario nella legislazione giustiniana trova la propria disciplina un'ipotesi di preferenza nell'acquisto in favore del concedente del fondo concesso in enfiteusi, cosicché nel caso in cui l'enfiteuta volesse cedere il proprio diritto, il concedente avrebbe dovuto essere preferito in modo tale da poter rientrare nella piena titolarità del diritto dominicale. Questo antico istituto è stato positivizzato ancora nel Codice civile del 1942 per poi essere abrogato dalla legislazione successiva, contestualmente alla progressiva scomparsa dell'enfiteusi come strumento di regolazione dei rapporti agrari. La diffusione del

legislatore ricorre all'unico termine riscatto, anche nelle ipotesi oggetto di interesse in questa sede.

riscatto nella propria fisionomia di strumento teso alla conservazione dell'unità patrimoniale, familiare e terriera, ovvero volto a presidiare ragioni tipicamente politiche a tutela dell'unità territoriale, conobbe una battuta d'arresto con il radicarsi delle idee liberali, figlie già dell'illuminismo e prima ancora della Rivoluzione francese. Nel fondamentale rispetto, infatti, del principio di autonomia privata o del libero scambio e circolazione dei beni, qualunque forma di limitazione attinente alla sfera del commercio e dell'impresa doveva essere preclusa. Il vincolo che il reatrito o la prelazione anteponeva all'alienazione di un particolare bene risultava, dunque, incompatibile con la tutela degli interessi privati, per cui ciascuno doveva risultare perfettamente libero non solo di decidere quando e se vendere, ma anche di scegliere l'acquirente del bene. In queste circostanze storiche si deve intravedere la ragione per cui nel Codice sabaudo del 1865 non si trovano disciplinate ipotesi di prelazione o di riscatto diverse da quelle convenzionali cfr. CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 3 ss.

CAPITOLO I

IL RETRATTO AGRARIO. PROFILI SOSTANZIALI E INQUADRAMENTO SISTEMATICO IN SENO ALLA CATEGORIA DEI DIRITTI POTESTATIVI

SOMMARIO: 1.1. Il retratto agrario. La disciplina di riferimento; 1.2. (segue) Le molteplici questioni interpretative che questo quadro normativo pone. Il ruolo del terzo acquirente nella fattispecie traslativa; 1.3. Il rapporto sostanziale sussistente fra la prelazione ed il retratto l'inquadramento del retratto quale diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale; 1.4. La tesi minoritaria del retratto quale potere processuale; 1.5. Spunti di indagine; 1.6. Il riscatto quale archetipo del diritto potestativo e il confronto con le altre situazioni giuridiche potestative costitutive di diritti reali; 1.7. L'inquadramento teorico del riscatto quale mero potere e non diritto soggettivo.

1.1. Il retratto agrario. La disciplina di riferimento.

Come noto, l'art. 8 della legge 26 maggio 1965, n. 590 riconosce in capo al coltivatore affittuario, mezzadro, colono o compartecipe dell'impresa coltivatrice insediato sul fondo agrario, il diritto di prelazione all'acquisto dello stesso bene a parità di condizioni, rispetto ad un qualunque terzo che intenda acquistarlo

¹. Interventi normativi successivi hanno poi esteso la compagine dei soggetti beneficiari del diritto di prelazione rispetto al solo coltivatore già insediato sul fondo: l'ipotesi più rilevante, anche dal punto di vista applicativo, venne introdotta grazie alla legge 14 agosto 1971, n. 817 con l'attribuzione del diritto di prelazione e riscatto in favore del proprietario coltivatore confinante². Oltre alla qualifica di coltivatore

¹ Ad oggi, salva l'ipotesi del compartecipe dell'impresa agricola, la cui applicazione pratica risulta essere abbastanza limitata, la figura del prelazionario coincide con quella dell'affittuario coltivatore diretto del fondo posto in vendita, poiché i tradizionali contratti agrari di mezzadria e colonia sono progressivamente stati convertiti in affitto a decorrere dalla legge 3 maggio 1982, n. 203, cfr. GERMANO', ROOK BASILE, *Il contratto d'affitto*, in COSTATO, GERMANO', ROOK BASILE, (diretto da) *Trattato di diritto agrario*, Torino, Vol. I, 2011, 37 ss.

² Alle medesime condizioni previste per il coltivatore diretto persona fisica, la stessa legge ha esteso il diritto di prelazione anche alle Cooperative agricole di coltivatori diretti. Alla riforma dell'impresa agricola di matrice comunitaria (D.lgs. n. 99 del 2004 e n. 101 del 2005) si deve

(affittuario o confinante) dei fondi di proprietà dell'alienante, la legge ha subordinato l'attribuzione del diritto di prelazione ad altri precisi requisiti oggettivi (cumulativi e non alternativi rispetto alla sussistenza del contratto di affitto) precisati dal medesimo art. 8, co. 2.³

A fronte del mancato rispetto della preferenza riconosciuta, il coltivatore può *entro un anno, dalla trascrizione del contratto di compravendita, riscattare il fondo dall'acquirente, e da ogni suo successivo avente causa, previo versamento del prezzo pagato all'alienante*: qualora, dunque, il proprietario non osservi il vincolo di preferenza ed ometta la notifica della proposta di alienazione al prelazionario, ovvero alteri in modo fraudolento la parità di condizioni, cedendo ad un terzo acquirente la titolarità del fondo in questione, il beneficiario può comunque vedere realizzato il proprio interesse all'acquisto grazie all'esercizio del riscatto.

Accanto all'attribuzione del diritto di prelazione, il legislatore regola anche le modalità e tempistiche circa il versamento del prezzo⁴ e la legge risulta particolarmente precisa nell'indicare sia le modalità con cui deve essere formata la proposta d'acquisto sia il termine entro il quale il prelazionario deve esercitare il

l'introduzione del diritto di prelazione e riscatto anche in favore delle società agricole di persone, purché costituite da almeno la metà dei soci coltivatori diretti cfr. MATTEOLI, *La prelazione delle società agricole di persone*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, 175 ss. Più di recente la prelazione agraria è stata estesa, con legge n. 154 del 2016 (c.d. *Collegato agricoltura*), anche al proprietario confinante, non invece all'affittuario, che rivesta la qualifica di imprenditore agricolo professionale regolarmente iscritto alla corrispondente gestione previdenziale, cfr. SCIAUDONE, *La (nuova) prelazione dell'i.a.p.*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, 195.

³ È necessario che l'affittuario coltivi il fondo da almeno due anni, con lavoro proprio o con quello della propria famiglia, ed inoltre che nel biennio precedente, lo stesso coltivatore non abbia proceduto alla vendita *di altri fondi rustici di imponente fondiario superiore a lire mille* (Deve essere precisato come il riferimento a *lire mille* necessiti di inevitabile aggiornamento, aldilà della mera conversione nel cambio attuale, corrispondente a c.a. 50 centesimi di euro, stante la profonda diversità della realtà non solo agraria, ma anche economico-sociale odierna, rispetto a quella considerata quale parametro di riferimento dal legislatore del 1965). [...] *ed il fondo per il quale intenda esercitare la prelazione [...] non superi il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della propria famiglia*. Ai citati requisiti se ne aggiungono ulteriori, laddove la stessa legge esclude chiaramente il diritto di prelazione quando il fondo sia destinato ad utilizzazione edilizia, industriale o turistica, in base ai piani regolatori. Il diritto di prelazione viene altresì escluso allorquando venga accertata o l'irreversibile perdita di attitudine alla coltivazione agricola del fondo in questione in conseguenza della sua effettiva trasformazione, ovvero le dimensioni talmente esigue da escludere ogni possibilità di coltivazione, cfr. Cass. 18 febbraio 2010, n. 3901. ROSSI *La prelazione ed il retratto*, Padova, 2011, 131 e ss.

⁴Art. 8 co. 5 legge n. 590 del 1965: *ove il diritto di prelazione sia stato esercitato, il versamento del prezzo di acquisto deve essere effettuato entro il termine di tre mesi, decorrenti dal trentesimo giorno dall'avvenuta notifica da parte del proprietario, salvo che non sia diversamente pattuito tra le parti*.

proprio diritto una volta che ha avuto comunicazione della proposta d'acquisto⁵(c.d. *denuntiatio*)⁶.

Già dalla semplice lettura della normativa in materia di riscatto agrario è possibile svolgere una prima valutazione che tornerà utile per comprendere la natura della situazione giuridica del riscatto: nell' identificare la fattispecie traslativa il legislatore attribuisce particolare rilevanza alla prelazione e alle modalità per il suo esercizio, mentre risultano molto scarsi i riferimenti legislativi relativi al retratto ed alle sue modalità attuative.

Infatti, a fronte di una precisa e puntuale descrizione dei presupposti della prelazione in favore del soggetto coltivatore e, soprattutto, delle modalità del relativo esercizio, la legge si limita a disporre che il preferito *può riscattare* il bene dall'acquirente e da ogni successivo avente causa⁷, qualora sia mancata la notifica della proposta⁸, da parte dell'alienante. Alla previsione del riscatto la legge accompagna l'indicazione del termine di un anno entro il quale il medesimo dovrà essere esercitato, termine che decorre *ex lege* dal momento in cui l'atto di acquisto viene trascritto nei registri immobiliari.

Nel suo tenore letterale, nulla dispone la legge circa le modalità di esercizio del riscatto e ciò fu fonte di una serie di dubbi interpretativi, avanzati tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza: si discuteva in particolare se le modalità previste dalla legge per il pagamento del prezzo in seguito all'esercizio del diritto di

⁵ Art. 8, co. 6 legge 590 del 1965: *il proprietario deve notificare con lettera raccomandata al coltivatore la proposta di alienazione trasmettendo il preliminare di compravendita in cui devono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo di vendita e le altre norme pattuite compresa la clausola per l'eventualità della prelazione. Il coltivatore deve esercitare il suo diritto entro il termine di trenta giorni.*

⁶ Cfr. diffusamente CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, 210 ss.

⁷ Sempre CASAROTTO, *Op. ult. cit.*, 107 ss. afferma che il legislatore non sembra aver introdotto il retratto come un istituto autonomo, bensì abbia semplicemente indicato un agire, ciò dovrebbe condurre ad avviso dell'autore a ritenere che l'esistenza di un diritto di retratto o riscatto sia frutto di interpretazione, senza una precisa dizione normativa, volta a riconoscerlo.

⁸ Nell'ipotesi di prelazione agraria, le modifiche apportate dalla legge 14 agosto 1971, n. 817 alla legge 26 maggio 1965, n. 590 prevedono espressamente che l'alienante debba notificare al prelazionario [...] *il preliminare di compravendita in cui devono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo di vendita e le altre norme pattuite compresa la clausola per l'eventualità della prelazione.* In tale ipotesi, contrariamente a quanto si verifica nelle altre diverse *species* di prelazione contemplate dalla legge, non si prevede una libertà nella forma dell'atto da trasmettere al preferito, atto che comunque dovrebbe contenere almeno l'indicazione del prezzo di acquisto e le relative condizioni di pagamento cfr. Cass. 24 marzo 2016, n. 5865, bensì un vero e proprio accordo vincolante fra le parti, in cui emerga fin da subito la sospesa efficacia del medesimo, rispetto all'eventuale esercizio del diritto di prelazione.

prelazione si potessero estendere anche all'ipotesi del riscatto⁹. Per colmare la lacuna interpretativa dovette intervenire la legge di interpretazione autentica 8 gennaio 1979, n. 2, che positivizzò le modalità di versamento del prezzo a seguito di esercizio del retratto agrario. Dispone, infatti, l'articolo unico di questa legge che il termine di tre mesi (ovvero lo stesso previsto in caso di esercizio della prelazione) per il pagamento del prezzo nel caso di esercizio del *riscatto decorrono dalla comunicazione scritta dell'adesione del terzo acquirente, o di successivo avente causa, alla dichiarazione di riscatto, oppure, ove sorga contestazione, dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto.*

Pertanto, con il citato intervento normativo il legislatore non ha fatto altro che estendere all'ipotesi di esercizio del riscatto la disciplina già prevista circa le modalità di pagamento del prezzo di compravendita, estendendo, sebbene in termini non chiari ed univoci, al retratto, quanto già disciplinato circa l'esercizio del diritto di prelazione.

1.2. (segue) Le molteplici questioni interpretative che questo quadro normativo pone. Il ruolo del terzo acquirente nella fattispecie traslativa.

Proprio sul dato normativo appena citato si pongono le più delicate questioni interpretative che hanno suggerito il presente studio: in prima battuta resta da comprendere la posizione del terzo riscattato. Non è, infatti, chiaro in primo luogo se la dichiarazione di “adesione” di quest'ultimo corrisponda all'adempimento di un obbligo *ex lege* a contrarre a fronte del diritto del prelazionario pretermesso, ovvero ad una mera dichiarazione ricognitiva circa la produzione del già perfezionato effetto traslativo del diritto dominicale per effetto dell'esercizio del riscatto. Si tratta di due ipotesi ricostruttive completamente differenti, anche nei risvolti pratici.

Se infatti si ammette che l'esercizio del riscatto esaurisca i propri effetti sul piano sostanziale e conduca in sé alla produzione dell'effetto reale traslativo in

⁹ Si veda CASAROTTO, *Legge 8 gennaio 1979, n. 2. Interpretazione autentica dell'art. 8 legge 26 maggio 1965, n. 590*, in *Nuove leggi civili*, 1979, I, 394 ss. Possibilità quella citata nel testo già avallata dalla Suprema Corte che dopo un iniziale contrasto fra soluzioni diverse, era giunta ad applicare al riscatto la disciplina relativa al pagamento del prezzo, secondo le modalità previste nel caso di esercizio del diritto di prelazione cfr. Cass. Sez. Un. 16 ottobre 1976, n. 3498. Cfr. in ordine alla questione affrontata nel testo ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003, 171 ss.

favore del riscattante, non si renderebbe necessaria la collaborazione del terzo riscattato, il quale, per effetto del subito riscatto, avrebbe cessato di essere proprietario del fondo acquistato. Il riscatto esaurirebbe i propri effetti sul piano stragiudiziale, poiché la modificazione sostanziale si produrrebbe in conseguenza della sola dichiarazione unilaterale e recettizia¹⁰ del prelazionario pretermesso: in tale ottica l'effetto traslativo reale conseguirebbe al semplice esercizio del diritto da parte del suo titolare.

In questo ipotetico contesto ricostruttivo, residuerebbe il diverso problema della necessità per il riscattante di ottenere un valido titolo per trascrivere l'acquisto avvenuto in via di riscatto, al fine di rendere opponibile *erga omnes* l'intervenuto effetto traslativo reale.

Per contro, se si prospetta come necessaria l'attività collaborativa del riscattato affinché si perfezioni l'effetto traslativo reale, allora in sua assenza l'unica via che resterebbe al riscattante sarebbe quella di intraprendere un giudizio, necessario al fine di perfezionare l'effetto traslativo, che non potrebbe non connotarsi nei termini di un processo costitutivo, dove il provvedimento giudiziario terrebbe luogo al mancato consenso del terzo obbligato, sulla scia del disposto dell'art. 2932 c.c.¹¹.

Si consideri che da un punto di vista strettamente interpretativo entrambe le soluzioni paiono sostenibili, a seconda che si intraveda o meno un implicito obbligo *ex lege* a contrarre in capo al terzo acquirente.

In questo senso, non molto distanti dalla prospettiva qui accennata risultano essere quelle particolari fattispecie preordinate anch'esse alla costituzione di un diritto reale (è il caso tipico di cui all'art. 1032 c.c. di costituzione delle c.d. servitù coattive oltre alla appena ricordata sentenza che *ex art. 2932 c.c.* tiene luogo degli effetti del contratto definitivo non concluso¹²), laddove, se manca la collaborazione

¹⁰ Sulla natura recettizia della dichiarazione di riscatto cfr. *infra*, Cap. III, par. 3.1.

¹¹ Pur costituendo una tesi minoritaria in dottrina sussistono autori che hanno ammesso la natura costitutiva della sentenza che definisce il giudizio di retratto cfr. BENEDETTI, *Prelazione e retratto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, 904 ss.; MOSCARINI, *Prelazione* (voce) in *Enciclopedia del diritto XXXIV*, Milano, 1985, 986. Nel prosieguo della trattazione si tornerà ampiamente sul punto.

¹² In questo senso cfr. ALESSI, *Prelazione e retratto: un'ipotesi di esecuzione in forma specifica?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 399 ss., riconosce che il riscatto costituisce lo strumento di esecuzione in forma specifica del violato diritto di prelazione, per la cui realizzazione è comunque necessaria la mediazione di un provvedimento giurisdizionale.

del terzo, il titolare della c.d. situazione di vantaggio può ricorrere al giudice al fine di ottenere la sentenza che costituisca la situazione giuridica, che le parti in via di autonomia non sono stati in grado di realizzare.

Secondo quanto ora accennato, non secondarie risultano le conseguenze dell'adesione all'una ovvero all'altra impostazione. Basti rilevare il diverso momento in cui si andrebbe a perfezionare l'effetto traslativo, con l'annesso problema della spettanza dei frutti e altri accessori: nella prima ipotesi, l'effetto traslativo del diritto di proprietà sarebbe contestuale all'esercizio del riscatto, laddove nella seconda prospettiva appena delineata l'effetto reale traslativo dovrebbe ricondursi al giudicato costitutivo e quindi, sul piano temporale, al passaggio in giudicato formale della sentenza.

Le questioni interpretative accennate dimostrano le ragioni per cui senza particolari difficoltà tanto la dottrina quanto la giurisprudenza in modo costante sono coese nel ricondurre il diritto di riscatto alla categoria dogmatica dei diritti potestativi¹³.

Come noto, in seno ai diritti potestativi, il legislatore individua determinate situazioni in cui per produrre l'effetto modificativo è sufficiente la semplice manifestazione di volontà della parte, mentre per tutelare altre situazioni l'effetto modificativo viene prodotto solamente con la pronuncia (*rectius* con il passaggio in giudicato) di un provvedimento giurisdizionale¹⁴.

¹³ Si vedano in dottrina MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Digesto it.*, V, 738, in nota; già CHIOVENDA, *L'azione* cit., 107; PULEO, *I diritti potestativi (individuazione della fattispecie)*, Milano, 1959, 45; CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 32 ss.; Id, *Riscatto (voce)*, in *Enc. Giur.*, 1989, 1107 ss.; IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Vol. I, Torino, 1974, 63 ss. che ricorre alla figura del riscatto quale esempio tipico di diritto potestativo ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 73 testo e note; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 25. In giurisprudenza cfr. Cass. 28 maggio 2019, n.14515, che, nel definire come ipotesi affini il reatutto successorio, quello agrario e quello c.d. urbano o locatizio, ritiene si tratti di diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale; Cass. Sez. Un. 26 aprile 2012, n. 649.

¹⁴ In dottrina si sono avanzate diverse tesi per individuare le ragioni che hanno spinto il legislatore nel tempo ad optare per l'attribuzione di un diritto potestativo c.d. ad esercizio giudiziale, ovvero stragiudiziale. Come, ancora di recente riconosciuto cfr. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 40, comunemente tale scelta viene fatta discendere da esigenze di certezza: laddove particolari necessità, legate ad esigenze non solo strettamente giuridiche di tutela dei terzi, ma anche politico - commerciali, richiedono specifiche garanzie di pubblicità o certezza che meglio (o forse solo) si addicono ad una pronuncia giurisdizionale, allora il legislatore opta per l'attribuzione di un diritto potestativo ad esercizio giudiziale cfr. in questo senso già il CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1923, 181, sullo stesso piano di idee si noti anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1980, 152 nota 173; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 147 ss.; nella medesima ottica si veda anche CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e*

Nel primo caso, verificatosi il fatto qualificato come rilevante dalla fattispecie normativa, il titolare della posizione giuridica può realizzare l'effetto attraverso una propria dichiarazione unilaterale e recettizia da sé sufficiente al verificarsi dell'effetto.

del giudicato costitutivo, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1991, 248. Ad avviso di LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, IX ed., *I principi generali*, Milano, 2017, 16. la scelta del legislatore per l'una o l'altra tipologia di situazioni giuridiche potestative viene dettata in base ad un bilanciamento tra l'esigenza di immediatezza e quella di certezza, se risulta preminente la prima allora la legge opererà per l'attribuzione al privato di un diritto potestativo c.d. sostanziale, viceversa se preminente risulta l'esigenza di certezza la scelta ricadrà su quello ad esercizio giudiziale. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 318 ss., ritiene che, nell'ambito della generale funzione di controllo riconosciuta alla tutela costitutiva, la scelta per l'attribuzione di un diritto potestativo ad esercizio giudiziale sia ancorata ad una esigenza anche politica, connessa all'importanza e complessità delle fattispecie sostanziali, quali l'ambito degli status o della patologia dei rapporti familiari. Più approfondita la tesi di CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, 112 secondo cui la scelta del legislatore dipende dalla tipologia di modificazione necessaria in base alla fattispecie normativa, infatti: qualora la modificazione a cui la realtà sostanziale andrà incontro è già compiutamente determinata, allora il legislatore è portato a ritenere che sia sufficiente una dichiarazione unilaterale per determinare la modifica medesima, mentre se la modificazione sostanziale necessita di ulteriori elementi di integrazione diventa necessaria l'attività integrativa di un soggetto esterno, quale appunto l'organo giurisdizionale (cfr. all'ipotesi *ex art. 1032 c.c.* in materia di costituzione di servitù coattiva, poiché solo laddove manchi l'accordo fra le parti allora diventa indispensabile il ricorso al giudice). Condivide la tesi di Carpino nel suo studio inerente proprio alla prelazione e al retratto, CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso cit.*, 199 - 200, che sostiene non vi siano ostacoli sistematici che abbiano impedito al legislatore di prevedere l'esercizio del retratto in via di azione. Ritiene PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 173 ss. che la necessità del processo per determinare la modificazione giuridica sia dettata, oltre che dalla necessità di elidere ogni incertezza circa la produzione degli effetti, anche da esigenze determinate dalla gravità dell'effetto prodotto. In quest'ottica ci sarebbe spazio per ammettere come nell'ipotesi del retratto la sentenza diventi necessaria per la produzione dell'effetto traslativo, infatti, non pare sussistano dubbi circa la rilevanza dell'esercizio di detto diritto nella sfera giuridica del soggetto passivo, il quale si vede privato della proprietà di un determinato bene (produttivo nelle ipotesi del retratto agrario ed urbano), senza dimenticare i problemi relativi alla pubblicità legale di detto trasferimento, qualora effettuata mediante dichiarazione unilaterale (su queste questioni si veda *infra* in seguito), problematiche che verrebbero meno qualora il retratto si debba esercitare attraverso azione giudiziale. Con specifico riferimento al riscatto, condivide le osservazioni di Pagni, PALADINI, *Il retratto: aspetti tecnico applicativi*, in *Arch. civ.*, 1996, 148, poiché se il retratto fosse davvero un mero potere sostanziale, allora si ammetterebbe che sulla base di una dichiarazione unilaterale si perfezioni l'effetto traslativo. Particolare appare la tesi di GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 177 testo e nota, che ritiene come i diritti potestativi che vengano attribuiti in via negoziale siano ad esercizio stragiudiziale, essendo sufficiente la semplice dichiarazione unilaterale per determinare la modifica sostanziale (l'esempio è il riscatto convenzionale *ex art. 1500 c.c.*), di contro dove è la legge ad attribuire un diritto potestativo, lo stesso dovrebbe esercitarsi in via giudiziale, poiché la modifica della realtà sostanziale potrebbe derivare solo dalla sentenza. *Contra* tale orientamento si veda ORIANI, *Diritti potestativi cit.*, 41 in nota, e anche CARPINO, *L'acquisto coattivo cit.*, 114, che escludono l'ammissibilità di tale tesi con riferimento proprio all'ipotesi del retratto, tanto successorio, quanto agrario. In base alla tesi di Gabrielli l'esercizio del retratto dovrebbe avvenire in via giudiziale, quindi l'effetto traslativo del diritto di proprietà sul bene o sulla quota di eredità sarebbe prodotto soltanto dalla pronuncia del giudice (ovvero più precisamente dal suo passaggio in giudicato); di conseguenza il retratto si atterrebbe quale diritto potestativo ad esercizio giudiziale, laddove, invece, il riscatto convenzionale dovrebbe ascrivere alla categoria dei diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale.

In tal senso, la legge attribuisce al titolare una particolare situazione di vantaggio, poiché attraverso una semplice manifestazione della propria volontà il privato potrà determinare la modificazione della realtà sostanziale, senza che assuma rilevanza l'eventuale consenso prestato dal soggetto nella cui sfera di interesse interviene la modificazione, il quale si trova in una situazione tradizionalmente definita di soggezione, che preclude la possibilità di reazione avverso l'atto di esercizio altrui¹⁵.

Viceversa, in altre ipotesi, che secondo la tesi classica condividono con quelle appena sopra descritte la struttura fondamentale¹⁶, la semplice dichiarazione di volontà non è sufficiente a determinare la produzione dell'effetto sul piano sostanziale, ma al titolare della posizione di vantaggio è riconosciuto il diritto di poter pretendere dall'ordinamento la modificazione della situazione giuridica sostanziale, attraverso l'instaurazione del giudizio.

E' mera scelta legislativa se far ricorso di volta in volta a poteri sostanziali (allorquando la modificazione giuridica è determinata attraverso una dichiarazione unilaterale e recettizia del titolare), ovvero a poteri processuali (ogni volta in cui al privato è garantita la possibilità di adire l'autorità giudiziaria per ottenere la modifica sostanziale che, a seconda dei casi, o non è stato possibile realizzare sul piano dell'autonomia privata, oppure per espressa previsione di legge è possibile realizzare solo attraverso la pronuncia giurisdizionale¹⁷).

Prospettata in questo schema la tecnica legislativa di produzione degli effetti tramite l'attribuzione di un diritto potestativo, ben si può comprendere la ragione per la quale la dottrina maggioritaria non abbia trovato particolari ostacoli ad inquadrare

¹⁵ Si veda *infra* in questo stesso capitolo, p. 36 testo e note, circa la posizione del c.d. soggetto passivo del rapporto potestativo.

¹⁶ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904, 106; FALZEA, *La separazione personale*, Padova, 1943, 137 ss. nello stesso senso anche MENCHINI, *I limiti cit.*, 140 ss.

¹⁷ Per le differenze tra sentenze costitutive necessarie e non necessarie ATTARDI, *Diritto processuale civile, Vol. I, Parte generale*, Padova, 1997, 99 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Vol. I*, Torino, 2019, 32 ss.; CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907 c.c.*, in BUSNELLI (a cura di) *Il codice civile, Commentario*, Milano, 2018, 748; diffusamente PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 171, l'autore, tuttavia, assume che nei casi c.d. di tutela costitutiva non necessaria, alla parte sia attribuito un potere di natura schiettamente processuale di attuazione della pretesa insoddisfatta, da cui deriva che il processo non è finalizzato ad ottenere l'accertamento del giudice per produrre effetti sul piano sostanziale, bensì si connota per una natura attuativo - esecutiva della pretesa insoddisfatta, pertanto in seno a tali azioni si sostanzia una funzione insieme costitutiva ed esecutiva.

anche il retratto nella citata categoria, costituendone la figura paradigmatica, per non dire l'archetipo: prodottosi un determinato fatto (la conclusione di un contratto di compravendita *irrequisito domino*) al soggetto preferito è attribuito il potere di riacquistare il diritto di proprietà sul bene trasferito, a prescindere dal consenso del terzo acquirente.

Risulta in effetti difficile rintracciare nell'ordinamento un altro istituto che abbia costituito per l'interprete, al pari del retratto, un terreno tanto fertile per indagare i profili strutturali delle c.d. situazioni giuridiche potestative in generale ed i caratteri del processo instaurato dal loro esercizio: ciò anche a fronte di una copiosa giurisprudenza che, con sfumature spesso diverse e non sempre coerenti, ha comunque contribuito in maniera rilevante a delinearne i tratti fondamentali.

Oltretutto, più che con l'avvento della legislazione codicistica, ove erano previste solo due fattispecie di riscatto (il c.d. retratto successorio ai sensi dell'art. 732 c.c. e quello del concedente nel caso di devoluzione del fondo enfiteutico *ex art. 966 c.c.*¹⁸), l'indagine sui diritti potestativi nell'ordinamento italiano si concentrò proprio sulle fattispecie introdotte dalla sopravvenuta legislazione speciale, che individuò nel riscatto lo strumento più adatto a garantire in maniera effettiva il consolidamento e lo sviluppo della proprietà, in capo a quei soggetti che si mostravano in grado di garantire ed incrementare lo sfruttamento dei beni produttivi¹⁹.

¹⁸ Disposizione oggi abrogata dall'art. 10 legge 18 dicembre 1970, n. 1138.

¹⁹ La disciplina del retratto agrario trova la propria giustificazione giuridica nell'art. 44 della Costituzione, là dove il legislatore costituente garantisce una tutela speciale alla proprietà agraria, in ragione della funzione economico sociale svolta dall'agricoltura. Le finalità della norma costituzionale sono essenzialmente due, espresse dalle locuzioni *conseguire il razionale sfruttamento del suolo* e *stabilire equi rapporti sociali*, grazie alle quali il legislatore costituente intendeva prendere posizione nel sottolineare come l'attività di produzione agricola fosse la dimensione sociale, all'interno della quale si coniugassero esigenze fondamentalmente diverse: da un lato la tutela del lavoro nelle campagne e dall'altro la preservazione del territorio agrario del Paese cfr. DESIDERI, *Costituzione economica ed agricoltura*, in *Novo dir. agr.*, 1985, 301 ss. La *ratio* di questa norma è facilmente rintracciabile nella realtà storica in cui versava l'agricoltura alla fine del secondo dopo-guerra: il settore primario occupava oltre il sessanta per cento della forza lavoro italiana, ma la proprietà terriera era nelle mani di pochi soggetti, prevalentemente provenienti dalle classi aristocratiche o della ricca borghesia del tempo. L'agricoltura diventava allora un terreno di particolare instabilità per la contrapposizione fra la forza lavoro e i soggetti proprietari cfr. CANGUILHEM, *Il fascismo e i contadini*, Bologna, 2006, 157 ss. Tale preoccupazione la si evince proprio dal rapporto di specialità che collega l'art. 44 della Costituzione con l'articolo 41, il quale sancisce in via solenne come la libera iniziativa privata non può essere esercitata in contrasto con le finalità sociali, dunque la terra certamente può rimanere un bene di proprietà privata, ma al contempo il suo sfruttamento deve tendere allo sviluppo della collettività. Questa esigenza di tendere alla ricchezza, primariamente sociale, appare nel vincolo finalistico con cui il legislatore costituente descrive il fenomeno della

Il riferimento è *in primis* all'ipotesi del retratto agrario dell'affittuario coltivatore diretto introdotto dalla già citata legge 26 maggio 1965, n. 590.

Non dissimile appare la *ratio* che soggiace alle altre ipotesi di riscatto introdotte dalla legislazione successiva, in favore del conduttore di immobili urbani adibiti ad uso non abitativo ai sensi della legge 27 luglio 1978, n. 392 e poi dall'art. 230 *bis* c.c., ossia l'ipotesi di prelazione del familiare in caso di trasferimento dell'azienda; entrambe le ipotesi ora accennate risultano ancorate anche esse ad esigenze di tutela dell'unità produttiva e più in generale dell'impresa²⁰.

Ebbene, se si considera fin d'ora la variegata casistica che contraddistingue questo settore, si coglie altresì l'importanza di inquadrare fin da subito il rapporto che intercorre tra prelazione e riscatto, non prima, però, di individuare la diversa casistica di situazioni a fronte delle quali si pongono le problematiche che l'interprete è chiamato a risolvere.

In prima istanza, ben può accadere che l'alienante provveda a trasmettere al prelazionario la proposta d'acquisto e se quest'ultimo esercita la prelazione si avrà perfezionamento "fisiologico" della fattispecie traslativa, le eventuali contestazioni che possono provenire da terzi (si pensi in particolare al promissario acquirente) potranno, al più, riguardare l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà aprendo,

proprietà agraria come bene destinato a produrre: la gestione produttiva della terra emerge allora come obbligo del proprietario di essa cfr. GERMANO', *Manuale di diritto agrario*, VIII ed., Torino, 2015, 47 e ss., in particolare l'autore fornisce una lettura attenta della doppia finalizzazione di cui all'art. 44 Cost. Proprio tra questi vincoli tutelati dalla Costituzione la prelazione agraria occupa un rilievo primario: il legislatore ha ritenuto opportuno dare attuazione al dettato costituzionale con l'attribuzione di una preferenza al coltivatore nell'acquisto del fondo, nel momento in cui lo stesso venga posto in vendita, assistita dalla tutela reale, ovvero dalla possibilità di riscattare il medesimo allorquando l'alienante non si attenga alla preferenza. Il retratto si propone di concretizzare la tutela del lavoro agricolo nel senso che la proprietà terriera debba rimanere nella titolarità di coloro che professionalmente si dedicano alla attività agraria, nell'ottica di ostacolare le ragioni speculative che potrebbero indurre chiunque all'acquisto di fondi produttivi. Nell'attribuzione della prelazione con retratto agrario, il legislatore si attiene a quella logica tipica dei fenomeni di prelazione legale, per cui il relativo diritto sorge in ragione di una qualità personale del soggetto che ne è beneficiario. Se è, allora, un incentivo a consolidare il rafforzamento della proprietà terriera agraria agli addetti del settore, lo si deve però ammettere soltanto in presenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, previsti dal legislatore, in questi termini Cass. 7 aprile 2015, n. 22887. Se è corretta, anzi costituzionalmente richiesta, una tutela preferenziale per i coltivatori, d'altra parte non sarebbe legittimo limitare eccessivamente la libertà negoziale dei privati, né ostacolare la circolazione di un bene produttivo, così aggravando la posizione del soggetto che intenda cederlo.

²⁰ CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 6; CARPINO, *Prelazione e riscatto di immobili urbani* (voce) in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, 4 ss.; FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, 21 ss.

così, la strada ad un eventuale giudizio di accertamento circa il perfezionato effetto traslativo.

Di contro, nel caso in cui si perfezioni una compravendita in spregio al diritto di prelazione, le vicende possibili si distinguono a seconda dell'atteggiamento che assume il terzo riscattato: *a)* Quest'ultimo può aderire non opponendosi all'esercizio del riscatto: in questo caso è necessario comprendere se l'adesione del terzo costituisce adempimento di un obbligo *ex lege* a contrarre, oppure una dichiarazione avente efficacia meramente ricognitiva dell'effetto traslativo; *b)* Viceversa, se il terzo acquirente si opporrà all'esercizio del riscatto verrà intrapreso il giudizio al fine di comporre la lite circa l'acquisto del diritto di proprietà sul bene; *c)* Tuttavia, il riscattante ben potrebbe instaurare direttamente il giudizio (e presumibilmente sarà nella pratica l'ipotesi più diffusa), laddove quest'ultimo farà valere il proprio diritto mediante domanda giudiziale. Si dovrà, allora, comprendere se la domanda giudiziale sia volta ad ottenere soltanto l'accertamento del già intervenuto trasferimento del diritto di proprietà, oppure se con la domanda giudiziale il riscattante chieda al giudice di disporre tale trasferimento. Questo sarà l'aspetto di maggiore interesse speculativo, poiché diverso sono le questioni interpretative che si pongono ad iniziare dalla controversa natura del giudizio instaurato, di quello che ne costituisce il *petitum* e di come si articola la traslativa soluzione giurisprudenziale dominante circa le modalità di produzione dell'effetto traslativo del diritto di proprietà.

Si pone un ulteriore profilo ricostruttivo problematico derivante da una peculiare previsione normativa, che si ritrova sempre all'art. 8 legge n. 590 del 1965, che pare introdurre una condizione all'efficacia traslativa della fattispecie acquisitiva.

Dispone, infatti, la citata norma che: *“in tutti i casi nei quali il pagamento del prezzo è differito il trasferimento della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento stesso entro il termine stabilito”*. Qualora il pagamento non sia contestuale all'esercizio del diritto di prelazione o di riscatto (ovvero nella stragrande maggioranza dei casi pratici, stante l'oggettiva difficoltà di un pagamento contestuale), solo da tale momento si perfezionerebbe l'acquisto avvenuto in forza dell'esercitato diritto, talché la dichiarazione unilaterale di riscatto (accompagnata o

meno dall'adesione del terzo acquirente), ovvero in alternativa la sentenza avrebbero solo un'efficacia preliminare o preparatoria dell'effetto acquisitivo.

Peraltro, è bene precisarlo fin da subito, la citata disposizione non è stata trasposta nella legge di interpretazione autentica n. 2 del 1979 con ciò ponendo l'ulteriore quesito interpretativo se essa trovi applicazione anche nelle ipotesi in cui l'acquisto della proprietà avvenga in via di riscatto²¹.

In questo composito quadro operativo, anche in vista dell'indagine sull'oggetto del giudizio di riscatto, conviene dapprima chiarire se il riscatto costituisca un diritto autonomo rispetto alla prelazione, oppure ne connoti una semplice modalità attuativa finalizzata alla produzione dell'effetto traslativo in favore del prelazionario pretermesso, per poi analizzare più da vicino la pur indiscussa componente potestativa che viene riconosciuta al riscatto, al precipuo fine di coglierne i risvolti processuali.

1.3. Il rapporto sostanziale sussistente fra la prelazione ed il retratto l'inquadramento del retratto quale diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale.

Nell'analizzare il dato sostanziale del riscatto agrario è indubbio almeno che la possibilità di riscattare il fondo agrario sorga solo allorquando sia stato violato da parte del soggetto alienante il diritto di prelazione. In questo senso, si noti che tanto i presupposti soggettivi, quanto quelli oggettivi necessari al coltivatore per perfezionare l'effetto acquisitivo del bene in via di riscatto coincidono con quelli previsti dalla legge per l'attribuzione del diritto di prelazione. Come già accennato, il dato normativo non specifica le modalità attuative per l'esercizio del riscatto, ma si limita a disporre che il titolare del diritto di prelazione, violata la preferenza nell'acquisto in proprio favore, può riscattare il bene. Dunque, è l'avvenuta conclusione del contratto di compravendita c.d. *irrequisito domino* il fondamentale spartiacque tra la possibilità di perfezionare la fattispecie traslativa in via di

²¹ La giurisprudenza consolidata ritiene applicabile la *conditio juris* di cui al co. 8 citato nel testo, anche alla fattispecie di riscatto cfr. Cass. 31 maggio 2018, n. 13788; Cass. 2 marzo 2012, n. 3248, in *Dir. giur. agr. alim e ambiente*, 2013, 31, con nota di GUERRIERI, CIACERI, *Rifiuto di accettazione del pagamento offerta reale ex art. 1208 c.c.*; anche in GARBAGNATI, NICOLINI, CANTU', *Contratti e prelazione agraria. Aggiornamento 2020 con massime inedite*, Milano, 2020, 183 - 184; CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 342 ss. e Id., *Legge 8 gennaio 1979 n. 2* cit., 398 ss., I ritiene il richiamo superfluo; *contra* ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 171 ss.

prelazione e quella di riscattare il bene nei confronti del suo attuale acquirente (sia esso il primo acquirente, ovvero il successivo avente causa).

In tale ottica, il legislatore ha voluto garantire una particolare regime di circolazione del diritto di proprietà sui fondi rustici, basato sulla preferenza accordata a quei soggetti esercenti l'attività agricola, che potessero vantare una particolare relazione qualificata con il trasferendo bene: il contratto di affitto avente ad oggetto il fondo rustico nel caso di prelazione dell'affittuario coltivatore; il rapporto di contiguità fra i fondi preordinato all'ampliamento dell'impresa agricola nell'ipotesi di prelazione del confinante proprietario coltivatore²². Garanzia, quella accennata, particolarmente invasiva se posta a confronto con il generale principio di libertà dei traffici²³, poiché non si sostanzia soltanto nel riconoscimento di una tutela all'acquisto preventiva rispetto al trasferimento del bene, ma anche funzionale a riconoscere al preferito pretermesso il potere di conseguire il diritto di proprietà sullo stesso bene, attraverso, appunto, l'esercizio del retratto.

L'accennata coincidenza di presupposti e di interessi sottesi all'attribuzione di quelli che la tradizione ha qualificato come due diritti fra loro autonomi²⁴, l'uno preordinato alla conclusione di un contratto traslativo di un diritto reale²⁵, l'altro

²² Per i riferimenti si veda CASAROTTO, *La prelazione agraria*, in COSTATO, GERMANO', ROOK BASILE (diretto da) *Trattato cit.*, 497 ss.

²³ Cfr. l'orientamento giurisprudenziale che ritiene come la valutazione dei presupposti circa la sussistenza in capo al coltivatore del diritto di prelazione e riscatto deve svolgersi secondo criteri rigorosi stante il vincolo che la citata situazione giuridica determina per quanto riguarda la libertà dei traffici e la circolazione della ricchezza Cfr. Cass. 25 marzo 2016, n. 5952; Cass. 14 marzo 2013, n. 6572 che esclude l'interpretazione estensiva del concetto di fondo rustico previsto dalla legge n. 590 del 1965; Cass. 17 dicembre 1999, n. 14240, conforma Cass. 26 marzo 1999, n. 289, si veda già Cass. 10 febbraio 1987, n. 1433 che ancora una volta esclude l'interpretazione estensiva della disciplina in materia di prelazione, poiché si tratta di un diritto che limita le facoltà dispositive del proprietario dell'immobile.

²⁴ D'ORAZI, *La prelazione cit.*, 175 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo cit.*, 35 ss.

²⁵ Se per quanto riguarda il riscatto, al netto delle differenze che a breve si indagheranno, sussiste almeno una certa coesione in dottrina circa la propria natura potestativa lo stesso non vale per il diritto di prelazione. Sussistono, infatti, ricostruzioni che individuano nella prelazione un diritto reale, da inserirsi nella particolare categoria dei diritti reali all'acquisto, a cui si contrappongono quelle dottrine che vi intravedono un diritto relativo tendente alla conclusione di un contratto. Ora, non è forse compito del presente studio dirimere una controversia dai connotati tutti civilistici, ma d'altra parte soltanto cercando di cogliere quali sono i profili ricostruttivi del diritto di prelazione si potrà efficacemente risolvere il problema dell'oggetto del processo, che il prelazionario pretermesso instauri per realizzare la tutela del proprio interesse all'acquisto. La dottrina classica ritiene che la prelazione debba essere definita quale diritto relativo teso alla conclusione di un contratto, normalmente traslativo del diritto di proprietà, che nelle ipotesi previste dalla legge viene *rafforzato* dalla presenza del retratto Cfr. GHIDONI, *Le vicende del diritto di prelazione*, Padova, 2015., 71. A questo autore si deve, peraltro, un'efficace sintesi delle posizioni dottrinali in materia di diritto di prelazione, in particolare viene sottolineata l'eterogeneità delle ipotesi di prelazione, così come

attribuite dalla legge, tale per cui risulta arduo il compito di ricostruire in una categoria unitaria il diritto medesimo, *Id.*, 74. Su questa via tradizionale si noti come già la dottrina più risalente aveva individuato nella dialettica fra il diritto di prelazione e il retratto un rapporto avente natura obbligatoria, che ha per oggetto l'obbligazione di preferire, limitativa della libera trasferibilità del bene ed assimilabile ad un limite del potere di disposizione D'ORAZI, *Della prelazione* cit., 123 ss, 171 ss. Anche CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, 86, definisce il *ius prelationis* come vincolo alla libera facoltà di disposizione sui beni di proprietà del soggetto passivo. Di diverso avviso è quel filone dottrinale che intravede nel diritto di prelazione un diritto potestativo attribuito al preferito che in base ad una manifestazione unilaterale di volontà può determinare la modifica della realtà sostanziale, perfezionando in suo favore il contratto traslativo della proprietà, alle stesse condizioni previste dall'alienante nella c.d. *denuntiatio* Cfr. fra i primi autori a sostenere la natura potestativa del diritto di prelazione, GIONFRIDA, *Prelazione e riscatto del concedente ed affrancazione del fondo enfiteutico*, in *Circolo giur.*, Palermo, 1947, 106 ss., in sostanziale adesione PULEO, *I diritti potestativi* cit., 215 ss. In giurisprudenza ancora in tempi relativamente recenti, la Suprema Corte ha riconosciuto la natura potestativa al diritto di prelazione cfr. ancorché in un *obiter* Cass. Sez. un. 26 aprile 2012 6493; Cass. 17 novembre 1999, n. 12755, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2000, 245 ss. con nota di CARMIGNANI, *Prelazione del confinante e rapporto pertinenziale*. Si de ve, tuttavia, precisare che la tesi sopra ricordata focalizza la propria attenzione (come si dirà fra poco nel testo) più che sul diritto di prelazione su quello succedaneo del riscatto, confermando una tendenza, comune a diversi studiosi, che si sono dedicati allo studio della prelazione reale. Una terza tesi, invece, definisce il diritto di prelazione come un diritto legale a contrarre (contrapposto all'obbligo di preferire, gravante su chi intende alienare), assistito dalla possibilità di ristabilire l'assetto di interessi violato, tramite il rimedio specifico accordato dal legislatore in favore del preferito. In questi termini in giurisprudenza Cass. 15 febbraio 2007, n. 3465 ed in dottrina si veda BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 254. Per una critica generale alla tesi circa la stessa coerenza di una generica figura di obbligo legale a contrarre cfr. CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 42 ss. Si veda anche *infra* nel testo. L'aspetto comune a queste ricostruzioni si nota proprio nel sottolineare la natura obbligatoria del diritto di prelazione, che determina in capo al soggetto passivo il sorgere di un obbligo di preferire nel trasferimento del diritto di proprietà un altro soggetto, in base alla determinazione della legge. Tale impostazione cerca di fornire una comune radice logico - giustificativa alle due tipologie di prelazione, quella legale e quella volontaria. Ad un'identica struttura sostanziale corrisponde un diverso regime di opponibilità della violazione della preferenza, in quanto la seconda vincola solo le parti del negozio che la prevede, cosicché la violazione dell'obbligo di preferire resta inopponibile al terzo il quale abbia acquistato il diritto in violazione del vincolo prelatizio; l'unica tutela che la parte beneficiaria della prelazione potrà invocare è quella risarcitoria. Mentre, nella prelazione legale il beneficiario potrà ottenere il trasferimento coattivo del diritto ceduto in spregio al diritto di prelazione stante la previsione del retratto, esercitabile anche nei confronti del terzo acquirente, ovvero dei suoi successivi aventi causa. Per i profili relativi alla prelazione volontaria cfr. GABRIELLI, *Prelazione (patto di)* (voce), in *Enc. Giur. Treccani, Roma*, 2 ss. Così argomentando, negli studi in precedenza citati veniva individuata nella fattispecie prelatizia un rapporto di natura obbligatoria, in cui a fronte del diritto del preferito sussiste l'obbligo del proprietario di comunicare la proposta contrattuale di acquisto al primo, il quale può scegliere se acquistare o meno il bene. La violazione di tale obbligo determina il sorgere del diritto di ottenere il trasferimento della proprietà dai successivi acquirenti del bene oggetto di compravendita, a fronte dell'esercizio del retratto. Si noti, in particolare, CARPINO, *L'acquisto coattivo*, cit. 119 ss. il quale ritiene che la prelazione abbia in sé un connotato tipico di relatività, tale da inquadrarla non fra i diritti assoluti, bensì in quelli relativi. Precisa sempre l'autore che l'opponibilità tipica delle situazioni in cui si prevede che il diritto può essere fatto valere nei confronti di tutti quei soggetti che si trovano in una particolare situazione (proprietario del fondo servente, terzo acquirente in violazione della prelazione, proprietario del fondo contiguo a quello su cui è stato edificato il muro a confine), ad avviso dell'autore, però, l'opponibilità del diritto nei confronti di determinati terzi non incide sulla struttura del rapporto, essendone una caratteristica esterna. L'autore puntualizza chiaramente come l'opponibilità non coincida con l'esercizio del diritto, ma indica semplicemente *un modo di essere di una determinata situazione giuridica* (*Id.*, *Op. ult.* cit. 121). Altra dottrina ha, invece, ritenuto di prospettare una diversa ipotesi ricostruttiva, basata sull'unitarietà della situazione giuridica soggettiva della prelazione reale, in tale impostazione il riscatto sarebbe soltanto una modalità attuativa dell'unico diritto di prelazione. La tesi accennata ricostruisce la prelazione

finalizzato al riacquisto del trasferito diritto reale, ne ha suggerito una trattazione unitaria dal punto di vista sostanziale, specialmente all'indomani dell'introduzione delle ipotesi di prelazione extra-codicistiche, sintomo dello stretto legame intercorrente fra le due situazioni giuridiche²⁶.

Si rivela necessario mettere in luce questo legame sussistente sul piano sostanziale, poiché risulterà interessante notare come tale vincolo si ritrovi costantemente nella speculazione dogmatica della figura del diritto potestativo²⁷.

Nel ripercorrere anche criticamente le variegate ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali in ordine ai nessi tra prelazione e riscatto, si ribadisce però fin da subito che il dato normativo in materia di riscatto è tanto scarno da non favorire lineari esegesi letterali.

Si è, infatti, appena sopra ricordato che la legge n. 590 del 1965 all'art. 8 si limita a disporre che il prelazionario pretermesso *può riscattare il bene dall'acquirente e da ogni successivo avente causa*, entro un anno dalla trascrizione dell'atto d'acquisto. Anche la successiva legge di interpretazione autentica n. 2 del

come un particolare diritto reale, appartenente alla sottocategoria dei diritti reali all'acquisto, che si tradurrebbe quale diritto del soggetto preferito di acquisire il diritto di proprietà nei confronti del soggetto che attualmente risulti essere il proprietario, così argomentando tanto l'accettazione della proposta contrattuale, quanto l'esercizio del retratto mirano alla realizzazione dell'unico interesse che si è visto essere tutelato dalla fattispecie prelatizia, ovvero il trasferimento del diritto di proprietà cfr. CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 200. Come si noterà anche nel prosieguo e fermo restando quanto qui sopra appena ricordato circa le possibili definizioni del diritto di prelazione, risulterà spesso che i profili ricostruttivi della prelazione, da un lato e del retratto, dall'altro, verranno esaminati congiuntamente, poiché tanto più si indaga la materia, quanto maggiormente emerge come innegabile uno stretto nesso funzionale fra il retratto e la prelazione, in quanto il secondo trova la propria ragione giustificativa nella intervenuta violazione della prima e ne condivide quelli che sono i presupposti oggettivi e soggettivi. Tale rilevanza degli aspetti comuni ci farà propendere, lo si dichiara fin da subito, per quelle teoriche che ritengono unitaria la fattispecie in questione. In questo senso, la realtà della prelazione deriva dalla possibilità di ottenere il trasferimento del bene in capo al prelazionario anche nei confronti di soggetti diversi, rispetto al primo acquirente. Tuttavia, l'aspetto di realtà sembra essere accordato più che alla prelazione al suo rimedio, ovvero: l'ordinamento in caso di lesione della prelazione accorda una forma di tutela che può essere esercitata nei confronti di diversi soggetti, i quali si pongono nella particolare posizione di acquirente del bene. Come sottolineato ancora di recente cfr. GHIDONI, *Le vicende* cit., 72 ss., il dato che emerge in conformità anche ad un'analisi storica della ricostruzione ermeneutica della struttura del diritto di prelazione è che tale diritto sia essenzialmente preordinato all'acquisto del diritto di proprietà, in cui la produzione dell'effetto traslativo può avvenire secondo le due citate modalità, dell'accettazione della proposta, ovvero del riscatto.

²⁶ Si veda come non è raro imbattersi in trattazioni attinenti al diritto di prelazione che sconfinano quasi interamente all'analisi del retratto cfr. MOSCARINI, *Prelazione* (voce) cit., 984 ss.

²⁷ Circa la rilevanza della relazione sostanziale preesistente nell'individuazione dei connotati fondamentali delle situazioni giuridiche potestative sia per ora sufficiente rinviare a CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 97 ss. e più di recente MURONI, *L'azione ex art. 2932. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, 136 si vedano anche le osservazioni di MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 23 ss.

1979 non offre referenti normativi chiari in ordine alla fattispecie acquisitiva in via di riscatto (anzi, semmai ne complica la ricostruzione sistematica, come già accennato), limitandosi ad indicare a decorrere da quali momenti risulterà dovuto il pagamento del prezzo d'acquisto.

Nel frastagliato quadro normativo, un primo filone interpretativo definisce il retratto quale diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale che sorge dalla violazione del diritto-presupposto di prelazione ed il suo esercizio determina la sostituzione con efficacia retroattiva del riscattante nella posizione contrattuale del (primo) terzo acquirente²⁸. In seno a questa impostazione, il contratto traslativo concluso in spregio alla prelazione resta efficace e la dichiarazione unilaterale del riscattante determina la sola modificazione soggettiva del rapporto contrattuale instaurato: il retrattante acquista il diritto di proprietà sul bene compravenduto come se gli fosse stato riconosciuto il diritto di prelazione alle medesime condizioni del terzo acquirente, risultando, peraltro, irrilevanti gli eventuali ulteriori trasferimenti posti in essere dall'acquirente, così come la modifica delle condizioni contrattuali (prezzo in particolare), eventualmente stabilite in atti traslativi diversi e successivi al primo tra le parti originarie²⁹. Pur criticata da diversi autori per i profili di eccessiva artificiosità e per la scarsa aderenza al dato normativo³⁰, la tesi qui esposta ha però da

²⁸ La tesi risale all'ANDREOLI, *Il retratto successorio*, in *Studi Senesi*, vol. LX, 1946-1948, 220; GABRIELLI, *Diritti di riscatto attribuiti dalla legge pubblicità immobiliare dell'atto di esercizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 699 e Id. *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 155 ss. testo e note; si veda per gli opportuni riferimenti di recente TOMMASINI, *Esercizio del riscatto agrario e risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, 326 ss. Per l'origine storica sia dottrinale che giurisprudenziale di questa tesi risalente alla tradizione francese dei retratti si veda CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 108 ss.; più di recente Id. *Persistenti incertezze e pervicaci fallace in tema di prelazione reale*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 477 ss. Una nota di natura storica: la tesi qui criticata emerse nella letteratura giuridica francese, nelle ipotesi di c.d. retratto puro, ossia sprovvisto dell'antecedente previsione prelazia. Con l'introduzione del diritto di prelazione assistita dall'efficacia reale, gli interpreti hanno iniziato a traslare questa ipotesi ricostruttiva per giustificare l'operatività del moderno retratto, senza riscontrare eccessivi ostacoli, specialmente nel dato normativo, il quale non appariva ostativa (come oggi non lo appare, d'altra parte alla giurisprudenza di legittimità) alla tesi in parola. Tuttavia, si deve notare come nell'ordinamento francese tale sostituzione non abbia luogo in modo pieno ed assoluto, in quanto il contratto di compravendita mantiene sempre i suoi effetti nei rapporti interni tra alienante ed acquirente, ed il retrattante rimane legato all'alienante da un autonomo rapporto, la cui sostituzione al precedente attiene unicamente alla definizione dei rapporti tra il retrattato ed il retraente si veda TALLON in *Enc. Dalloz. Rep. dr. civ. t. IV*, Paris, 1954, (voce) *Retrait* e, inoltre, POTHIER in *Trait* cit. in CASAROTTO, *La prelazione* cit., 107 e ss. (ove anche per l'ulteriore bibliografia).

²⁹ Cfr. ancora TOMMASINI, *Esercizio del riscatto* cit., 342 ss.

³⁰ Critiche da CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 15 ss., Id. *Prelazione e riscatto. Immobili urbani* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, 5 ss., e da CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 117, Id. *La prelazione agraria* cit., 570 ss.; Id., *Persistenti incertezze* cit., 471 ss.

tempo risalente ottenuto il plauso della giurisprudenza costante³¹ risultando quasi *diritto vivente*³² nell'esperienza applicativa.

Non è questa ancora la sede per assumere una posizione critica o meno alla prospettazione teorica in parola³³, quello che rileva ai nostri fini per ora è l'affiorare in seno alla tesi in esame di un rapporto unitario tra la prelazione ed il riscatto, in cui quest'ultimo individua una posizione giuridica di potere di surroga del prelazionario che viene esercitato attraverso una dichiarazione unilaterale di quest'ultimo, da sola sufficiente a determinare l'effetto modificativo sostanziale, ovvero l'acquisto da parte del riscattante della qualità di acquirente del diritto di proprietà sul bene e ovviamente *ex contractu*, in alternativa al perfezionamento "fisiologico" della fattispecie acquisitiva attraverso la notifica della c.d. *denuntiatio* e la successiva accettazione della medesima.

Una seconda tesi dottrinale, che ai fini meramente classificatori si può definire bipartita, assume invece che prelazione e retratto individuino due rapporti sostanziali fra loro distinti ed autonomi sulla base della diversità degli interessi tutelati dalle due fattispecie³⁴. La prelazione, che vede come parti del rapporto sostanziale il prelazionario ed il soggetto cedente sarebbe posta a presidio di un interesse "generico" del primo ad essere preferito nell'acquisto del diritto dominicale e che trova la propria forma di tutela nella generale sanzione risarcitoria avverso la violazione del correlativo obbligo del cedente; a sua volta, il retratto sarebbe posto a presidio dell'interesse "specifico" ad acquistare il diritto di proprietà su quel determinato bene, per il quale non è stato possibile l'acquisto in via preferenziale³⁵. Secondo questa tesi, non sussiste identità nemmeno fra i soggetti del rapporto di retratto rispetto a quello di prelazione, poiché non sarebbe il cedente parte sostanziale

³¹ Cfr. *ex multis* Cass., 2 marzo 2012, n. 3248; Cass. sez. Un. 22 aprile 2010, n. 9523, ancora Cass. 28 giugno 2011, n. 14257 (quest'ultima pronuncia afferma che la tesi della surrogazione retroattiva è condivisa anche in dottrina) Cass. 8 giugno 2007, n. 13387; Cass. 17 ottobre 2003; Cass. 27 gennaio 1999, n. 723, per i precedenti anche più risalenti si veda CORSARO, *Prelazione e riscatto I, fondi rustici*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 12 ss.

³² Cfr. GABRIELLI, *Diritti di riscatto* cit., 699.

³³ Cfr. quanto si dirà nel prosieguo cfr. Cap. III, par. 3.1.

³⁴ Il riferimento è alla tesi di CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 32 ss.

³⁵ Cfr. ancora CARPINO, *La prelazione nell'acquisto* cit., 421 ss.; Id., *Prelazione e riscatto* (voce) cit., 5 ss.

del rapporto, bensì il terzo acquirente, unico soggetto nei confronti del quale il retratto deve essere esercitato³⁶.

Il corollario importante di questa tesi è quello di individuare nel riscatto un'*indole potestativa*, ma al contempo con caratteristiche tali da far sì che la peculiarità di tale posizione giuridica potestativa ne suggerisca una qualificazione dogmatica autonoma, riconducibile alle fattispecie acquisitive dei diritti reali in via coattiva, i cui tratti fondamentali si dovrebbero cogliere nella "ambulatorietà passiva" riconosciuta dalla legge alle diverse ipotesi di retratto (requisito fondamentale per la realtà della prelazione), unita alla possibilità di produrre l'effetto traslativo attraverso una mera dichiarazione unilaterale³⁷. La ricostruzione in parola, che valorizza la perfetta autonomia dei due rapporti sostanziali e degli interessi ad essi sottesi, ha però incontrato la critica di altra dottrina³⁸, là dove il sostenitore della prima è comunque costretto ad ammettere che il retratto si ponga come mera situazione giuridica eventuale rispetto alla prelazione. Se infatti l'esistenza del riscatto viene esclusa qualora l'interesse tutelato dalla norma sulla prelazione si sia realizzato attraverso la comunicazione da parte del cedente della proposta di vendita, non è dato comprendere come vi possano essere due interessi distinti, fondativi di due autonome situazioni giuridiche, laddove il soddisfacimento dell'uno esclude il sorgere dell'altro. È stato per tale via obiettato che la tesi in parola è costretta in modo contraddittorio ad ammettere la natura secondaria oltreché accessoria del riscatto rispetto alla prelazione. Questo nesso di dipendenza e di

³⁶ Cfr. CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 39 ss. e successivamente 148 e ss., che trae il corollario secondo cui l'acquisto della proprietà da parte del riscattante non si perfeziona attraverso una sostituzione con efficacia *ex tunc* del retraente nel contratto traslativo stipulato in violazione della prelazione, bensì con un acquisto da parte di quest'ultimo a titolo derivativo dal terzo acquirente retrattato. In questo senso, la tutela del riscattante contro eventuali limitazioni sopravvenute, rispetto al primo trasferimento, del diritto di proprietà sarebbe comunque garantita in base ai principi dell'acquisto c.d. derivativo - traslativo, ossia: il terzo sub-acquirente acquisterebbe un diritto di proprietà non perfettamente libero, poiché gravato dalla possibilità per il pretermesso nel rapporto di prelazione di riscattare la proprietà medesima; dunque il diritto di proprietà che si viene a trasferire di volta in volta è un diritto di proprietà che subisce le stesse *limitazioni* con le quali era stato acquistato, in violazione del rapporto di prelazione. Non secondarie risultano le conseguenze sul piano applicativo nel ritenere che l'esercizio del retratto produca effetto solo successivamente alla dichiarazione, senza che i relativi effetti retroagiscano al momento perfezionativo della compravendita, stipulata in spregio del diritto di prelazione. Si pensi all'ipotesi di prelazione attribuita in capo al conduttore: quest'ultimo sarà liberato dell'obbligazione di versare il canone di affitto in favore del terzo acquirente soltanto successivamente all'avvenuto esercizio del riscatto nelle forme previste dalla legge, senza la possibilità di pretendere la ripetizione di quanto versato precedentemente, nonostante la già perpetrata violazione della prelazione.

³⁷ Sempre CARPINO, *L'acquisto* cit., 145 ss.; Id. *La prelazione nell'acquisto* cit., 425 e 431.

³⁸ Cfr. CASAROTTO, *La prelazione* cit., 167.

accessorietà del riscatto rispetto alla prelazione deriverebbe proprio dalla incompatibilità dei rispettivi effetti: se viene adempiuto l'obbligo di preferire gravante sul soggetto cedente, viene a cadere la necessità di tutelare l'interesse "specifico", poiché lo stesso risulta già tutelato nella soddisfazione di quello "generico", fondativo del primo rapporto³⁹.

Non si ha né la pretesa né l'interesse di addentrarci in questo terreno sostanziale (sebbene già solo la distinzione tra interesse "generico" e interesse "specifico" non appaia in sé convincente). Piuttosto, merita solo di essere ancora evidenziato che anche chi ha mosso questa calibrata critica alla tesi "bipartita" confermi la natura potestativa del riscatto, il cui esercizio mediante la dichiarazione unilaterale del riscattante produce l'effetto acquisitivo del diritto dominicale e similmente recuperi la categoria speciale dei *diritti reali di acquisto* sia pur riferendola direttamente alla prelazione, secondo una logica che risolve in termini di stretta unitarietà le due posizioni giuridiche. Sul piano sostanziale, secondo questa ricostruzione, esisterebbe soltanto il diritto di prelazione, mentre il retratto ne costituirebbe una mera modalità attuativa: il legislatore avrebbe, cioè, attribuito al preferito soltanto il diritto di prelazione preordinato all'acquisto del diritto di proprietà e passibile di essere esercitato, a seconda del comportamento del soggetto alienante, in due modalità: o attraverso una dichiarazione unilaterale di accettazione della proposta notificata dal diligente venditore, oppure attraverso l'acquisto, sempre in forza di una dichiarazione unilaterale, direttamente dal terzo acquirente. Da qui la qualificazione del diritto di prelazione in termini di diritto reale all'acquisto⁴⁰, il cui

³⁹ Cfr. ancora CASAROTTO, *La prelazione* cit., 167., secondo cui la tesi dualista sopra ripercorsa, nell'ammettere in generale l'esperibilità della tutela anche risarcitoria, ritiene che risarcimento del danno e retratto costituiscano due forme di *tutela concorrente*, caratterizzate l'una dalla genericità e l'altra dalla specificità. Non è dato, allora, comprendere come la natura autonoma del retratto possa conciliarsi con l'accostamento dello stesso all'accennata natura di tutela, coordinata con quella risarcitoria. Il riscatto o è un diritto soggettivo, ovvero è una forma di tutela prevista a garanzia di una diversa posizione giuridica.

⁴⁰ Cfr. ancora CASAROTTO, *La prelazione* cit., 194 e ss., 205. testo e note, ritiene che la prelazione si debba considerare come un diritto reale (criticando quella tesi che individua i diritti reali in base ad un criterio contenutistico) riconducibile a quella categoria di origine germanica e pressoché sconosciuta nell'esperienza italiana dei diritti reali all'acquisto, che si caratterizzano per l'attribuzione di un potere unilaterale ad acquisire immediatamente la titolarità di un determinato bene. Ciò che accomuna il c.d. diritto reale all'acquisto ai diritti reali di garanzia è quel tipico rapporto di inerenza che gli stessi vantano nei confronti del bene (l'intuizione era già presente in D'ORAZI, *Della prelazione* cit. 175); il diritto di prelazione si distingue dalle altre ipotesi dei c.d. diritti reali di godimento, così come dalla stessa ipoteca, poiché non è previsto un particolare regime pubblicitario. Ciò che emerge, come si dirà anche più avanti nel testo è che accanto ad una componente reale quale

connotato fondamentale dovrebbe riconoscersi nel particolare vincolo di inerenza a cui resta assoggettato il bene trasferito, poiché il preferito resta nella possibilità di acquisire direttamente il bene compravenduto nei confronti di chi ne risulti attualmente il proprietario, sia esso l'originario acquirente, ovvero un successivo avente causa.

Nonostante le profonde differenze che la tesi ora esaminata presenta rispetto a quella, recepita dalla giurisprudenza, della surroga del preferito nel lato passivo del rapporto originario di compravendita e di quella bipartita appena prima ripercorsa, anche questa impostazione riconosce la natura potestativa della dichiarazione unilaterale del preferito.

Al contempo, è comune l'idea che l'esercizio del riscatto, a prescindere dalle differenti ricostruzioni dei suoi nessi con la prelazione, si esaurisca sul piano sostanziale, attraverso una dichiarazione unilaterale in sè necessaria e sufficiente alla produzione dell'effetto acquisitivo del diritto di proprietà. Si tratterebbe quindi di un vero e proprio diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale, se si riprende la già richiamata distinzione di matrice tedesca, senza che sia necessaria l'instaurazione del giudizio e la pronuncia di una sentenza che perfezioni la fattispecie acquisitiva. In sostanza, se sorge controversia in ordine al legittimo esercizio del riscatto, il riscattante non sarebbe titolare di un'azione costitutiva: diviene però allora necessario chiedersi quale natura abbia il processo nel quale il riscattante invoca la propria tutela, a fronte delle contestazioni del terzo acquirente, che nega la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del diritto.

Stante la ritenuta idoneità della semplice dichiarazione unilaterale a determinare il perfezionamento della fattispecie acquisitiva, il processo che definisce la controversia avrà natura di mero accertamento⁴¹.

l'inerenza al bene che giustificerebbe l'esercizio della prelazione anche nei confronti dei possibili aventi causa del primo acquirente, si accompagna una chiara indole potestativa del medesimo diritto, laddove emerge il connotato dell'idoneità del diritto a determinare l'immediato trasferimento del diritto di proprietà a seguito di una dichiarazione unilaterale. Alla fine, le differenze fra la tesi qui accennata e quella esposta appena sopra del CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 145 e ss., si risolvono in una diversa ricostruzione in chiave di autonomia, ovvero di accessorietà del riscatto, rispetto alla prelazione, ancorché le due posizioni soggettive condividono la natura tipicamente reale della situazione giuridica in capo al prelazionario.

⁴¹ Propende per la natura di accertamento della sentenza di riscatto agrario, NAPPI, *Tutela giurisdizionale e contratti agrari*, Padova, 1994, 257, si vedano anche i riferimenti ivi citati, nello stesso senso anche CASAROTTO, *La prelazione agraria*, in COSTATO, GERMANO', ROOK BASILE, *Trattato* cit., 583.

Il problema riguarda però l'individuazione dell'oggetto di tale processo, che viene risolto in maniera apparentemente sbrigativa dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui oggetto del processo sarebbe il riscatto stesso, inteso quale diritto potestativo⁴². E questo è un corollario comune anche alle altre tesi sopra riportate.

Senonché, in seno alla teoria della surroga, non è dato comprendere per quale ragione l'oggetto del giudizio non sia piuttosto il rapporto originario di compravendita, mentre con riferimento alle altre tesi, l'oggetto del giudizio di riscatto dovrebbe essere, piuttosto, il diritto di prelazione violato per la tesi cd. monista, ovvero l'autonomo diritto potestativo di retratto per la tesi cd. dualista. In questo contesto, oltretutto, ci si dovrebbe ancor prima interrogare sui limiti oggettivi della sentenza che accoglie la domanda di riscatto, il cui accertamento, a rigore, dovrebbe cadere semmai ed *in primis* sull'effetto traslativo reale, fino al quel momento controverso, che si è prodotto per effetto dell'esercizio stragiudiziale del retratto⁴³. Il giudicato sostanziale di riscatto certamente rende incontrovertibile il trasferimento del diritto di proprietà. Diventerà allora fondamentale indagare l'oggetto del giudizio di riscatto, anche per poter coglierne i limiti oggettivi⁴⁴.

Per ora basti rilevare che se davvero il legislatore ha ricostruito il riscatto in termini di diritto potestativo ad esercizio stragiudiziale, l'accertamento a cui tende il processo introdotto con la domanda di riscatto avrà per oggetto non la sussistenza o meno della situazione giuridica c.d. intermedia, bensì quella finale, attinente all'intervenuta modifica sostanziale determinata dall'esercizio del riscatto⁴⁵.

⁴² Cfr. di recente Cass. 26 settembre 2016, n. 18778.

⁴³ Cfr. per spunti in tal senso, CONSOLO, *Spiegazioni* cit., I, 34 e Id. *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, II, *Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1991, 593 ss., con riferimento alla tutela di mero accertamento del rapporto giuridico nella sua attuale configurazione nei casi di contestazione del legittimo esercizio dei poteri cd. formativi, quale per es. *jus variandi* del datore di lavoro.

⁴⁴ Il discorso resta invariato, allorché il riscatto viene esercitato attraverso la domanda giudiziale, alla quale andrebbe riconosciuta una doppia funzione: quella sua propria di rendere pendente il processo e quella di costituire contemporaneamente l'atto di esercizio del riscatto, il cui effetto si produce nel momento in cui il riscattato giunge a conoscenza dell'avvenuto esercizio. Ricorda infatti la dottrina che, affinché sia efficacemente esercitato il riscatto attraverso l'atto giudiziario, è necessario che dal medesimo risulti una formale dichiarazione attraverso la quale il postulante dichiara in maniera espressa di esercitare il riscatto, invocandone gli effetti. Cfr. ORIANI, *Diritti Potestativi* cit., 74 testo e note, sulla questione si tornerà ampiamente *infra*, Cap. II, par. 2.5, pp. 85 ss.

⁴⁵ In questo senso MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 404 con specifico riferimento al potere sostanziale di riscatto, 616.

1.4. La tesi minoritaria del retratto quale potere processuale.

Per quanto fin qui ora ricordato, la speculazione dogmatica assolutamente dominante ammette la natura stragiudiziale del riscatto, riconducendolo, appunto, alla categoria dei diritti potestativi c.d. sostanziali.

Tuttavia, ancorché minoritaria si è profilata in dottrina anche una ricostruzione del riscatto in chiave di situazione giuridica ad esercizio processuale, laddove l'effetto traslativo del diritto reale dal terzo acquirente in favore del riscattante si produce soltanto in forza di un'iniziativa giudiziaria del riscattante.

La prospettiva ricordata risulta essere di matrice solo dottrinale, di cui non è dato riconoscere adesione in giurisprudenza⁴⁶, secondo cui il retratto costituisce la specifica sanzione avverso l'inadempimento da parte dell'alienante dell'obbligo di preferire il prelazionario nell'acquisto del diritto di proprietà⁴⁷. Nell'ipotesi *de qua* l'ordinamento ha previsto una forma particolare ed esclusiva di reazione contro la violazione del diritto di prelazione, in sostituzione rispetto al generale rimedio risarcitorio: grazie al riscatto, da un lato il preferito viene tutelato in forma specifica con la possibilità di addivenire all'acquisto del bene, dall'altra prospettiva il legislatore ha inteso comminare una sanzione non risarcitoria, contro l'inadempimento dell'obbligo di preferire.

⁴⁶ A quanto consta l'unico precedente contrario che ammette la natura costitutiva dell'azione di retratto lo si ritrova riportato da ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 75, nota 109 e ss. in Cass. 20 gennaio 1979, n. 449, laddove si ammette la necessità di esercitare il riscatto in via giudiziale, configurando in questi termini un'ipotesi di azione costitutiva, per cui solo la sentenza sarebbe in grado di determinare l'effetto traslativo della proprietà.

⁴⁷ Tesi che risale a PULEO, *I diritti potestativi* cit., 213 ss. ed ancora con specifico riferimento all'ipotesi di retratto successorio a GIONFRIDA, *Prelazione e riscatto* cit., 106. In particolare, al primo studioso si deve la ricostruzione in chiave unitaria del diritto di prelazione ad efficacia legale, di cui il retratto risulterebbe costituire soltanto una modalità di sanzione in via potestativa avverso l'inadempimento, ciò per cui il retratto non sarebbe altro che lo stesso diritto di prelazione, esercitato in via potestativa cfr. sempre PULEO, *Op. ult.* cit., 229. Questa impostazione risente dell'idea che il diritto di prelazione costituisca un obbligo a contrarre gravante sull'alienante nel momento in cui intende procedere alla vendita del bene determinato, alla violazione di tale obbligo, anziché corrispondere la normale sanzione risarcitoria, consegue una particolare e specifica sanzione corrispondente all'esercizio del riscatto, al quale il legislatore avrebbe eccezionalmente attribuito funzione sostitutiva dell'ordinaria azione personale di risarcimento dei danni, Cfr. per una critica CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 146 ss. Deve, tuttavia, essere precisato come questa tesi si è diffusa nell'ordinamento italiano in un periodo avanti ad una realtà ancora acerba a quelli che furono gli sviluppi del diritto di prelazione negli anni successivi alla codificazione, in particolare gli ultimi anni '60 e gli anni '70 del secolo scorso. Gli unici dati normativi su cui gli studiosi potevano basarsi erano le ipotesi del retratto successorio e di quello enfiteutico, figure che come sopra ricordato trovavano le loro radici nel diritto medievale e legati ad una tradizione diversa rispetto alle ipotesi di riscatto agrario.

Il fatto di intravedere nella preferenza accordata dalla legge al prelazionario un diritto alla conclusione di un contratto traslativo, a cui corrisponderebbe un obbligo a contrarre gravante sul venditore fa sì che, una volta inadempito l'obbligo a contrarre, sorge in favore del coltivatore il diritto potestativo ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo violato, al pari di quanto la disciplina civilistica prevede per tutelare la parte che ha interesse alla conclusione del contratto definitivo, avverso il preliminare rimasto inadempito, secondo il disposto dell'art. 2932 c.c. Di conseguenza, se il retratto costituisce una forma di esecuzione specifica del mancato adempimento del diritto di prelazione, il proprio esercizio deve essere mediato da una sentenza, che avrebbe natura costitutiva, poiché solo il provvedimento giudiziale sarebbe idoneo a determinare l'effetto traslativo del diritto di proprietà in favore del riscattante⁴⁸. Ricostruito il riscatto in termini di esecuzione in forma specifica, il legislatore avrebbe costruito la fattispecie traslativa in esame attorno all'ipotesi di un diritto potestativo ad esercizio giudiziario, in cui perfezionato l'effetto traslativo senza il rispetto della preferenza accordata, al pretermesso è riconosciuto il potere di chiedere all'autorità giudiziaria la pronuncia del provvedimento modificativo della realtà sostanziale in proprio favore, a componimento di quella c.d. crisi di collaborazione fra le parti private che ha, appunto, impedito il perfezionamento sul piano sostanziale della fattispecie⁴⁹. Rispetto all'ipotesi tipica di sentenza c.d. di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre *ex art. 2932 c.c.* l'ipotesi del riscatto presuppone che il relativo diritto venga esercitato non nei confronti di quella che doveva risultare la parte contrattuale in base al violato diritto di prelazione, bensì nei confronti di un soggetto terzo, estraneo al vincolo prelatizio.

⁴⁸ Questa è la soluzione a cui giunge ALESSI, *Prelazione e retratto* cit., 427 ss. Per l'inquadramento dell'azione di riscatto quale ipotesi di sentenza costitutiva si veda quanto sostiene ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 80 laddove emerge che vi furono in giurisprudenza, all'indomani dell'introduzione delle ipotesi codicistiche di riscatto da parte del concedente del fondo enfiteutico, alcuni precedenti giurisprudenziali che riconobbero la natura costitutiva della sentenza di retratto.

⁴⁹ Con riferimento alla crisi di collaborazione quali situazione sostanziale legittimante l'attribuzione del c.d. diritto potestativo ad esercizio giudiziale cfr. PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 172 ss., tuttavia, l'autore dubita che tali sentenze possano essere ricondotte alla categoria delle sentenze costitutive, poiché si connotano per una natura attuativo - esecutiva della mancata prestazione del consenso da parte di colui che secondo la disciplina sostanziale ne sarebbe stato obbligato. Si veda, invece, per la natura costitutiva dell'azione 2932 c.c., CONSOLO, *Spiegazioni* cit., I, 37 ss. e di recente MURONI, *L'azione* cit., 195 ss.

1.5. Spunti di indagine.

L'analisi delle diverse prospettive ricostruttive sopra analizzate in ordine al riscatto ed al suo rapporto con la prelazione ha dato evidenza di tre rilievi fondamentali per lo sviluppo dell'indagine sull'azione di riscatto e sull'oggetto del relativo giudizio.

In primo luogo, a prescindere dal suo esercizio stragiudiziale o giudiziale, il riscatto viene comunque *de plano* ricondotto alla tradizionale categoria dogmatica dei diritti potestativi; anche in seno alla teorie che collocano tale figura nella distinta categoria dei diritti reali all'acquisto (sia esso il retratto, ovvero in termini di unitarietà della fattispecie il diritto di prelazione) si è comunque riconosciuta l'*indole potestativa* del riscatto (ovvero della modalità di esercizio dell'unico diritto di prelazione).

Inoltre, in tutte le prospettive ermeneutiche ricordate l'indagine sul fenomeno del retratto si è concentrata sulla particolare relazione sostanziale sussistente con il diritto di prelazione, la cui violazione costituisce il presupposto per il sorgere del retratto, il quale mira a ristabilire l'assetto di interessi leso dal trasferimento del diritto di proprietà *irrequisito domino*: il riscatto appare una situazione giuridica strumentale, per quanto diversamente qualificata - rispetto alla prelazione e preordinata a garantirne l'effettività. L'intensità dell'accennato vincolo è tale da non far sembrare azzardato definire il rapporto sussistente tra retratto e prelazione in termini di "binomio necessario": il riscatto attribuisce al diritto di prelazione quel connotato di realtà tipico delle c.d. prelazioni legali ed in pari tempo, solo al titolare della prelazione è concesso di riscattare il bene nei confronti del soggetto che ha acquistato la proprietà in forza di un atto di alienazione a titolo oneroso, in violazione della preferenza riconosciuta *ex lege*.

D'altra parte, anche la giurisprudenza, pur ancorata alla tradizione impostazione sopra ricordata della surrogazione retroattiva⁵⁰, è giunta a ritenere che prelazione e riscatto siano "*in fondo due facce della stessa medaglia*"⁵¹, poste a tutela di un medesimo interesse: l'acquisto in via di preferenza del diritto di proprietà da parte di un soggetto predeterminato, che vanta un particolare rapporto qualificato nei

⁵⁰ Cfr. la giurisprudenza già citata in precedenza nota n. 31.

⁵¹ Cass. 17 aprile 2013, n. 9238, in GARBAGNATI, NICOLINI, CANTU', *Contratti cit.*, 187.

confronti del trasferendo bene. Secondo quanto disposto dalla legge, questo acquisto può perfezionarsi con due modalità diverse, ma equivalenti sotto il profilo dell'effetto: l'accettazione di una proposta comunicata da parte del venditore, ovvero l'esercizio di un diritto in grado di modificare la situazione preesistente, tale da consentire il riacquisto del diritto di proprietà sul bene trasferito, in assenza della riconosciuta preferenza. È significativo del resto come nella prassi si è soliti a definire l'esercizio del riscatto come "azione" di riscatto (o azione di retratto) a testimonianza del diffuso sentimento pratico della dimensione dinamica del riscatto, rispetto a quella più statica del diritto di prelazione⁵².

Il terzo aspetto da mettere in luce riguarda proprio il vincolo di inerenza che grava sul bene trasferito, tale da consentire l'esercizio del riscatto anche nei confronti dei terzi aventi causa del primo acquirente.

In sintesi, l'indole potestativa del riscatto, la sua relazione con il preesistente diritto di prelazione ed il vincolo di inerenza che grava sul bene sono gli elementi che consentono di proseguire con l'indagine sull'oggetto del giudizio di riscatto, che esige di capire la natura del riscatto. Si dovrà in particolare tener conto degli approdi della dottrina soprattutto processuale, notoriamente divisa tra coloro che ritengono che i diritti potestativi siano meri poteri strumentali ad un preesistente rapporto giuridico sostanziale e coloro che, sulla scia della dottrina classica, ancor oggi ne difendono la natura di situazioni giuridiche sostanziali "piene" e come tali destinati ad essere tutelati in sede giurisdizionale.

1.6. Il riscatto quale archetipo del diritto potestativo e il confronto con le altre situazioni giuridiche potestative costitutive di diritti reali.

Nelle pagine precedenti è emerso che nell'attribuire al soggetto coltivatore del fondo il diritto di poter riscattare il bene, qualora quest'ultimo sia stato trasferito a terzi senza l'osservanza del diritto di prelazione, il legislatore ha inteso attribuire una particolare garanzia che si concretizza nella possibilità di riacquistare il bene, nonostante l'intervenuto trasferimento.

⁵² Il termine azione di retratto è invalso in dottrina, Cfr. *ex multis* GERMANO², *Appunti sull'azione di retratto*, in *Giur. agr. It.*, 1976, 476 ss. FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionata ad eventi successivi alla sua pronuncia*, in *Studi in onore di Colesanti*, Napoli, 2009, 574.

Ebbene, la qualificazione del riscatto in termini di diritto potestativo inevitabilmente involge la questione di fondo sottesa alle situazioni giuridiche potestative in generale, laddove da più parti ne è stata negata la natura di diritti soggettivi, per inquadrarli quali semplici poteri (sostanziali o processuali), se non addirittura come semplici facoltà.⁵³

Senza ripercorrere l'importante dibattito dottrinale ormai centenario, ai fini che qui interessano è rilevante lo studio di quelle situazioni sostanziali definite in origine *facoltà acquisitive*: ovvero quelle potestà volte a realizzare l'acquisto di un altro diritto, reale e non, in via unilaterale che, a quanto consta, risultavano comuni tanto nell'esperienza italiana, quanto in quella tedesca⁵⁴, fra le quali accanto al diritto di espropriazione, vi era fatto rientrare anche il retratto. Esse costituiscono la figura primigenia di diritti potestativi, della cui natura quali diritti soggettivi pieni ovvero quali meri poteri la dottrina dibatte da ormai un secolo⁵⁵.

⁵³La situazione giuridica potestativa, come noto, è una categoria dogmatica non indigena dell'esperienza italiana, bensì conosciuta dalla dottrina tedesca, che sentì il bisogno di inquadrare in una categoria unitaria quei particolari poteri, il cui esercizio determina la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto sostanziale, senza la necessità del previo consenso dell'altra parte, così attribuendo al beneficiario una particolare situazione di vantaggio, rispetto al soggetto passivo, il quale è costretto a subire gli effetti dell'esercizio di tale potere, potendone contestare tutt'al più la sussistenza dei presupposti. Cfr. già CHIOVENDA, *L'azione* cit., 107 ss.; MENCHINI, *I limiti* cit., 147; più di recente MOTTO, *Poteri sostanziali* cit. 10 ss.

⁵⁴ Il riferimento risale all'ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1889, 600 ss., in CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 70. Egli riconosce nelle facoltà acquisitive una connotazione del tutto particolare tale per cui le stesse non potevano essere inquadrare nelle due categorie in cui tradizionalmente venivano ricondotti i diritti soggettivi, ovvero i diritti reali, da un lato e i diritti di credito dall'altro. Dalle specifiche caratteristiche di dette facoltà nasceva ad avviso dell'autore la necessità di inquadrarle in un'autonoma categoria giuridica. Lo stesso CHIOVENDA, *L'azione* cit., 109, non manca di annoverare il riscatto fra i diritti potestativi, come già fece la citata dottrina tedesca. All'ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft*, cit., 614, si deve l'intuizione circa la necessità di distinguere come categoria autonoma dell'ordinamento giuridico le facoltà acquisitive: se da un lato manca una signoria sopra la cosa determinata tipica dei diritti reali, non è nemmeno configurabile in queste ipotesi la figura di un soggetto debitore, che sia tenuto ad adempiere una particolare controprestazione. Da ciò, ad avviso dell'autore, deriva la necessità per cui se un *determinato fenomeno della vita del diritto* cfr. CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 71 non appare sussumibile nelle ordinarie categorie dogmatiche, ma si connota per peculiari caratteri strutturali compito dell'interprete sarebbe quello rimodellare i concetti giuridici generali esistenti, in modo tale da poter considerare autonomi tutti quei fenomeni che per i propri caratteri distintivi si presentano strutturalmente diversi da quelli preesistenti.

⁵⁵ Sul copioso dibattito dottrinale circa la qualificazione delle situazioni giuridiche potestative si veda anche SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, (ristampa), 1983, 174 ss.; GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, 550, ss., (riedito in) *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di procedura civile*, Milano, 1942, 90 ss.; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 18 ss.; TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, 18 ss.; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 8 ss.; MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 23 ss. nonché di recente CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907 c.c.*, in BUSNELLI (a cura

Ciò che più rileva in questa sede è che indipendentemente dalla qualificazione dogmatica che si intenda fornire ai diritti potestativi, il riscatto ne apparve fin da subito come esempio paradigmatico della categoria, già in seno alla dottrina tedesca, che per prima elaborò il concetto di diritto potestativo⁵⁶.

In effetti, di questa categoria e delle originarie facoltà acquisitive il riscatto condivide l'attribuzione al titolare di una posizione di vantaggio, finalizzata a ottenere il trasferimento del diritto di proprietà su un bene determinato, senza la necessità di cooperazione da parte del soggetto, che attualmente ne risulti titolare.

Si tratta di quel particolare rapporto giuridico potestativo, pur a sua volta dibattuto in dottrina, nel quale la posizione del soggetto attivo sarebbe connotata dalla titolarità del potere di modificare la sfera giuridica sostanziale, senza il necessario consenso dell'altra parte, che si ritrova in uno stato di soggezione⁵⁷.

di) *Il codice civile, Commentario*, Milano, 2018, 747 ss. e MURONI, *L'azione cit.*, 98 ss., 135 ss. All'interno della categoria dei diritti potestativi ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 103 ss. e Id., *Cessazione della proroga per necessità del locatore e problemi di estensione soggettiva della efficacia esecutiva della sentenza e dell'autorità della cosa giudicata*, in *Giur. It.*, 1970, 369 ss. riconosce che siano tradizionalmente ricondotte due situazioni giuridiche diverse: si può, infatti, parlare di diritti soggettivi solo con riferimento ai c.d. diritti potestativi ad esercizio giudiziario, viceversa quelle posizioni giuridiche che esauriscono la propria efficacia sul piano sostanziale devono essere ricondotte alla categoria dei poteri giuridici. L'accennata distinzione viene giustificata dall'autore in base alla propria definizione di diritto soggettivo, quale unica entità suscettibile di accertamento giurisdizionale, diversamente dal potere giuridico idoneo a costituire oggetto di accertamento.

⁵⁶ V. appena *supra* nota n. 54.

⁵⁷ Per una critica attorno alla stessa necessità di mantenere come autonoma la categoria dogmatica dei diritti potestativi si veda CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936-1939, 54 -55 alla figura in sé del diritto potestativo, tale che il c.d. rapporto potestativo, riassunto nella posizione di vantaggio, da un lato, e nella soggezione, dall'altro, non individuerrebbe altro che *una medaglia con una faccia sola* e non distinguibile dai semplici poteri giuridici. Nel senso che i diritti potestativi altro non sarebbero se non meri poteri LENER *Potere b) Diritto privato* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, XXXIV, 1985, 629. Critico verso l'ammissibilità di un'autonoma posizione sostanziale anche FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VII ed., Padova, 2005, 375 ss. testo e note, secondo l'autore il diritto potestativo non sarebbe niente altro che un potere attribuito al privato di modificare la realtà sostanziale attraverso la manifestazione della propria volontà, laddove in queste ipotesi non si pone nemmeno il problema della sentenza costitutiva, perché non sussiste la necessità della tutela giurisdizionale qualora l'effetto modificativo si produca in forza della sola dichiarazione del privato. Viceversa, se l'ordinamento prevede che un certo effetto modificativo venga prodotto (necessariamente, così come in caso di mancata collaborazione fra le parti private) in forza della pronuncia giurisdizionale, allora al privato è attribuito niente meno che un potere d'azione nei confronti dello Stato, assimilabile ad una facoltà di rivolgersi allo Stato per ottenere l'effetto modificativo. Anche CORDOPATRI, *Contributo allo studio della tutela costitutiva*, in *Studi in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, 125 ss. e 130 ss. Ripudia l'idea che possa essere inquadrata come categoria autonoma quella del diritto potestativo, infatti, l'anzidetta situazione giuridica deve essere fatta rientrare in quei poteri - facoltà di cui si compone ciascun diritto soggettivo, sia esso assoluto o relativo, dei quali i primi sono in grado di determinarne l'attuazione o la modificazione. Con riferimento, in particolare alla sussistenza di una posizione di soggezione quale lato c.d. passivo del rapporto sostanziale CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 271 che

Ciò che torna utile in questa sede è trarre da quel dibattito gli spunti fondamentali per inquadrare da un punto di vista dogmatico il riscatto e la propria tutela giurisdizionale, specialmente tenendo conto degli approdi dottrinali in relazione ad altre ipotesi in cui la legge ha fatto ricorso alla situazione giuridica potestativa quale fattispecie costitutiva di diritti reali. In generale, è stata messa in luce da una parte della dottrina la sussistenza di una specifica relazione sostanziale preesistente su cui si innesta il diritto potestativo, che attribuisce ad una delle parti di tale rapporto sostanziale la possibilità di incidervi in senso modificativo⁵⁸.

Si è altresì colta da più parti, proprio in ragione del rapporto sostanziale preesistente su cui si innesta il diritto potestativo, la sua natura rimediabile e accessoria, preordinata come è alla realizzazione di un particolare interesse sostanziale in capo ad un soggetto del rapporto, ritenuto talmente rilevante dal legislatore da escludere la necessità del consenso del soggetto c.d. passivo: il quale potrà eventualmente contestare le modalità di esercizio del diritto potestativo, ovvero la sussistenza dei presupposti legittimanti la titolarità e l'esercizio del potere e la conseguente produzione dell'effetto⁵⁹.

definisce la soggezione come niente altro che uno stato ideale correlato *quale termine ad ogni potere nel momento anteriore del suo esercizio*, ovvero come un *pallido riflesso* di una situazione giuridica principale. Più di recente anche MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 45 ss.; MURONI, *L'azione* cit., 103 ss.

⁵⁸ È questo un convincimento comune in dottrina cfr. già BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, riedito in IRTI (a cura di) BETTI - CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006, 38 ss. che definisce l'azione come un *diritto potestativo condizionato ad una relazione sostanziale preesistente* CARPINO, *L'acquisto* cit., 96 ss., Id., *Diritti potestativi* (voce) in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 2 ss. il quale riconosce che la situazione giuridica soggettiva preesistente individua l'oggetto del diritto potestativo; LENER *Potere* (voce) cit., 629; GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., 90 ss.; riconosce la rilevanza di una situazione sostanziale preesistente solo in capo ai c.d. diritti potestativi sostanziali AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939., 565; CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I cit., 247 nota la rilevanza di una situazione sostanziale preesistente nelle ipotesi di c.d. diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale. Anche MENCHINI, *I limiti* cit., 154 riconosce che la modificazione a cui è preordinato il diritto potestativo costituisce la modalità attraverso la quale il diritto sostanziale preesistente è protetto; PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 165 ss.; ancora di recente MURONI, *L'azione* cit., 136 ss., anche per l'ulteriore bibliografia ivi citata.

⁵⁹ MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 45 ss. ritiene che la posizione del soggetto passivo del c.d. rapporto potestativo non sia una mera soggezione, poiché anche in capo al soggetto passivo si deve riconoscere l'esistenza di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, questo interesse si sostanzia nella regolarità e conformità dell'esercizio del potere da parte del titolare, si tratta, dunque, di un interesse (come afferma lo stesso autore) certamente subordinato, rispetto a quello del titolare del potere, ma non per questo privo di tutela. In questo senso, l'autore ritiene che detto interesse si connoti per la propria natura strettamente giuridica, qualificabile in termini di interesse legittimo, poiché la norma giuridica nell'attribuire al titolare il potere qualifica anche condizioni e presupposti devono sussistere affinché detto potere sia efficacemente esercitato e che solo nel rispetto di tali regole l'effetto giuridico possa prodursi.

Tale strumentalità del diritto potestativo è stata individuata anche in quelle fattispecie in cui il diritto potestativo è preordinato alla costituzione di un diritto reale, ancorché innegabilmente qui il vincolo sostanziale preesistente emerga in maniera meno evidente rispetto a quelle che sorgano da un rapporto negoziale tra le parti⁶⁰.

Invero, in più occasioni il legislatore ha costruito la fattispecie costitutiva di un diritto reale sullo schema della situazione giuridica potestativa. Questo è sempre stato notato con riferimento nella fattispecie della costituzione coattiva del diritto di servitù ai sensi degli artt. 1032 e 1051 c.c., così come in quella comunione forzosa del muro *ex art.* 874 c.c., da più parti accostate alla figura del riscatto⁶¹.

Come per il riscatto, che vanta un indubbio nesso con il preesistente rapporto prelatizio, anche nel caso della costituzione coattiva del diritto di servitù, quanto in quello di cui all'art. 874 c.c., è stata intravista la preesistente relazione tra le proprietà dei fondi in quanto confinanti. L'indicata relazione sussistente fra i due fondi ha fatto propendere parte della dottrina per la natura accessoria del c.d. diritto di pretendere la comunione forzosa del muro posto a confine⁶², poiché l'esercizio del diritto potestativo non fa altro che consentire l'incremento delle facoltà di sfruttamento sussistenti in capo al proprietario del fondo a confine, prima fra tutte la possibilità di appoggio sul muro reso comune. Anche nel caso della fattispecie *ex art.* 1032 c.c. è stata riconosciuta la sussistenza di un rapporto sostanziale fra i proprietari dei due fondi: il diritto in questione è attribuito solamente al soggetto che sia anche proprietario di un fondo (quello c.d. dominante) a tutela del proprio interesse di

⁶⁰ Così specificatamente MURONI, *L'azione cit.*, 141., secondo cui se appare innegabile che nelle ipotesi citate il rapporto preesistente sia meno percepibile che nei diritti potestativi a base contrattuale, non per questo se ne deve escludere l'esistenza.

⁶¹ Con riferimento alle prime due fattispecie si vedano rispettivamente FERRI, *Profili cit.*, 38; GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, 92 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo cit.*, 145 a quest'ultimo si deve l'individuazione dell'autonoma categoria delle situazioni giuridiche acquisitive dei diritti reali in via coattiva in cui devono essere ricondotte tanto le fattispecie ora citate quanto quella del riscatto, cfr. anche CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso cit.*, 199 ss.

⁶² In dottrina si deve notare la diversa ricostruzione del diritto di pretendere la comunione del muro proposta da GARBAGNATI, *La sostituzione cit.*, 93, rispetto a quella del PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942, 42 ss. Ad avviso del primo (nella più generale critica *supra* ricordata circa la figura del diritto potestativo), infatti, l'interesse che muove il confinante a pretendere la comunione del muro non sarebbe quello di ottenere la comproprietà del medesimo, bensì quello di godere egli stesso del muro, per cui la modificazione giuridica determinata dall'esercizio del diritto potestativo non sarebbe il bene giuridico che fonda l'interesse ad esercitare il diritto potestativo, tale interesse deriva soltanto dalla situazione di vantaggio che consegue dalla modifica. Contrariamente il secondo ritiene che l'interesse del singolo sia mosso proprio da quella necessità di ottenere la modifica della situazione giuridica sostanziale.

accesso alla via pubblica⁶³, così da valorizzare il diritto dominicale sul fondo dominante.

Se allora nell'ipotesi di servitù coattiva è la relazione intercorrente fra fondi posti a confine, che individua l'interesse meritevole di tutela e fonda il presupposto del c.d. diritto potestativo, allo stesso modo il retratto pare debba trovare la propria ragione d'essere nel rapporto sostanziale in forza del quale l'ordinamento attribuisce al beneficiario una preferenza nell'acquisto del diritto di proprietà.

Se così è, si incrina anche l'idea, condivisa da una parte della dottrina, che ha valorizzato il riscatto quale autonoma situazione giuridica soggettiva rispetto alla prelazione connotandosi piuttosto per una natura tipicamente strumentale ed accessoria rispetto al rapporto prelatizio: con l'ulteriore conseguenza, comune agli altri diritti potestativi e messa in luce da una parte della dottrina, di non poter circolare autonomamente rispetto al rapporto fondamentale cui inerisce⁶⁴, senza che possa, dunque, venire attribuito ad un soggetto diverso, rispetto a quello che ne è titolare in ragione della relazione sostanziale.

Infatti, sarebbe un non senso ammettere che il preferito possa cedere a terzi la propria situazione di preferenza nell'acquisto della *res* oggetto di prelazione, poiché si dovrebbe ammettere che un soggetto terzo rispetto al vincolo prelatizio possa

⁶³ In questo senso, MURONI, *L'azione* cit., 145 riferisce come la giurisprudenza cfr. Cass. 26 gennaio 2005, n. 1619 ritenga che la sentenza costitutiva di servitù coattiva miri a garantire al proprietario del fondo dominante il passaggio sul fondo, da intendersi quale bene della vita a fronte dell'interclusione del fondo medesimo. In questo precedente si nota come la pronuncia del giudice e dunque il presupposto potere di chiedere la costituzione della servitù siano intesi come meramente strumentali al conseguimento dell'interesse per il proprietario del fondo di risolvere la situazione preesistente di interclusione. Al pari di quanto previsto nel caso del retratto, Carpino ritiene che l'acquisto intervenga attraverso un atto unilaterale recettizio, accompagnato dal versamento del prezzo, mentre il riferimento alla sentenza del giudice è relativo soltanto alla determinazione del *quantum*, in caso di mancato accordo fra le parti. In senso conforme MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 152 ss. Cfr., invece, circa la natura costitutiva della sentenza tesa a costituire il diritto di comproprietà sul muro posto a confine in favore del proprietario confinate MENCHINI, *I limiti* cit., 144 ss. e di recente MURONI, *L'azione* cit., 143 ss.

⁶⁴ Valga per tutti l'esempio del c.d. diritto potestativo a pretendere la comunione forzosa del muro. Tale posizione giuridica ha ragione di esistere solo allorquando inerisca al diritto di proprietà dei fondi posti fra loro in rapporto di vicinanza, di cui il proprietario dell'uno ha edificato il muro a confine e il proprietario dell'altro abbia interesse allo sfruttamento e godimento del medesimo muro. La circolazione del citato diritto non potrà che avvenire solo unitamente al trasferimento del diritto di proprietà sul fondo finitimo. In caso contrario, bisognerebbe ammettere uno scollamento soggettivo fra chi si trova attualmente parte della situazione sostanziale dalla quale sorge e trova giustificazione il diritto potestativo, e colui a cui viene attribuita la possibilità di esercitare tale diritto. L'accennata strumentalità dei diritti potestativi porta con sé la loro intrasferibilità, se non accompagnata dal trasferimento della situazione sostanziale a cui ineriscono cfr. in questo senso anche con riferimento alla dottrina ivi citata MURONI, *L'azione* cit., 146 ss. Si veda quanto già sosteneva SANTI ROMANO, *Frammenti* cit., 200.

comunque acquistare in via di preferenza il bene nei confronti dell'ignaro acquirente⁶⁵.

Resta, tuttavia, un elemento da prendere in considerazione che differenzia il rapporto prelatizio dalle altre fattispecie ora accennate, ovvero la dimensione soggettiva in cui si innesta il citato rapporto. Appare con evidenza che nelle diverse ipotesi ricondotte alla categoria dei diritti potestativi, i soggetti, fra cui intercorre il descritto vincolo sostanziale, coincidano con quelli coinvolti nella modifica della realtà sostanziale, attuata mediante l'esercizio del diritto potestativo: il potere di pretendere la comunione del muro spetta al proprietario del fondo finitimo nei confronti dell'altro proprietario, il diritto di ottenere la costituzione di un diritto di servitù spetta al proprietario del fondo intercluso nei confronti di quello del fondo c.d. servente. Lo stesso dicasi per le altre ipotesi di diritti potestativi che si innestano su una vicenda negoziale: il datore di lavoro può esercitare il c.d. *ius variandi* nei confronti del dipendente, con il quale sussiste un rapporto di lavoro, il recesso è attribuito alle parti di un contratto, così come il diritto di pretendere la risoluzione⁶⁶. Al contrario, nel rapporto di prelazione non sussiste identità soggettiva, poiché soggetto c.d. passivo del vincolo prelatizio è il proprietario cedente, mentre il soggetto che subisce il retratto è solo il terzo acquirente. Sussiste nell'ipotesi qui in esame una scissione soggettiva fra le parti del rapporto di prelazione e quello del succedaneo rapporto c.d. potestativo: nei confronti del terzo acquirente, infatti, non risulta sussistere una relazione sostanziale autonoma e preesistente, parificabile a quella sussistente fra il cedente ed il prelazionario⁶⁷.

⁶⁵ In senso contrario si noti, però, il MESSINA, *Diritti potestativi* cit., 879 che ammetteva il trasferimento del diritto riscatto, poiché lo stesso rientrerebbe in quella c.d. categoria di diritti potestativi autonomi per cui non sarebbe esclusa l'intrasferibilità a terzi rispetto al soggetto individuato dalla norma di legge quale beneficiario. Tuttavia, come meglio precisato nel testo non pare coerente prevedere la libera cedibilità del riscatto, indipendentemente dalla ricostruzione sostanziale a cui si intende aderire.

⁶⁶ Per gli opportuni riferimenti a questa fattispecie si veda CONSOLO, *Spiegazioni* cit., I, 34 e Id., *Oggetto del giudicato* cit., II, 593.

⁶⁷ Cfr. in questo senso MOTTO, *Poteri sostanziali* cit. 25 ss., l'autore, peraltro, contrariamente alla dottrina maggioritaria già più volte sopra citata, ritiene che la relazione sostanziale preesistente fra le parti da cui sorge il diritto potestativo attribuito al c.d. soggetto attivo del rapporto non sia un elemento caratterizzante la struttura della situazione giuridica potestativa, nonostante la medesima sia rintracciabile nella maggioranza delle ipotesi ricondotte alla categoria del diritto potestativo. Proprio come esempio di tale impostazione l'autore utilizza le ipotesi del retratto, sia esso agrario, urbano o successorio.

Questa obiettiva peculiarità del riscatto rispetto alle altre fattispecie potestative acquisitive si spiega grazie all'efficacia reale della prelazione.

Nella fattispecie del riscatto, infatti, il soggetto c.d. passivo è non solo il terzo acquirente, ma anche i suoi successivi aventi causa, in forza di quel vincolo di natura reale, gravante sul bene trasferito al terzo acquirente, che la legge attribuisce in favore del prelazionario a garanzia effettiva della propria preferenza sull'acquisto; è pertanto l'attuale titolarità del bene a giustificare la mancata coincidenza soggettiva fra il rapporto di prelazione e quello successivo di riscatto. Non a caso, in questo senso, chi ha ammesso la natura reale del retratto, così come del diritto di prelazione non ha mancato di accomunare la struttura della fattispecie in esame con quella dei diritti reali di garanzia, poiché anche essi circolano con il trasferimento della titolarità del bene al quale ineriscono, diritti questi ultimi che non si è mancato di definire quali *diritti potestativi assoluti*⁶⁸.

Pertanto, ciò che consente di esercitare il rimedio del retratto nei confronti di un soggetto terzo, estraneo al rapporto prelatizio, dipende in via immediata dallo specifico regime di opponibilità previsto dalla legge, che consente e garantisce al prelazionario di invocare la tutela attribuitagli anche nei confronti di un diverso soggetto terzo, rispetto al cedente; terzo che si ritrova nella particolare posizione giuridica, in cui si sarebbe ritrovato l'attuale titolare del diritto, allorquando il rapporto prelatizio non fosse stato violato⁶⁹.

D'altra parte, lo stringente legame che intercorre fra il diritto di prelazione e il riscatto conferma la configurazione del retratto come situazione strumentale ed accessoria rispetto al preesistente diritto di prelazione. In questo senso, avanti alla lesione della situazione giuridica in capo al prelazionario, sorge il potere di riscattare il bene da chiunque ne sia il proprietario. Così definito, il riscatto acquista una dimensione spiccatamente rimediale a fronte della lesione dell'interesse all'acquisto del bene compravenduto in spregio al diritto di prelazione.

1.7. L'inquadramento teorico del riscatto quale mero potere e non diritto soggettivo.

⁶⁸ cfr. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1961, 207 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 145 Si veda in questi termini CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 200.

⁶⁹ Intuizione quest'ultima che si ritrova in CARPINO, *L'acquisto* cit., 120 ss.

L'indagine fin qui condotta è matura per cogliere la natura del riscatto. Strumentalità rispetto al diritto di prelazione ed inerenza riguardo al bene trasferito suggeriscono infatti una qualificazione del retratto in termini di mero potere, più che di autonomo diritto soggettivo, che, dunque, si innesta sul rapporto giuridico di prelazione ed è posto a tutela della realizzabilità dell'unico interesse all'acquisto del bene, già sotteso al diritto di prelazione.

Si può fare richiamare in primo luogo l'insegnamento chiovendiano, che nel delineare la figura generale del diritto potestativo, fa ricorso all'espressione *diritti mezzi, connotati da un carattere addiettivo o secondario*⁷⁰

Ritorna per il riscatto anche quel classico insegnamento che con particolare forza ha sottolineato la differenza insita fra la nozione di diritto soggettivo e quella di potere giuridico, in cui solo in seno al diritto soggettivo è possibile notare quella posizione giuridica direttamente preordinata alla tutela dei propri interessi e connotata da un carattere statico: viceversa il potere è tipicamente dinamico e non attribuisce al soggetto in via diretta la realizzazione di un proprio interesse, bensì solo la produzione attraverso il proprio esercizio di una determinata modificazione giuridica, preordinata all'attribuzione di un diritto⁷¹, senza che si possa confondere, per questa ragione, il diritto attribuito, quale effetto dell'esercitato potere ed il potere stesso.

È stato autorevolmente riferito che il diritto soggettivo costituisce l'effetto finale, mentre il potere è soltanto lo strumento previsto per la realizzazione di tale effetto finale⁷².

⁷⁰ CHIOVENDA, *L'azione* cit., 112, del Maestro va sottolineato lo sforzo sistematico per collocare tale categoria di matrice tedesca nell'alveo dei diritti soggettivi, ancorché innegabilmente nei passi citati risulta difficile non cogliere la difficoltà di nascondere la natura meramente secondaria e rimediabile dei medesimi.

⁷¹ Le parole del testo si rifanno al pensiero di GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., 88.

⁷² Sempre in GARBAGNATI, *Op. ult.* cit., 76 ss. cfr., invece, IRTI, *Introduzione* cit., 58 ss., secondo cui il potere non individuerrebbe una posizione giuridica soggettiva, poiché costituirebbero l'esercizio di una possibilità, energia o forza conferita ai soggetti (Id., 64) utilizzata ai fini ricostruttivi per individuare in termini di possibilità il nesso fra la fattispecie normativa e il proprio effetto, *contra* la definizione di potere quale forza, ovvero energia CORDERO, *Le situazioni giuridiche* cit., 211 sempre in Cordero, *Op. cit.*, 269, è possibile intravedere l'idea per cui l'irrelevanza del consenso del soggetto privato, che subisce la modificazione sostanziale, può giustificarsi sulla base della relazione sostanziale preesistente in essere fra i soggetti privati coinvolti nella modifica sostanziale e che già individua l'interesse prevalente fra le due parti, infatti secondo l'autore la situazione c.d. di soggezione che tradizionalmente identifica il c.d. lato passivo del rapporto potestativa, ma che ad avviso dell'autore altro non è se non il riflesso della situazione giuridica di potere. La soluzione che definisce in termini di potere il retratto troverebbe giustificazione anche con riguardo alla tesi alloriana cfr. *L'ordinamento* cit., 102 ss. che distingue i diritti potestativi dai meri

In pari tempo, da più parti viene sottolineato che dalla dimensione tipicamente ideale che contraddistingue il potere discende anche l'impossibilità di essere oggetto di lesione da parte di un altro soggetto⁷³ dell'ordinamento; la lesione, infatti, può interessare la relazione sostanziale su cui risulta ancorato il potere, senza poterlo incidere. Anche questo è un connotato del retratto: oggetto di lesione può essere il diritto di prelazione, anzi tale lesione è il presupposto affinché possa sorgere il retratto, che, tuttavia, può soltanto essere esercitato oppure non esercitato, senza che un terzo soggetto ne possa determinare una menomazione.

A conferma della qualificazione in termini di mero potere del riscatto, preordinato alla produzione di un determinato effetto traslativo del diritto dominicale, sussiste un ulteriore profilo che affiora dalla *littera legis* ricordata in apertura della trattazione. La legge n. 590 del 1965 dispone, infatti, che il preferito potrà riscattare il bene entro un anno, decorrente dalla trascrizione dell'atto d'acquisto concluso in violazione della prelazione, che viene pacificamente qualificato quale termine di decadenza⁷⁴, il cui decorso determina l'estinzione della posizione giuridica soggettiva.

La legge ha perciò previsto, accanto all'attribuzione del riscatto, particolari termini entro cui tale potere deve essere esercitato, pena la sua estinzione ed il conseguente consolidamento dell'acquisto da parte del soggetto terzo. Le già ricordate e diversificate ragioni per le quali il legislatore ha nel tempo ritenuto opportuno garantire una particolare preferenza nell'acquisto del diritto di proprietà di un determinato bene, da parte di un soggetto che abbia instaurato un rapporto qualificato con il bene in questione non possono giustificare una limitazione, ovvero un ostacolo *sine die* alla circolazione dei diritti, così come alla libertà, certezza e facilità dei traffici.

poteri giuridici in ragione dell'idoneità all'accertamento dei primi, esclusa, invece, per i secondi si veda ampiamente *infra* Cap. II, par. 2.5.

⁷³ Si veda già AULETTA, *Poteri formativi* cit., 192 ss., e in particolare FERRI, *Profili* cit., 54 ss. che esclude la possibilità di lesione del diritto potestativo, laddove al lato passivo del c.d. rapporto potestativo sussiste uno stato di soggezione, che proprio come tale si identifica nell'irrelevanza della condotta posta in essere dal soggetto al fine di impedire la produzione della modificazione sostanziale; di recente, anche MURONI, *L'azione* cit., 106.

⁷⁴ Cfr. Cass. 3 gennaio 2014, n. 40, in *Dir. giur. agr. alim e ambiente*, 2014, 1082, con nota di RAUSEO *La decadenza dal diritto di riscatto e il principio della scissione degli effetti della notifica dell'atto di citazione*; *ivi*, 56 anche Cass. 11 maggio 2011, n. 11375, con nota di GUERRIERI CIACERI, *Vendita di fondo sottoposta a condizione risolutiva riferita all'esercizio del diritto di prelazione*.

Tradizionalmente, la dottrina ha messo in luce la tendenziale corrispondenza tra la decadenza e la situazione giuridica del potere e del c.d. diritto potestativo⁷⁵, distinguendola dal binomio diritto soggettivo - prescrizione⁷⁶ e questa correlazione, ancorché non sempre rigorosamente seguita dal legislatore che definisce termini di decadenza anche avanti a quelli che si dovrebbero identificare quali diritti soggettivi⁷⁷, si fonda essenzialmente su quella intrinseca dinamicità che connota la situazione giuridica potestativa, per cui la situazione di vantaggio si consuma, dunque si estingue, con il proprio esercizio e, pertanto, non può essere sottoposto ad interruzioni di qualsivoglia natura⁷⁸: una volta realizzatosi l'effetto, il potere si estingue per consumazione

⁷⁵ Si veda in particolare ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 134, secondo cui anche il legislatore troverebbe un limite nell'assoggettare ad un termine di prescrizione un diritto potestativo (ad avviso dell'autore diritti potestativi sarebbero soltanto quelli che nella presente trattazione sono definiti poteri sostanziali, mentre veri e propri poteri processuali c.d. di azione costitutiva sarebbero quelli che la tradizione definisce come diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale).

⁷⁶ Si veda in questo senso anche ROMANO, *Note in tema di decadenza*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 218 ss., ad avviso dell'autore, la decadenza determina non tanto l'estinzione della situazione giuridica, bensì l'impossibilità di determinare la modificazione della situazione sostanziale a cui è preordinato l'esercizio del potere. Laddove, infatti, al singolo è concesso il potere di modificare la realtà sostanziale e questo potere è sottoposto ad un termine per il proprio esercizio, il termine medesimo deve essere considerato quale termine di decadenza, in ragione della tipica dinamicità che contraddistingue il potere, tale per cui all'atto del suo esercizio, nel produrre la modificazione sostanziale, si estingue cfr. anche ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 133 ss. Anche DI MAJO, *Diritti potestativi o rimedi: in margine alla revocatoria fallimentare*, in *Corr. Giur.*, 1997, 178, testo e note che espressamente recupera la lezione di SANTI ROMANO, *Frammenti* cit., 48 ss., sul binomio diritto soggettivo - prescrizione, potere - decadenza, ritiene che non sussistano ragioni per non collocare i diritti potestativi nella categoria del potere, in quanto, la loro estinzione coincide con l'inerzia del proprio titolare, ovvero la produzione della modificazione sostanziale si determina soltanto con il relativo esercizio, ciò si verifica anche in quelle ipotesi in cui il legislatore ricorre alla dizione di prescrizione come nell'ipotesi già ricordata dell'art.1442 c.c. Già l'autore, Id. *La tutela civile* cit., 314 ss., aveva messo in dubbio la tesi che inquadrava i diritti potestativi nella categoria di veri e propri diritti soggettivi, specialmente in base alla constatazione che tale categoria più che dai civilisti era stata utilizzata dagli studiosi processualisti per esigenze di sistema. Né d'altra parte, è secondaria l'obiezione di CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., 255, in cui nel prospettare una ricostruzione del diritto potestativo (in particolare di quello c.d. ad esercizio giudiziale) parla di *rimedi a formazione giudiziale*, quali situazioni soggettive che si pongono a metà strada fra le situazioni sostanziali e processuali. Non pare, allora, un caso che entrambi gli autori concordino circa la necessità di ricondurre all'istituto della decadenza e non a quello della prescrizione il potere di azione costitutiva.

⁷⁷ Crediti che sorgono in ipotesi di responsabilità dello Stato nei confronti del cittadino, cfr. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 134, in particolare nota 262.

⁷⁸ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 491.

Anche nel caso di retratto, pertanto, il mancato rispetto del termine indicato dalla legge per il relativo esercizio comporta la decadenza dal potere di determinare l'effetto traslativo del diritto di proprietà in favore del preferito⁷⁹.

Peraltro, si deve ritenere che la reiterazione del potere da parte del prelazionario che abbia già esercitato il retratto resti priva di effetto. Infatti, nella misura in cui per effetto del suo esercizio il retratto si estingue, se ne deve per coerenza escludere la reiterazione. Ciò vale sia quando l'esercizio del riscatto avvenga attraverso una dichiarazione stragiudiziale, ma anche qualora il retratto venga esercitato attraverso la proposizione della domanda giudiziale⁸⁰.

Svolta l'analisi che precede è possibile concludere che quell' "indole potestativa" riconosciuta al riscatto non fa che confermare la sua riconducibilità all'alveo dei poteri, quale situazione giuridica distinta ed autonoma dal diritto soggettivo. La sua intrinseca dinamicità e il fatto che l'effetto traslativo si produce solo in forza e successivamente al suo esercizio, in uno alla relazione sostanziale più volte ricordata che lo lega al diritto di prelazione, non può che condurre a svelarne questa natura.

Si apre così un nuovo spazio di indagine, volta ad appurare se meriti di essere confermata la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui al fine di

⁷⁹ Si veda circa il termine di decadenza nelle ipotesi di prelazione agraria Cass. 3 gennaio 2014, n. 40, in *Dir. giur. agr.* cit. Di contro, può accadere che avanti all'attribuzione di un particolare potere la legge non individui un preciso termine nel quale lo stesso debba essere esercitato, bensì faccia riferimento ad una particolare vicenda che può interessare la relazione sostanziale, sulla quale il potere si fonda. Si prenda ad esempio la fattispecie di cui all'art. 732 c.c.: il c.d. retratto successorio può essere esercitato *fintanto che perduri lo stato di comunione*. In questo senso, il coerede che veda alienata una quota del patrimonio ereditario, senza che sia stato immesso nelle condizioni di esercitare la prelazione riconosciutagli dalla legge, può ottenere il trasferimento in via di retratto della quota medesima, per un periodo di durata variabile (astrattamente anche ultradecennale), finché non si proceda allo scioglimento della comunione ereditaria. Tuttavia, anche in queste ipotesi si deve ammettere che il termine di esercizio del retratto sia un termine di decadenza, dunque non suscettibile di interruzione o sospensione, per cui l'eventuale esercizio del potere formativo ne determina l'integrale consumazione. Resta controverso in dottrina se, aldilà delle indicazioni normative, si debba riconoscere come nella citata ipotesi si possa applicare il termine ordinario decennale ex art. 2946 c.c., quale termine però insuscettibile di interruzione, in moda da limitare in un più definito spazio temporale l'esercizio del retratto, cfr. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 136 ss., anche per la dottrina e bibliografia ivi citata.

⁸⁰ Ammette, invece, la possibilità di reiterare il potere lite pendente MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 576 secondo cui non è l'esercizio che estingue il potere, ma solo la modificazione che ne costituisce l'effetto. Dunque (nell'esempio del testo), fintanto che non venga accertata l'intervenuta modificazione sostanziale, l'attore può reiterare l'esercizio del potere, qualora, successivamente, la propria domanda venga accolta allora la questione perderebbe di rilevanza restando assorbita dal giudicato favorevole. Viceversa, in caso di rigetto nel merito della domanda, la sentenza accerta che l'effetto non si è prodotto in forza dell'esercizio del potere sostanziale, ma l'attore potrebbe comunque invocare l'effetto traslativo in forza del rinnovato esercizio del retratto a giudizio pendente.

produrre l'effetto traslativo del diritto di proprietà è sufficiente la dichiarazione unilaterale e recettizia del riscattante, che svela del retratto la sua natura di potere schiettamente sostanziale e non processuale e conduce ad escludere la valenza negoziale della dichiarazione di adesione del terzo.

CAPITOLO II

LA C.D. AZIONE DI RETRATTO

SOMMARIO: 2.1. La tesi minoritaria del retratto quale potere processuale ed i suoi corollari: la natura cositutivo-traslativa della sentenza di riscatto; 2.2. Fattispecie a confronto: azione di retratto e azione costitutiva di servitù; 2.3. (*segue*) L'azione di retratto e l'ipotesi di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. in nota, la condizione apposta al secondo comma dell'art. 2932 c.c. e la disciplina del pagamento del prezzo nell'ipotesi di riscatto, le affinità latenti nella prassi giurisprudenziale; 2.4. Le criticità dell'inquadramento in chiave costitutiva della azione di retratto fanno propendere per la natura sostanziale del potere, il (superato) problema circa la trascrizione della dichiarazione di retratto; 2.5. L'oggetto del giudizio di retratto a natura di accertamento; 2.6. Il potere sostanziale di retratto agrario ... uno sguardo alla tutela del prelazionario nell'ordinamento francese.

2.1. La tesi minoritaria del retratto quale potere processuale ed i suoi corollari: la natura cositutivo-traslativa della sentenza di riscatto.

Se nelle pagine che precedono si è cercato di chiarire come, sulla base di una scelta interpretativa, nell'individuare la posizione giuridica del riscattante sia corretto inquadrarla quale ipotesi di mero potere e non di diritto soggettivo, non resta che indagare a quale modello ricostruttivo il legislatore abbia fatto ricorso affinché si potesse produrre nella realtà sostanziale l'effetto, conseguente all'esercizio del potere di retratto. In particolare, deve essere chiarito se al riscattante sia stato attribuito un potere sostanziale che esaurisce i propri effetti senza l'intermediazione della sentenza, ovvero un potere di stampo processuale, laddove l'effetto modificativo si verifica solo attraverso la pronuncia del giudice.

Si è visto in precedenza come in dottrina entrambe queste soluzioni furono nel tempo adottate, laddove, invece, in giurisprudenza la tesi assolutamente dominante identifica il riscatto, quale tipica ipotesi di potere sostanziale⁸⁸.

Per affrontare l'analisi che segue si intende procedere dall'ipotesi interpretativa del retratto come potere processuale, per vagliarne la tenuta

⁸⁸ Si vedano *supra* Cap. I, par. 1.3

Il primo dato da mettere in luce è che tale ipotesi interpretativa non sia radicalmente esclusa dalla lettera della legge in materia di prelazione e retratto agrari: infatti, se, come si è visto, la legge n. 590 del 1965 non specifica alcunché circa le modalità di esercizio del retratto. Il vero dato normativo criptico riguardo la natura del potere di riscatto si riscontra nella successiva legge n. 2 del 1979 che, nell'estendere al riscatto il termine trimestrale per il pagamento del prezzo d'acquisto, individua il momento dal quale detto termine decorre, ovvero “...*dalla comunicazione scritta di adesione del terzo acquirente, o di successivo avente causa, alla dichiarazione di riscatto, oppure, ove sorga contestazione, dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto*”.

Ad una prima lettura, il tenore letterale di questa norma non esclude che il legislatore abbia individuato alternativamente la necessità o del consenso del terzo acquirente riscattato, ovvero la pronuncia di una sentenza costitutiva, che disponga l'effetto traslativo del diritto di proprietà.

Secondo l'accennata ipotesi esegetica, che certo offre il dato meramente letterale, il legislatore avrebbe individuato nell'ipotesi del riscatto una fattispecie modificativa della realtà sostanziale in cui all'esercizio del potere (dichiarazione di riscatto) si innesta il comportamento del terzo il cui consenso determina la conclusione della vicenda traslativa, mentre la sua contestazione (o o la sua inerzia) rende necessario la pronuncia di un provvedimento di natura costitutiva, teso alla produzione dell'effetto modificativo⁸⁹.

Sulla base dell'invalsa classificazione delle sentenze costitutive (ossia quelle tipologie di pronunce riconducibili all'art. 2908 c.c.) fra sentenze necessarie e non necessarie, la sentenza di riscatto verrebbe agevolmente inquadrata e nella seconda tipologia, poiché l'effetto sostanziale ben potrebbe essere realizzato senza ricorrere all'autorità giudiziaria, in forza dell'accordo fra i privati⁹⁰. Ne discenderebbe altresì

⁸⁹ Questa tesi minoritaria in dottrina si ritrova in ALESSI, *Prelazione e retratto* cit., 428 ss.; BENEDETTI, *La prelazione ed il retratto*, cit., 905 ss; MOSCARINI, *Prelazione* (voce) cit., 984 ss.

⁹⁰ ATTARDI, *Diritto processuale* cit., 99; PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 162 ss., in particolare 171 ss., diverse possono essere le categorie classificatorie delle azioni costitutive, allo scopo si distinguono le azioni costitutive attuative di obblighi a contrarre rimasti insoddisfatti, della cui natura costitutiva l'autore solleva non secondari profili critici e le diverse ipotesi di sentenze costitutive che sono dirette alla produzione di effetti conseguibili anche in via di autonomia privata, laddove anche in questa seconda categoria di ipotesi, l'autore intravede una funzione strumentale del processo costitutivo preordinato alla composizione di una crisi di cooperazione sul piano sostanziale, laddove, appunto, l'azione costitutiva non è niente altro che la modalità particolare con cui il legislatore

il corollario secondo cui la dichiarazione di riscatto sarebbe priva di efficacia traslativo - negoziale, in quanto tale efficacia discenderebbe soltanto o dalla combinazione tra la dichiarazione di riscatto ed il consenso del terzo acquirente, oppure, in caso di mancato accordo tra le parti, dal passaggio in giudicato della sentenza che “riconosce” il diritto⁹¹. Dunque, con la domanda giudiziale, il riscattante eserciterebbe il potere processuale - il diritto potestativo per la tesi classica - finalizzato ad ottenere il trasferimento (o ri - trasferimento) del diritto di proprietà sul bene compravenduto, in violazione del diritto di prelazione e, in caso di accoglimento della domanda giudiziale, sarebbe la sentenza a determinare il trasferimento dal terzo acquirente all'attore vittorioso riscattante⁹². Il riscattante

discrezionalmente prevede l'esercizio di un potere in via unilaterale di determinare in senso estintivo o modificativo il rapporto sostanziale, intercorrente fra i privati.

⁹¹ Il fatto che l'effetto traslativo discenda solo dalla sentenza (*rectius* dal suo passaggio in giudicato) è autorevolmente riconosciuto in dottrina a partire sicuramente dall'opera di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., 146 ss., l'autore citati affermava che l'effetto modificativo della situazione sostanziale si produce solo per effetto della sentenza (appunto) costitutiva, il cui effetto tipico è proprio quello di modificare la realtà sostanziale, unico effetto su cui è destinato a cadere l'accertamento. Nel sostenere che solo dalla sentenza deriva l'effetto innovativo della realtà sostanziale, l'autore supera le precedenti impostazioni tese a rinvenire nella pronuncia costitutiva una doppia efficacia, il cui effetto principale risiede nell'accertamento del diritto potestativo e soltanto in via di riflesso quella modificativa, quale effetto conseguente. Più di recente, cfr. MENCHINI, *I limiti* cit., 141 ss.; MURONI, *L'azione* cit., 162 ss. Ad avviso di Cerino Canova la letteratura giuridica tradizionale, peraltro particolarmente feconda per quanto riguarda la materia delle sentenze costitutive, commette un'inversione di prospettiva si ritrovava ad identificare anche queste sentenze come di accertamento, in cui l'effetto costitutivo sia o un riflesso dell'avvenuto accertamento del diritto potestativo, ovvero come effetto esterno alla pronuncia (questo era particolarmente evidente in quelle ricostruzioni che giustificavano l'effetto modificativo già in capo alla domanda giudiziale, laddove la sentenza sarebbe stato lo strumento per garantire stabilità all'effetto già prodottosi con la domanda giudiziale cfr. la nota tesi di ALLORIO, *L'ordinamento* cit., 102 ss.). La conseguenza a cui inevitabilmente si giunge nel fare proprie le tesi tradizionali è la perdita di centralità di quella che dovrebbe essere la natura e l'efficacia tipica della sentenza costitutiva, ovvero l'effetto innovativo della realtà sostanziale. In particolare, in MENCHINI, *Op. ult. cit.*, 141 ss. si nota l'obiettivo precipuo di superare l'idea classica del diritto potestativo quale oggetto del giudizio costitutivo, lo stesso veniva, infatti, relegato ad una mera questione pregiudiziale che il giudice avrebbe dovuto conoscere al fine del decidere e che sarebbe dovuto emergere nella motivazione della sentenza; poiché oggetto del processo costitutivo è soltanto la regolamentazione della situazione giuridica, così come modificata dalla sentenza. In questo senso viene anche superata la tesi secondo cui la modificazione sostanziale sarebbe prodotta dalla domanda giudiziale, quale atto connotato dalla duplicità dell'effetto, processuale e sostanziale, ovvero che già con la proposizione della domanda giudiziale si sarebbe esercitato il potere processuale e, dunque, determinata la modificazione della realtà sostanziale, laddove la sentenza si limiterebbe a garantire la necessaria stabilità alla modificazione sostanziale, già verificatasi con l'esercizio del potere di azione. Si precisa, peraltro, come l'effetto sostanziale modificativo, costitutivo o estintivo si produce soltanto con il passaggio in giudicato del provvedimento giurisdizionale, non potendosi intravedere effetti provvisori suscettibili di venire caducati dalla riforma della sentenza cfr. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., I, 52 ss.

⁹² Resta da chiarire come si verifichi la produzione dell'effetto modificativo nella relazione potere processuale - sentenza costitutiva. È anzitutto necessario precisare che diversi possono essere i modelli ricostruttivi per inquadrare il rapporto sussistente fra a) l'esercizio del potere - b) sentenza - c) modificazione sostanziale cfr. per l'individuazione dei vari modelli in cui riassumere la struttura delle

potrebbe altresì esercitare direttamente l'azione costitutiva (la legge parla di *dichiarazione di riscatto*, senza precludere la possibilità di proporre direttamente la c.d. azione di retratto), senza preventivamente coinvolgere il terzo acquirente. In quest'ultimo caso l'adesione del riscattato potrebbe pervenire lite pendente ed il giudice investito della causa si limiterebbe a pronunciare la cessazione della materia del contendere, stante l'intervenuto accordo fra le parti private a cui si dovrà ricondurre l'effetto traslativo⁹³. Viceversa, se il terzo costituendosi in giudizio contestasse la sussistenza dei presupposti sostanziali attributivi del potere di pretendere il trasferimento del diritto di proprietà, il giudice, se ritenesse fondata la domanda giudiziale, pronuncerebbe la sentenza traslativa.

Una diversa conseguenza di questa impostazione dovrebbe trarsi in materia di decadenza. Entro il termine annuale previsto dalla legge ci si dovrebbe chiedere se

sentenze costitutive ATTARDI, *Diritto processuale* cit., 102, TAVORMINA, *Contributo* cit., 185 ss., testo e note; più di recente Id. *Il processo* cit., 46 ss. (fra i modelli proposti dai due autori sussistono scarse differenze. Si noti, però, che ad avviso di Tavormina il potere di determinare la modificazione giuridica spetta al giudice ed è elemento costitutivo della fattispecie sostanziale. In questo senso l'effetto modificativo si produce nel momento in cui il giudice lo dispone attraverso la propria sentenza, che contestualmente accerta la sussistenza dei presupposti sostanziali legittimanti l'esercizio del potere. Critica questa impostazione CHIZZINI, *La tutela* cit., 522 testo e note, poiché nel far propria la tesi di Tavormina si finirebbe per negare che la sentenza individui un "atto a contenuto vincolato" che non assisterebbe l'interesse delle parti qualora pur accertando i presupposti sostanziali non pronunci la modifica richiesta). Per un'efficace sintesi delle varie tesi funzionali all'individuazione del rapporto tutela costitutiva - diritto potestativo D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, 149 ss. La tesi classica ritiene che sia il giudice, nell'accertare la sussistenza del c.d. diritto potestativo ad esercizio giudiziale, a disporre il mutamento della realtà sostanziale, in aderenza con la lettera dell'art. 2908 c.c. attribuite al giudice nei casi previsti dalla legge il potere di produrre il mutamento giuridico cfr. già CHIOVENDA, *L'azione* cit., 116 ss. Secondo una diversa prospettiva, invece, il mutamento sarebbe prodotto con l'esercizio del potere attraverso la domanda giudiziale e al giudice sarebbe demandato il compito di accertare l'avvenuta produzione dell'effetto, secondo l'idea di ALLORIO, *L'ordinamento* cit., 102 ss., (anche se si nota che tale tesi è formulata essenzialmente nel caso di azione di impugnativa negoziale). In altra ipotesi, il giudice dispone e contestualmente accerta il modo d'essere della situazione risultante dal mutamento, una volta accertata la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per la modificazione. È questa la tesi di MENCHINI, *I limiti* cit., 185 ss., che, tuttavia, finisce per qualificare la sentenza costitutiva, quale ipotesi particolare di sentenza d'accertamento cfr. in questo senso CHIZZINI, *La Tutela* cit., 764, che, viceversa, ritiene possibile ipotizzare come la modificazione sia determinata direttamente dalla norma di legge, una volta che siano stati giudizialmente accertati i presupposti per la relativa produzione, da ciò discende il corollario per cui la sentenza costitutiva individua un elemento di fattispecie che, correlato agli altri presupposti sostanziali accertati dal giudice, produce nella realtà sostanziale l'effetto modificativo, voluto dalle parti private cfr. anche Id., *Sentenza nel diritto processuale civile* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. Civile*, Vol. XVIII, 1998, 266 ss. Sussistono da ultimo alcune prospettive che individuano nell'azione costitutiva l'esercizio di un potere concreto o semi concreto di azione, non dissimile dal potere di azione in senso astratto, la cui particolarità discende dalla norma sostanziale attributiva del potere al giudice di disporre il mutamento CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 36 ss., MURONI, *L'azione* cit. 169.

⁹³ Cfr. in questo senso con riferimento all'ipotesi di sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* MURONI, *L'azione* cit., 189, anche in nota.

sia sufficiente che intervenga la dichiarazione stragiudiziale di riscatto, pur poi non seguita dalla dichiarazione di adesione del terzo, o se questo termine debba essere rispettato dal riscattante anche e in ogni caso nell'esperire l'azione giudiziale. A rigore, stante l'alternatività dei due modelli, il termine di decadenza dovrebbe paradossalmente interessare entrambi i momenti, non senza indubbe forzature. Rimane anche sullo sfondo il quesito della natura della dichiarazione di "adesione" del terzo, che certo non ha matrice negoziale di accettazione, ma semmai di ammissione della non contestazione della legittimità del riscatto.

A parte queste prime perplessità, la tenuta di questa ricostruzione può essere misurata attraverso il confronto con altre fattispecie potestative di acquisto di diritti reali, al precipuo fine di inquadrare la rilevanza che anche in esse può assumere la dichiarazione del terzo. Quella più simile al riscatto pare sia la disposizione di cui all'art. 1032 c.c., ove la tutela costitutiva interviene ove il proprietario del fondo servente non manifesta il consenso per costituire la servitù, a prescindere se ne fosse obbligato *ex lege* o meno.

2.2. *Fattispecie a confronto: azione di retratto e azione costitutiva di servitù.*

La fattispecie di costituzione della servitù in forza di un provvedimento giurisdizionale è già stata oggetto di attenzione, quando si sono prese in considerazione quelle ipotesi in cui il legislatore attribuiva ad un soggetto determinato il c.d. diritto potestativo finalizzato alla costituzione di un diritto reale⁹⁴. In quell'occasione l'obiettivo di indagine era di riconoscere la sussistenza di una relazione sostanziale preesistente quale elemento comune e discretivo delle situazioni giuridiche potestative; relazione preesistente che si è vista intercorrere fra i proprietari dei due fondi, dimodoché il potere di ottenere la costituzione del diritto reale parziale è attribuito solamente al soggetto che sia anche proprietario di un fondo (quello c.d. dominante) a tutela del proprio interesse di accesso alla via pubblica⁹⁵, così da valorizzare il diritto di proprietà sul fondo dominante. A questo punto della trattazione, invece, il confronto fra l'azione di riscatto e quella costitutiva

⁹⁴ Si veda *supra* Cap. I, par. 1.6.

⁹⁵ In questo senso sempre MURONI, *L'azione cit.*, 145 si veda quanto già riferito *supra* Cap. I, par. 1.6, nota n. 63

di servitù è finalizzato a comprendere se sussistano spazi ermeneutici per identificare il riscatto quale potere processuale di azione costitutiva.

Un primo profilo che merita di essere indagato riguarda la possibilità di ricondurre la posizione giuridica del terzo acquirente che subisce il riscatto a quelle ipotesi definite di *obblighi legali a contrarre*⁹⁶.

Come sopra precisato, tanto nella fattispecie di costituzione coattiva di servitù, quanto nell'ipotizzata natura costitutiva della sentenza di riscatto, la modificazione sostanziale può essere realizzata dalle parti private in via autonoma, senza la necessità di ricorrere alla tutela giurisdizionale per raggiungere il soddisfacimento dell'interesse prefissato⁹⁷.

Tuttavia, l'accordo del terzo o in alternativa la pronuncia del giudice sembrano apparire elementi necessari affinché la fattispecie traslativa del diritto di proprietà si possa perfezionare, in questo senso si è espressa anche quella parte della dottrina che, pur escludendo la natura costitutiva della sentenza di riscatto, mette in evidenza come *alternativamente entrambe (adesione o sentenza) devono necessariamente seguire la dichiarazione di riscatto*⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. la già più volte citata opera di PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 161 ss., trattasi di quelle ipotesi in cui la sentenza diventa necessaria a fronte di una crisi di collaborazione fra i soggetti privati.

⁹⁷ In particolare, cfr. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., 118; CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 29 e ss.; FORNACIARI, *Le Situazioni* cit., 23 e ss.

⁹⁸ Così espressamente GIUSTOZZI, *L'atto di adesione del retrattato alla dichiarazione di retratto, spunti in materia di retratto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1988, 212, anche CASAROTTO, Commento alla legge 8 gennaio 1979, cit. 395 che pur difende la natura dichiarativa della sentenza di riscatto, finisce con l'ammettere la necessità della sentenza, a fronte delle contestazioni stragiudiziali del terzo, ovvero della propria indifferenza. Si noti, inoltre, l'analisi svolta da CORDOPATRI, *Contributo allo studio della tutela costitutiva* cit., 119 il quale, pur non assumendo una netta posizione sulla natura costitutiva o dichiarativa della sentenza c.d. di retratto, lascia trasparire uno stato di insoddisfazione per la posizione che la giurisprudenza ha assunto nella materia *de qua*. In particolare, nota l'autore, che accanto a pronunce giurisprudenziali che riconoscono la portata dichiarativa alla sentenza, se ne annoveravano altre in cui l'effetto traslativo del diritto di proprietà era conseguenza della pronuncia giurisdizionale. Sintomo, quest'ultimo, di una elaborazione scientifica non appagante con riguardo ai diritti potestativi in generale ed al riscatto in particolare. Ad avviso di questo autore, l'esercizio del potere di retratto fa sorgere non direttamente l'effetto traslativo, bensì il diritto ad ottenere il trasferimento (o ri-trasferimento) nei confronti del terzo della proprietà sul cespite, venduto in spregio alla prelazione. Peraltro, fra i pochi autori che hanno ammesso la sentenza di riscatto quale ipotesi di sentenza costitutiva, ne hanno fondato la necessità per ragioni inerenti alla trascrizione dell'acquisto avvenuto in via di riscatto, cfr. BENEDETTI, *Prelazione e retratto* cit., 906, deve precisarsi che l'autore giustifica la necessità di esercitare il retratto in via giudiziale, al fine di soddisfare l'esigenza di ottenere un *titolo* idoneo alla trascrizione dell'intervenuto acquisto della proprietà da parte del riscattante, titolo che ai sensi dell'art. 2657 c.c., in mancanza dell'accordo fra le parti, formalizzatosi in un contratto, può essere soltanto la sentenza. Per questa ragione, se le parti non si accordano e sottoscrivano un contratto, nella forma dell'atto pubblico, ovvero in quella di scrittura privata autenticata, non rimarrebbe al riscattante che procedere con il giudizio. Situazione quest'ultima non dissimile da quelle ipotesi già delineate di cui all'art. 1032 c.c. e, secondo la ricostruzione prevalente,

Non dissimile, dunque, da quanto dispone la legge in materia di costituzione del diritto di servitù, sia all'art. 1031 c.c. secondo cui il diritto di servitù può essere costituito o *coattivamente* o *volontariamente* e poi al successivo art. 1032 c.c. si dispone che in assenza di contratto, il diritto reale parziario può essere costituito in forza della sentenza.

Stante la disciplina in esame, qualora il proprietario del c.d. fondo dominante abbia diritto alla costituzione della servitù ed il titolare del fondo c.d. servente non presti il proprio consenso alla creazione della medesima, il primo potrà rivolgersi al giudice *ex art. 1032 c.c.*, affinché sia la pronuncia giurisdizionale a costituire il diritto reale di godimento⁹⁹.

L'alternativa posta dalla norma fra il contratto e la sentenza dà luogo al medesimo effetto sul piano sostanziale, ancorché prodottosi da due fattispecie strutturalmente diverse¹⁰⁰, in modo tale che il realizzarsi dell'una esclude il verificarsi dell'altra.

Ancora una volta, è il dato normativo dell'art. unico legge n. 2 del 1979 che può suggerire un tale accostamento, laddove l'individuazione del termine per il pagamento del prezzo dipende dalla condotta di contestazione, o meno posta in essere da parte del terzo riscattato.

Il confronto è più che mai indicato in questa sede, poiché proprio nell'ipotesi di costituzione coattiva di servitù è dato rinvenire in dottrina un vivace dibattito sulla configurabilità in capo al proprietario del fondo dominante di un potere processuale di azione costitutiva, ovvero se fra le parti sostanziali sussista un rapporto di natura obbligatoria, in cui grava nei confronti del proprietario del fondo c.d. servente l'obbligo a rilasciare la dichiarazione con cui acconsente a concedere la costituzione

gli artt. 874 e ss. c.c., in cui, come si è detto, è necessaria la sentenza costitutiva del diritto reale. Nonostante l'interessante prospettiva di inquadrare il retratto quale potere processuale, tale tesi sembra perdere la propria consistenza nel momento in cui si ammette la trascrizione della dichiarazione stragiudiziale di retratto cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in SCHLESINGER, *Commentario al codice civile* (diretto da), Milano, 1998, 619 così come riconosciuto dallo stesso autore in BENEDETTI, *Ancora sulla prelazione*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, 121 ss., in particolare, 128, secondo cui la sentenza che definisce la vicenda prelatizia ha natura di mero accertamento.

⁹⁹ TAVORMINA, *Le situazioni soggettive sostanziali nei giudizi di annullamento*, in *Jus*, 2019, 88, nota n. 4 ritiene che la natura costitutiva della sentenza e art. 1032 c.c. derivi direttamente dalla esplicita previsione di legge.

¹⁰⁰ FERRI, *Profili*, cit., 38, l'autore riconduce la conclusione del contratto fra i proprietari dei due fondi alla figura dell'onere per evitare la pronuncia della sentenza.

del diritto di servitù¹⁰¹.

Chi ha sostenuto questa seconda ipotesi ammette che siano due gli elementi costitutivi della fattispecie: il primo la condizione del fondo e il secondo l'inadempimento dell'obbligo, per cui la pronuncia del giudice diventa necessaria per garantire al privato la tutela davanti all'inadempimento del c.d. obbligo a contrarre gravante sul proprietario del fondo servente, alla sentenza si dovrebbe riconoscere una doppia natura: da un lato cognitiva della sussistenza della situazione sostanziale in essere fra le parti, dall'altro esecutivo - attuativa dell'obbligo gravante su una parte: al giudice sarebbe attribuito il potere di pronunciare una sentenza sostitutiva del consenso che il proprietario del fondo servente aveva l'obbligo di prestare¹⁰².

Viene, inoltre, rilevato che ammettere la sussistenza di un obbligo *ex lege* a contrarre in capo ad una delle parti del rapporto sostanziale determinerebbe la

¹⁰¹ Si noti circa la configurabilità in capo al proprietario del fondo servente di un c.d. obbligo a contrarre FORNACIARI, *Situazioni*, cit., 113 ss., l'autore sostiene come il fatto che la norma si esprima secondo una formulazione processuale non significa che essa *prescinda dalla dimensione sostanziale*, per cui è pienamente legittimo, nelle ipotesi di tutela costitutiva (ovviamente non necessaria), affermare che come se esiste il diritto del soggetto di ottenere una sentenza costitutiva nei confronti dell'altro soggetto, non si può escludere l'esistenza del diritto in capo allo stesso soggetto a che l'altro presti il proprio consenso alla modifica. Sulla base di questa impostazione l'autore ritiene che l'accordo delle parti non rappresenti una *mera eventualità, una sorta di scorciatoia, rispetto alla strada principale, rappresentata dal ricorso al giudice*, ma sarebbe quest'ultima a porsi come *rimedio*, da esperire allorquando il proprio obiettivo non si è potuto soddisfare sul piano sostanziale. Il rapporto contratto - sentenza allora si porrebbe come sostitutivo della seconda nei confronti del primo; è lo stesso autore a definire questa strada come quella, grazie alla quale la costruzione giuridica maggiormente rispecchi la realtà sociale. Anche PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 171 ss. *Contra*, invece, FALZEA, *La separazione* cit., 134 ss. e CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 64.

¹⁰² Prospettata nei termini esposti nel testo, è possibile notare l'affinità di *ratio* fra l'azione di costituzione coatta di servitù e la pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, in cui la sentenza surroga la mancata conclusione del contratto definitivo, intervenendo a comporre quella crisi di collaborazione, creatasi fra le parti del rapporto cfr. BIONDI, *Situazione giuridica del fondo soggetto a costituzione di servitù coattiva*, in *Giur. it.*, 1952, Vol. I, 851 ss., il quale sostiene la sussistenza di un'*obbligazione facoltativa*, nel senso che il proprietario del fondo servente evita mediante il raggiungimento di un accordo di dover subire l'azione giudiziaria. Anche PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 171, l'autore ritiene che in queste specifiche ipotesi si debba riconoscere la natura tipicamente strumentale del processo a fronte di quella crisi verificatasi sul piano sostanziale fra le parti del rapporto. Altri autori, invece, propendono per la prima ipotesi, sostenendo come sussista una diversa formulazione letterale fra l'art. 1032 c.c. e l'art. 2932 c.c. in quanto la prima prevede come la sentenza sia necessaria *in mancanza di contratto*, mentre la seconda subordina il ricorso necessario al giudice in caso di *inadempimento* di una delle due parti del contratto preliminare, per cui nella prima ipotesi il diritto a pretendere la costituzione della servitù sorge per il solo fatto che sussista un rapporto di interclusione fra i due fondi, senza che assuma rilevanza la violazione di (un presunto) obbligo a contrarre; di contro, la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 2932 c.c. resta imperniata in un'ottica risarcitoria, ancorché il danno venga eroso dalla realizzazione dell'effetto mediante la sentenza costitutiva, in questo senso si noti FERRI, *Profili* cit., 39 e ss., che riconosce la sussistenza in capo al proprietario del fondo servente di un diritto potestativo giudiziale, il cui esercizio, in combinato con la pronuncia della sentenza costitutiva, determina la modificazione sostanziale, indipendentemente dalla violazione dell'obbligo a contrarre, ma in dipendenza dell'integrazione fra due elementi della fattispecie normativa: la situazione sostanziale in essere fra le parti e la pronuncia favorevole del giudice.

necessità per il proprietario del fondo dominante, prima di esercitare l'azione costitutiva, di richiedere preventivamente il consenso dell'altra parte a costituire in via negoziale il diritto reale parziario. Soltanto in caso di diniego da parte di quest'ultimo, allora il beneficiario potrà rivolgersi al giudice per ottenere il provvedimento costitutivo.

Tuttavia, non sussistono indicazioni normative in questo senso, che possano individuare quella che, si ritiene, diventerebbe una condizione di procedibilità della domanda costitutiva di servitù prediale, tanto che il proprietario del fondo dominante potrà procedere direttamente con l'azione giudiziaria¹⁰³, come del resto si ammette per l'azione di riscatto.

Nonostante, infatti, la legge n. 2 del 1979 individui in via alternativa il consenso del terzo, ovvero il passaggio in giudicato della sentenza, al fine del decorso del termine trimestrale per il pagamento del prezzo, non sussiste un'indicazione circa la necessità dell'accordo fra le parti (riscattante e riscattato) al fine di perfezionare l'effetto traslativo, tale per cui solo in caso di mancato accordo, il riscattante possa pretendere dal giudice la determinazione dell'effetto traslativo. Dunque, non può ritenersi sussistente un obbligo in capo al terzo di acconsentire al trasferimento del diritto di proprietà ed un contestuale onere per il prelazionario pretermesso di interpello dell'acquirente, in via preventiva rispetto all'esercizio del potere di riscatto. L'eventuale consenso manifestato dal terzo durante la pendenza del giudizio instaurato dal retrattante potrà, al più, portare alla cessazione della materia del contendere ed avere rilievo solo circa la liquidazione giudiziale delle spese.

Da ultimo, si deve evidenziarsi che la sentenza costitutiva di servitù presenta anche una dimensione strettamente determinativa circa il rapporto sussistente fra i proprietari dei due fondi, profilo, invece, assente nella sentenza di riscatto, ove il contenuto e gli effetti sono già stati predeterminati dal legislatore e dalla libera

¹⁰³ Il rilievo si ritrova già in CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 60 ss., che non sussiste alcun elemento nelle disposizioni di legge che individua un onere di preventiva richiesta al proprietario del fondo servente, rispetto alla proposizione dell'azione giudiziale. Tale per cui il titolare del potere di ottenere la costituzione del diritto di servitù può proporre la domanda giudiziale, senza essere tenuto preventivamente ad "indagare" la disponibilità dell'altro proprietario a costituire in via contrattuale la servitù.

negoziato tra i privati per quel che riguarda gli ulteriori aspetti contrattuali¹⁰⁴.

2.3. (segue) *L'azione di retratto e l'ipotesi di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., in nota, la condizione apposta al secondo comma dell'art. 2932 c.c. e la disciplina del pagamento del prezzo nell'ipotesi di riscatto, le affinità latenti nella prassi giurisprudenziale.*

¹⁰⁴ Ferme restando le somiglianze dal punto di vista normativo, ciò che specificamente qualifica la sentenza costitutiva di servitù, emerge dal comma secondo dell'art. 1032 c.c., laddove la norma prevede che la sentenza *stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta*: il provvedimento decisorio non si limita a creare (ovvero modificare) la situazione sostanziale, bensì regola anche le modalità con cui il beneficiario potrà esercitare il proprio diritto, fissando anche la somma a titolo indennitario che il medesimo dovrà versare al proprietario del fondo c.d. servente in ragione dell'aggravio creatosi sul proprio fondo. La sentenza in esame presenta, dunque, un contenuto tipicamente determinativo della situazione sostanziale, ovvero l'indicazione delle modalità di esercizio della costituenda servitù, oltre che all'individuazione dell'indennità spettante al proprietario del fondo servente. La dottrina riconduce questa ipotesi di sentenza come esempio tipico di sentenze costitutive c.d. determinative cfr. tale terminologia in DI MAJO, *La tutela* cit., 341 ss., nelle quali il giudice applica un proprio potere discrezionale per individuare, specificare o modificare, sotto un particolare profilo, un rapporto giuridico sostanziale, in questi termini FORNACIARI, *Situazioni* cit., 23 e ss. Peraltro, altra parte della dottrina, PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 176 e ss., ritiene del tutto superflua l'individuazione delle sentenze costitutive determinative, in quanto la stessa non sembra individuare un nuovo schema di produzione degli effetti sostanziali, ma costituisce soltanto un *eccesso di qualificazione che rischia solamente di complicare le cose*. Lo stesso autore ritiene che ci siano alcune ipotesi in cui tale categoria potrebbe trovare una giustificazione, ma tali ipotesi sono *eccezzionalissime* che si situano in ambiti non appartenenti alla giurisdizione contenziosa o quanto meno ai suoi margini; sono essenzialmente quelle ipotesi in cui è demandata al giudice la gestione di interessi propri di soggetti incapaci, oppure quelle ipotesi in cui il giudice è chiamato a determinare l'oggetto del contratto rimessa ad un terzo ex art. 1349 c.c. Alla tipicità delle ipotesi di servitù coattive cfr. Cass. 25 gennaio 1992, n. 800, si alterna, quindi, una previsione atipica delle modalità di esercizio del diritto, che saranno concretamente determinate sulla base di un potere discrezionale del giudice. Si notano in questo senso le differenze con la sentenza di retratto, di cui per ipotesi si è riconosciuta la portata costitutiva. Come accennato nel testo, nella sentenza di retratto questo spazio per l'esercizio del potere discrezionale del giudice non sussiste, in quanto il contenuto e gli effetti dell'esercizio del riscatto sono già stati predeterminati dal legislatore e dalla libera negoziazione tra i privati per quel che riguarda gli ulteriori aspetti contrattuali cfr. BENEDETTI, *Prelazione* cit., 906. La sentenza sarebbe, dunque, preordinata alla realizzazione dell'effetto traslativo del diritto di proprietà, la cui produzione sarebbe preclusa al privato in via di dichiarazione unilaterale, senza, tuttavia, poter incidere sugli ulteriori aspetti negoziali, tanto che la proprietà si trasferisce in forza della sentenza, ma alle condizioni previste fra le parti originarie del rapporto. Se, allora, l'adesione del terzo alla dichiarazione di retratto, ovvero il passaggio in giudicato della sentenza, sono elementi alternativamente necessari per il perfezionarsi della vicenda traslativa nelle ipotesi di riscatto agrario come il contratto o la sentenza lo sono per la costituzione della servitù prediale, il ruolo della sentenza è però diverso, limitandosi nel primo caso alla creazione del titolo (che in assenza di contratto diventa necessario per il trasferimento del diritto di proprietà), ma senza intervenire nella regolamentazione della situazione sostanziale. Questo assunto risulta dallo stesso art. 8 della legge n. 590 del 1965, che, infatti, dispone come il coltivatore possa riscattare il fondo a parità di condizioni rispetto al terzo acquirente. Non per questo si deve, però, escludere che, come nel caso di costituzione di servitù, la sentenza di retratto quale sentenza costitutiva determini un effetto propriamente soddisfattivo del diritto, stante la mancata adesione del terzo, solo la sentenza sarà in grado di costituire il titolo necessario per il trasferimento del diritto di proprietà sul fondo rustico.

Spunti interessanti si traggono anche dal confronto tra la fattispecie del retratto e l'ipotesi di cui all'art. 2932 c.c.

Il raffronto fra le due fattispecie viene suggerito sulla scorta di quella tesi dottrinale che riconosceva al retratto la natura di sanzione¹⁰⁵, rispetto al violato diritto di prelazione, così ammettendo la natura processuale del potere di riscattare il bene, poiché solo un provvedimento giurisdizionale potrebbe attuare quella esecuzione in forma specifica, preordinata dalla fattispecie traslativa.

Dunque, il legislatore avrebbe costruito la fattispecie prelatizia attribuendo al preferito pretermesso un particolare rimedio che gli garantisse una specifica tutela avanti alla lesione del proprio interesse all'acquisto, del pari di quanto la legge garantisce alla parte promissaria di un contratto preliminare di compravendita che resta inadempito. In entrambe le ipotesi, dunque, a fronte della violazione di una determinata posizione giuridica, il soggetto leso può invocare una specifica tutela che possa attribuirgli il bene giuridico, specificatamente garantitogli dalla norma giuridica¹⁰⁶.

Resta, tuttavia, il fatto che la tesi appena esposta presta il fianco ad una rilevante critica, che emerge in base allo stesso tenore letterale delle norme in materia di prelazione: la sanzione per essere tale deve essere indirizzata nei confronti del soggetto che si è rivelato inadempiente (obbligato al risarcimento del danno è, appunto, il danneggiante), non verso un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio leso. Nell'ipotesi del riscatto, il riscattante deve esercitare il diritto medesimo nei confronti del terzo acquirente del bene: nulla dispone, invece, la legge circa il rapporto fra alienante e riscattante, una volta perfezionato il negozio traslativo in violazione del diritto di prelazione. Dunque, in tale prospettiva ad essere sanzionato risulta essere il terzo acquirente, estraneo al c.d. rapporto di prelazione, che si vede privato della titolarità del bene e non l'alienante il quale, nell'omettere di notificare al prelazionario la proposta d'acquisto del bene, si è reso inadempiente. Questa concezione sanzionatoria del riscatto risulta essere tanto più inadeguata, quanto si

¹⁰⁵ Cfr. quanto riferito circa la tesi minoritaria del retratto come sanzione avverso la violazione dell'obbligo a contrarre *supra* Cap. I, par. 1.4.

¹⁰⁶ Fin dall'inizio della trattazione si è sottolineato come la giurisprudenza salvo il caso isolato citato da ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 75 in nota si è arroccata circa l'idea del retratto come diritto potestativo ad efficacia stragiudiziale, per cui il trasferimento opererebbe già sulla base della mera attività del beneficiario, si ricordino fra le tante Cass. Sez. Un. 22 aprile 2010 n. 9523 e più di recente ancora Cass. 14 ottobre 2019, n. 25758.

precisa che nelle ipotesi di prelazione qui in esame, il relativo diritto di retratto può essere esercitato anche nei confronti dei successivi aventi causa del primo acquirente, i quali, a maggior ragione, facilmente appariranno del tutto ignari dell'avvenuta violazione del diritto di prelazione commessa dal primo alienante. Peraltro, è stato sottolineato che qualora il legislatore avesse voluto configurare in chiave sanzionatoria la vicenda acquisitiva di un diritto reale, posta in essere in violazione di una preferenza legale, ben avrebbe potuto comminare la nullità di quell'atto con la conseguente, inidoneità del medesimo a produrre effetti giuridici verso qualunque soggetto, ma questa scelta sembra radicalmente da escludere in base all'attuale dato normativo¹⁰⁷.

A ciò si aggiunga, che non è ravvisabile in capo al riscattato un obbligo a contrarre tale per cui solo in caso di suo inadempimento il prelazionario possa pretendere il trasferimento del diritto di proprietà per via giudiziale. Viceversa, un tale obbligo esiste - e non potrebbe essere altrimenti - nella fattispecie di cui all'art. 2932 c.c., poiché la parte promissaria ha stipulato un apposito contratto preliminare in forza del quale ha assunto nei confronti dell'altra parte l'obbligo specifico di trasferire o di ricevere un determinato bene, sulla base di una logica essenzialmente sinallagmatica¹⁰⁸.

Pertanto, dal rapporto obbligatorio sorge in capo alla parte un vero e proprio diritto alla modificazione giuridica, a cui corrisponde l'obbligo dell'altra parte alla realizzazione di questa modificazione, obbligo che se rimasto inadempito fa sì che la modificazione sostanziale possa essere ottenuta tramite la pronuncia di una sentenza costitutiva.

Sussiste, allora, un vero e proprio diritto soggettivo sostanziale di modificazione giuridica in capo alla parte promissaria non inadempiente a cui corrisponde l'obbligo dell'altra di consentire a tale modificazione¹⁰⁹. Laddove,

¹⁰⁷ CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 20, il quale sottolinea come l'unico dato certo, avanti alla più volte ricordata vacuità del dato legislativo attinente alle diverse ipotesi di prelazione legale, è proprio l'efficacia del trasferimento compiuto in spregio al diritto di prelazione. La vendita effettuata in favore di qualunque terzo conserva i propri effetti, con il solo limite per il terzo acquirente o successivo avente causa di vedersi privato del diritto di proprietà per effetto dell'esercizio del retratto. Una scelta diversa si nota in ordinamenti stranieri, specialmente in Francia, ove la legge sancisce l'inefficacia dell'atto concluso in violazione della prelazione cfr. *infra* in questo capitolo, par. 2.6.

¹⁰⁸ Cfr. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 180 ss.

¹⁰⁹ MURONI, *L'azione* cit., 187 ss. proprio nella sussistenza di un diritto soggettivo in capo alla parte non inadempiente che viene ipoteticamente affermato come esistente nel momento in cui si

invece, non è dato riscontare alcun rapporto obbligatorio nella fattispecie di retratto, poiché al verificarsi del fatto compravendita *irrequisito domino*, la legge attribuisce al pretermesso il potere di riscatto, a cui non corrisponde un obbligo di adesione da parte del terzo. Quest'ultimo resta vincolato dall'esercizio del potere di riscatto da parte del pretermesso, sulla base di una valutazione discrezionale del legislatore, che ha ritenuto prevalente l'interesse del coltivatore prelazionario, rispetto a quello dell'acquirente, ancorché, eventualmente, ignaro della sussistenza della prelazione.

L'inesistenza dell'obbligo a contrarre gravante sul riscattato non preclude comunque la possibilità alle parti private di raggiungere il medesimo risultato sostanziale - ri-trasferimento del diritto di proprietà sul fondo rustico - in via di autonomia ma questa eventualità prescinde dal bisogno di una tutela costitutiva che tiene luogo al mancato contratto di ri-trasferimento del bene¹¹⁰. Per quanto fin qui

esercita il potere di azione, l'autore intravede la peculiarità dell'azione 2932 c.c. laddove nelle differenti ipotesi di azione costitutiva alla parte privata è attribuito il potere processuale di pretendere la modificazione e ciò che viene affermato in via ipotetica come esistente è la relazione sostanziale preesistente fra le medesime parti. Per rimanere nell'ipotesi di sentenza costitutiva di servitù si deve evidenziare che: il proprietario del fondo dominante nell'agire in giudizio per ottenere l'effetto costitutivo del diritto reale parziario si afferma titolare del diritto di proprietà sul fondo confinante e deduce quella particolare relazione di contiguità fra i fondi legittimante l'esercizio del potere. Non è ravvisabile, invece, l'obbligo del proprietario del fondo servente a prestare il proprio consenso, né di contro il diritto a pretenderne la manifestazione da parte del titolare del fondo dominante, bensì la legge sulla base di una relazione sostanziale che preesiste fra due soggetti, attribuisce ad uno di questi il potere di modificarla, implementando (nel caso della servitù) la propria posizione giuridica.

¹¹⁰ Se fosse il provvedimento giurisdizionale a produrre l'effetto traslativo del diritto di proprietà in favore del soggetto retraente, allora l'efficacia traslativa della sentenza si scontra con l'apposizione della condizione sospensiva *ex lege* del pagamento del prezzo di cui al comma 8 dell'art. 8 legge n. 590 del 1965 al cui avveramento resterebbe subordinato l'effetto del giudicato. Allo stesso modo, l'art. 2932 c.c., co. 2 letteralmente subordina l'accoglimento della domanda giudiziale all'adempimento della prestazione dovuta nel contratto e gravante sulla parte che pretende la costituzione del vincolo negoziale. E' ben vero che la condizione apposta nelle due fattispecie normative riguarda ambiti diversi: laddove letteralmente la contro - prestazione è elemento condizionante l'ammissibilità della domanda costitutiva ex art. 2932 c.c., mentre il pagamento del prezzo è ritenuto elemento condizionante al fine della realizzazione dell'effetto acquisitivo nell'ipotesi del riscatto agrario, tuttavia, le somiglianze fra le situazioni giuridiche ora ricordate suggeriscono qualche riflessione sull'ammissibilità di un giudicato costitutivo condizionato. L'ammissibilità di tale figura risulta controversa in dottrina: tende ad ammetterla la dottrina meno recente, pur dubitando dell'utilità pratica di un tale giudicato cfr. CALVOSA, *La sentenza condizionale*, Roma, 1948, 96 e ss. e 108, nota n. 106. Maggiori perplessità, invece, emergono in tempi più recenti, in particolare si noti MURONI, *Sub art. 2932 c.c.*, in GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, vol. II (diretto da), *Della tutela dei diritti*, BONILINI e CHIZZINI (a cura di), ed. 2016, ora anche in Id. *L'azione cit.*, 202 ss., emerge la perplessità circa l'ipotesi di una sentenza costitutiva condizionata ex art. 2932, non potendosi che riscontrare come se è il giudicato l'elemento necessario per creare modificare od estinguere la situazione sostanziale appare contraddittorio ammettere che la modifica operata dalla sentenza possa rimanere condizionata all'avverarsi di un evento futuro ed incerto. Tuttavia, la giurisprudenza (cfr. in particolare Cass. 30 agosto 2013, n. 19984 secondo cui il giudice sarebbe tenuto a *pronunciare sentenza costitutiva degli effetti del contratto promesso e non concluso ed il pagamento del prezzo va imposto quale condizione per il verificarsi dell'effetto traslativo della*

messo in luce, la distanza tra il rimedio *ex art. 2932 c.c.* e l'azione di riscatto appare incolmabile.

proprietà del bene derivante dalla sentenza stessa; Cass. 23 novembre 2011, n. 24739, nella quale il Supremo Collegio ha ritenuto necessaria l'offerta formale della somma di denaro pattuita, soltanto nel caso in cui nel contratto preliminare sia stato stabilito che il pagamento della somma di denaro fosse antecedente rispetto al momento previsto per l'atto di rogito) ha nel tempo ammesso l'esistenza di una sentenza costitutiva *condizionata* con riferimento proprio all'art. 2932 c.c., attribuendo al giudice il potere di introdurre un *coefficiente innovatore nel regolamento negoziale previsto dalle parti ab origine, con la fissazione di obblighi e modalità di esecuzioni non previste [...] nell'ottica di presidiare l'equilibrio sinallagmatico*. Il testo è riportato da MURONI, *Sub art. 2932 c.c. cit.*, 484 e ss., laddove l'autore sostiene come nell'ipotesi *ex art. 2932 c.c.* il riferimento all'adempimento della prestazione a cui è tenuta la parte che pretende la stipula del contratto definitivo individui una condizione di esistenza stessa del diritto potestativo di azione costitutiva, più confacente a quelle esigenze di giustizia che avrebbero mosso il legislatore alla previsione del 2932 c.c., piuttosto che una condizione prevista dalla legge a cui è subordinata l'azione costitutiva. Nella maniera accennata, l'applicazione pretoria ha eroso quella seconda parte del secondo comma dell'art. 2932 c.c., laddove il legislatore ha subordinato l'ammissibilità della domanda o all'adempimento della prestazione (ovvero all'offerta reale *ex art. 1207 e ss. c.c.*), ammettendo che fosse sufficiente o la semplice offerta informale, o ancora ritenendo di per sé irrilevante la stessa offerta allorquando il momento del pagamento del prezzo pattuito nel contratto preliminare fosse stato individuato soltanto con la stipula del negozio definitivo cfr. ancora Cass. 28 luglio 2010, n. 17688 che ritiene implicita nella domanda proposta dall'attore l'offerta informale. Pur svolgendosi nell'ottica del contratto preliminare inadempito, tali valutazioni non sono del tutto aliene dalla fattispecie presa in esame nella presente trattazione specialmente sulla base di alcune pronunce giurisprudenziali che, sebbene qualificano la sentenza di retratto come di accertamento, si attengono all'impianto logico della tutela costitutiva condizionata ammessa in ragione del secondo comma dell'art. 2932 c.c. Il riferimento è a Cass. 2 marzo 2012, n. 3248; Cass. 23 maggio 2001, n. 7030; Cass. 8 giugno 2007, n. 13387, laddove la Suprema Corte ha dichiarato l'irrelevanza delle offerte formulate precedentemente al passaggio in giudicato della sentenza di retratto, salvo che non sia intervenuta in pendenza del giudizio medesimo la convalida giudiziale dell'offerta. In particolare, è stato svolto il seguente sviluppo argomentativo: accertata l'esistenza del diritto di riscatto in favore del prelazionario rispetto al bene determinato, la semplice dichiarazione unilaterale non determina il perfezionarsi della fattispecie traslativa, poiché la stessa è subordinata *ex lege* al pagamento del prezzo previsto nel contratto traslativo fra primo alienante e terzo acquirente. Il pagamento, però, risulta essere ancora inesigibile prima del passaggio in giudicato della sentenza divenuta necessaria, poiché il terzo non ha prestato la propria adesione alla dichiarazione di retratto. Nel ritenere irrilevanti le offerte formali eventualmente prospettate anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza, il riscattante soltanto successivamente a tale momento dovrà procedere al pagamento ovvero alla riproposizione dell'offerta reale e all'instaurazione dell'eventuale giudizio di convalida. In questi termini, avanti alla profilata ibrida natura della sentenza di retratto, si può notare che qualora il terzo si opponga all'esercizio stragiudiziale del citato potere, la pronuncia giurisdizionale assume i connotati di necessità al fine di produrne gli effetti: si tratterebbe, allora, di un provvedimento che determina gli effetti previsti dalla legge in favore del riscattante, a condizione che lo stesso entro tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza versi il prezzo pagato dal retrattato per l'acquisto del fondo. Da questa premessa discende il corollario per cui sarà la sentenza a disporre la "trasferibilità del diritto di proprietà", poiché l'effetto al momento del passaggio in giudicato rimane condizionato al pagamento del prezzo. Nella presente ipotesi soltanto la sentenza potrebbe produrre gli effetti del riscatto, qualora i privati sulla base della loro autonomia non siano stati in grado di dare ordine alla situazione sostanziale nel momento in cui il beneficiario ha esercitato il potere allo stesso spettante.

2.4. *Le criticità dell'inquadramento in chiave costitutiva della azione di retratto fanno propendere per la natura sostanziale del potere; il (superato) problema circa la trascrizione della dichiarazione di retratto.*

Nonostante gli interessanti profili interpretativi che si sono evidenziati grazie al confronto effettuato fra la fattispecie del retratto e le altre fattispecie costitutive o traslative di un diritto (in particolare di un diritto reale, vi sono più ragioni che fanno propendere per una soluzione diversa ideata dal legislatore a garanzia dell'acquisto in favore dei soggetti coltivatori, pretermessi dalla vicenda negoziale riguardante il fondo rustico su cui sono insediati, ovvero posto a confine, rispetto ad un altro di loro proprietà. Non che a livello ricostruttivo, stante l'evidenziata alternatività funzionale fra l'attribuzione di un potere sostanziale e quello di azione costitutiva, sussistano ragioni di sistema per escludere *tout court* la natura processuale del potere di riscatto, ma per una scelta del legislatore si deve propendere per la natura sostanziale di detto potere, il cui esercizio sul piano sostanziale esaurisce gli effetti della fattispecie prelatizia¹¹¹.

I profili che ostacolano maggiormente la ricostruzione in termini processuali del retratto sono diversi. Il primo è di ordine strettamente letterale e si può rinvenire anche nello stesso dato normativo che ha suggerito il confronto con le fattispecie prese in esame in precedenza.

Bisogna premettere, infatti, come nota correttamente la dottrina, che spesso il legislatore si limita ad attribuire ad un particolare soggetto la posizione di vantaggio circa la realizzazione di un particolare interesse, senza specificarne le modalità attuative¹¹², situazione che si verifica anche nell'ipotesi del riscatto agrario, laddove la legge si limita a disporre che il coltivatore confinante o affittuario pretermesso dalla compravendita possa riscattare il fondo compravenduto. D'altra parte, indicazioni precise non vengono fornite nemmeno dalla successiva e più volte ricordata legge di interpretazione autentica n. 2 del 1979, che si limita ad individuare il momento (o più correttamente i diversi momenti) da cui decorre il termine per il pagamento del prezzo, a fronte dell'esercizio del riscatto.

¹¹¹ Cfr. CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 200 in nota.

¹¹² Coglie questa problematica in diverse ipotesi ricondotte dalla dottrina classica al fenomeno dei c.d. diritti potestativi ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 5.

Spetta, allora, all'interprete il compito di individuare a quale "tecnica" la legge abbia fatto ricorso per la realizzazione della situazione di vantaggio e la produzione dell'effetto traslativo.

Il primo fra i criteri che devono essere valorizzati per cercare di raggiungere una soluzione è quello, come si è accennato, fondato sul dato letterale, da coordinarsi con il principio di tipicità delle azioni costitutive, secondo il noto disposto dell'art. 2908 c.c., per cui solo nei casi previsti dalla legge la pronuncia giurisdizionale può costituire o modificare rapporti giuridici fra le parti private¹¹³.

Per affermare la natura processuale del riscatto bisognerebbe, allora, rintracciare nelle disposizioni più volte citate un qualche riferimento che attribuisca al giudice il potere di intervenire sulla situazione giuridica sostanziale, creatasi con la violazione della prelazione, in modo tale che il trasferimento del diritto di proprietà dal retrattato verso il riscattante sia l'effetto della sentenza (costitutiva) che intervenga, in caso di c.d. "crisi di collaborazione" fra le medesime parti private.

Per questa ragione, la dichiarazione del titolare del potere di riscatto sarebbe solo un atto attraverso il quale lo stesso manifesterebbe la propria disponibilità ad avvalersi del potere attribuitogli dal legislatore i cui effetti si producono soltanto o con l'accordo del terzo riscattato, ovvero in forza della sentenza costitutiva¹¹⁴.

Tuttavia, su un piano strettamente letterale questo dato normativo non sembra sussistere nella materia in esame¹¹⁵, certamente non è ravvisabile all'art. 8 della legge 26 maggio 1965, n. 590.

Infatti, in questo caso il co. 5 della citata norma si limita ad attribuire al prelazionario, che abbia visto violata la propria situazione di preferenza, il potere di

¹¹³ CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 30; ATTARDI, *Diritto processuale* cit., 107 e ss.; PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 161 e ss. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2020, 57 ss., che precisa come la tipicità dell'art. 2908 c.c. non escluda l'applicazione estensiva della tutela costitutiva, laddove l'azione giudiziale si ponga come necessario strumento per la tutela di interessi per le parti richiedenti. Cfr. anche ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 37, secondo cui in caso di incertezza fra la natura costitutiva o dichiarativa si dovrebbe sempre concludere per quest'ultima stante il carattere di tipicità *ex art.* 2908 c.c.

¹¹⁴ Interpretazione sostenuta da BENEDETTI, *La prelazione* cit., 904 e ss. il quale si sofferma in particolare sull'idoneità di tale dichiarazione di essere assoggettata alla disciplina della trascrizione.

¹¹⁵ La dottrina maggioritaria nega la natura costitutiva della sentenza di retratto proprio sull'accennata carenza di un dato normativo che faccia riferimento all'azione giudiziaria, secondo il disposto dell'art. 2908 c.c. cfr. in questo senso CASAROTTO, *La prelazione* cit., 152 ss., allo stesso modo ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 112 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 40 e ss.; Id, *Riscatto (voce)* cit., 8; CORSARO, *Prelazione e riscatto*, cit., 12.

riscattare il fondo, senza che venga svolto alcun riferimento, circa il ricorso alla tutela giurisdizionale per la realizzazione della preferenza.

Più equivoco¹¹⁶ è il tenore normativo della legge n. 2 del 1979, laddove il legislatore si esprime in chiave di alternatività fra l'adesione scritta del terzo e la *sentenza che riconosce il diritto*. Non a caso, è proprio in base a questo dato che parte della dottrina ha ipotizzato la natura costitutiva della sentenza di retratto¹¹⁷, potendosi ritenere soddisfatto il principio di tipicità *ex art. 2908 c.c.*, stante il riferimento alla sentenza.

Tuttavia, non si può non ricordare come la disciplina della legge n. 2 del 1979 sia stata introdotta al precipuo fine di individuare i termini entro i quali deve essere versato al terzo acquirente il prezzo. Inoltre, si è visto che a carico del soggetto che risulta attualmente proprietario del fondo (terzo acquirente o suo avente causa) non sussista un obbligo a rilasciare una *comunicazione* di adesione alla dichiarazione di riscatto qualificabile in termini di obbligo *ex lege* a contrarre, ma, più semplicemente, il legislatore sembra individuare un'attività con la quale il terzo assuma un comportamento di esplicita non contestazione – *ergo* ammissione - del legittimo esercizio del potere del riscattante: e da tale comportamento di ammissione la legge del 1979 si limita a far decorrere il termine per il pagamento del prezzo in favore del terzo, come pattuito nel contratto di compravendita stipulato da quest'ultimo ed il primo alienante¹¹⁸. In questo modo, si intende evitare che il terzo resti per un tempo eccessivo in balia della pretesa del prelazionario, il quale sarà tenuto versare il prezzo entro il termine indicato dalla legge.

Se quindi è da escludere un obbligo a contrarre del terzo riscattato, con ovvie differenze rispetto alla fattispecie di cui all'art. 2932 c.c., anche sotto il profilo della mancanza di una portata sanzionatoria della fattispecie di riscatto nei confronti del

¹¹⁶ Si veda ampiamente *supra*.

¹¹⁷ MOSCARINI, *Prelazione* (voce) cit., 981 e ss.

¹¹⁸ Ricostruzione avallata da CALABRESE, *La prelazione agraria, una costruzione attraverso la giurisprudenza della Cassazione*, Padova, 2012, 176 in riferimento a Cass. 28 novembre 1983, n. 7131, che sembra confermare come l'inerzia del terzo nel contestare l'esercizio del diritto di riscatto sia sufficiente ad integrare il requisito di quel consenso previsto dalla legge n. 2 del 1979, la stessa situazione si ritiene verificata allorché il terzo acquirente *interPELLI* il coltivatore per invitarlo a dichiarare se intende esercitare il riscatto, in caso di risposta affermativa da parte di quest'ultimo si deve ammettere come sussistente l'adesione del terzo *ex art. unico legge n.2 del 1979*, in questa seconda ipotesi il *dies a quo* previsto per il decorrere del termine trimestrale per il pagamento del prezzo si individua nella dichiarazione del coltivatore.

riscattato (che potrebbe essere finanche ignaro della violazione della prelazione da parte del suo alienante). Lo stesso dicasi rispetto all'indagata fattispecie di cui all'art. 1032 c.c. le differenze sono nette. Nell'art. 1032 c.c. il contratto, ovvero la sentenza (in sua "mancanza") sono elementi perfezionativi della fattispecie costitutiva del diritto di servitù in favore del proprietario del fondo intercluso, mentre l'adesione del terzo o la sentenza, "nell'economia" della fattispecie di retratto, rappresentano i momenti, rispettivamente da cui decorre il termine per il pagamento del prezzo ai sensi della legge n. 2 del 1979.

Inoltre, sempre su un piano letterale, tanto il riferimento al caso della *contestazione*, quanto quello relativo al provvedimento *che riconosce il diritto*, lasciano propendere semmai per una sentenza che si limiti ad accertare la già intervenuta modificazione sul piano sostanziale per effetto dell'esercitato potere, effetto che se viene contestato dal terzo, sarà riconosciuto dalla sentenza¹¹⁹.

Se dunque, sotto questa veste, il contrasto rischia di non risolversi, ma anzi di ancorarsi ad una questione meramente letterale di scelta lessicale da parte del legislatore del 1979, è il ricorso al termine *contestazione*, a far propendere per la natura di mero accertamento della sentenza di retratto, in quanto per essere contestato un diritto (nel caso in esame il potere di retratto che determina il trasferimento del diritto di proprietà sul fondo rustico), lo stesso deve essere già stato esercitato, la situazione deve essere stata anticipatamente modificata sul piano sostanziale: la legge, infatti, ritiene come il termine trimestrale per il pagamento del prezzo decorra dal *passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto*, ove sorga *contestazione*, per cui la situazione deve essere stata anticipatamente modificata sul

¹¹⁹ Su questo assunto si è esaminato quel contrasto che divide la dottrina fra chi ritiene come il predicato *riconoscere* sia sinonimo di accertare cfr. in questo senso espressamente GIUSTOZZI, *L'atto di adesione* cit., 204 e ss., mentre altri sostengono di rinvenire nella locuzione riconoscere il diritto soltanto l'appiglio normativo per fondare la necessità della sentenza cfr. BENEDETTI, *La prelazione ed il retratto* cit., 901; MOSCARINI, *La prelazione* (voce) cit., 984. Inoltre, da un punto di vista interpretativo, il riferimento alla *contestazione* individua quel tipico atteggiamento posto in essere da un soggetto terzo e fondativo dell'interesse ad agire con l'azione di mero accertamento nell'ambito dei diritti reali (si pensi all'art. 1079 c.c.) laddove l'interesse ad ottenere la sentenza che accerti l'attuale esistenza del diritto reale sorge in forza dell'incertezza sulla titolarità del diritto, causata dalla contestazione posta in essere da un terzo che nega la sussistenza di quel diritto in capo all'attore cfr. ATTARDI, *Interesse* cit., 45 ss. e Id, *Diritto processuale* cit., 94. Si noti, peraltro, come nell'ipotesi della tutela di accertamento, laddove la sentenza si limita a "prendere atto" di una situazione preesistente, cioè che si è già verificata sul piano sostanziale, dunque il provvedimento ha il precipuo fine di fare certezza, identificando il modo di essere, ovvero l'esistenza in riferimento alla situazione giuridica sostanziale, che risulta appunto controversa, vedi fra i tanti CONSOLO, *Spiegazioni* cit., I, 25 e ss.

piano sostanziale. Il citato tenore letterale della legge di interpretazione autentica, anche a volerne attribuire una valenza sistematica maggiore rispetto all'intento del legislatore di colmare la sola lacuna in ordine alla decorrenza del termine di pagamento del prezzo, sembra piuttosto presupporre una controversia sull'effetto traslativo reale prodotto dall'esercitato potere di riscatto mediante la dichiarazione del riscattante. Il giudice verrebbe cioè chiamato a statuire se sia intervenuto o meno l'invocato trasferimento del diritto dominicale, non, invece, a disporre la modificazione sostanziale¹²⁰, né ovviamente ad accertare semplicemente l'esistenza del potere di riscatto in quanto tale¹²¹.

Peraltro, accanto all'insussistenza di un riferimento letterale, sussiste un secondo elemento interpretativo, forse ancora più pregnante, che lascia concludere per la natura sostanziale del potere di retratto. Quest'ultimo è ravvisabile nella *ratio* dell'attribuzione al prelazionario del potere di riacquisto del diritto di proprietà. Infatti, nell'ottica di particolare tutela garantita al coltivatore - prelazionario, è nettamente da assecondare semmai che il legislatore abbia ritenuto opportuno attribuire un potere al prelazionario che potesse soddisfare il proprio interesse all'acquisto del bene prescindendo sia dall'accordo del terzo, sia dalla mediazione di una sentenza costitutiva. Prevedere, in via alternativa, la necessità del consenso da parte del riscattato, ovvero della sentenza costitutiva avrebbe significato limitare l'effettività della tutela accordata al prelazionario, poiché l'effetto traslativo si sarebbe prodotto solo con il passaggio in giudicato della sentenza, con l'importante conseguenza che non solo il godimento del bene ma anche le eventuali modificazioni della realtà sostanziale avrebbero rilevato per tutta la pendenza del processo costitutivo specie gli eventuali vincoli o limitazioni al diritto di proprietà sul bene lite pendente sarebbero stati opponibili al riscattante¹²². D'altro canto, lo stesso

¹²⁰ Ancora di recente la giurisprudenza ha ribadito l'orientamento secondo cui la sentenza che definisce il giudizio di retratto è una sentenza di accertamento e non costitutiva cfr. Cass. 25 ottobre 2019, n. 25758, nello stesso senso cfr. Cass. 16 gennaio 2009, n. 606265. Inoltre, si noti Corte di Appello di Potenza, 14 gennaio 2015, n. 14 che nel dispositivo dichiara, stante il valido esercizio del riscatto, l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà in favore del riscattante.

¹²¹ Si rinvia per questo aspetto, *infra*, par. successivo.

¹²² Sull'impossibilità di prevedere un'efficacia provvisoria alla sentenza costitutiva del pari di quanto previsto nella sentenza di condanna si veda ancora di recente MURONI, *L'azione cit.*, 166. In realtà, tale questione non è pacifica in dottrina e giurisprudenza si veda per una recente analisi delle diverse posizioni GIORGETTI, *L'esecuzione delle sentenze costitutive e considerazioni sulla reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615 co. 1 c.p.c.*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2019, 806 ss., anche

riferimento alla sentenza rinvenuto nella legge n. 2 del 1979 può essere letto in chiave di ulteriore garanzia per il retraente: infatti, a fronte delle contestazioni del terzo soltanto la certezza tipica del giudicato, che riconosce l'intervenuto effetto, fa sorgere l'obbligo per il riscattante di versare il prezzo, così da escludere che il prelazionario possa essere esposto ad ulteriori controversie con il soggetto destinatario della dichiarazione di riscatto.

Per quanto fin qui esposto, bisogna ammettere che il riconoscimento in capo al preferito di un potere sostanziale assicuri una garanzia di effettività maggiore rispetto ad un potere processuale, già solo per il fatto che finché non si formi la cosa giudicata, l'effetto non si realizza sul piano sostanziale¹²³.

Prima di trarre le conclusioni definitive circa la natura sostanziale del potere di retratto, è ancora necessario prendere in considerazione un particolare profilo, meritevole di attenzione a questo punto della trattazione.

Quella parte della dottrina (minoritaria)¹²⁴, che sostiene la natura costitutiva della sentenza conclusiva del giudizio di retratto, giunge a questa conclusione sulla base della necessità di ottenere mediante la sentenza un titolo idoneo alla trascrizione, in modo che dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà si possa fornire idonea pubblicità immobiliare.

In effetti, mentre nel caso in cui interviene l'adesione (come espressamente riferisce il già citato art. unico legge n. 2 del 1979) alla dichiarazione di retratto del terzo acquirente, si può trascrivere l'accordo fra le parti private, formalizzato secondo le forme previste dall'art. 2657 c.c., in assenza di una norma che ammette la trascrizione di una dichiarazione privata, quale quella attraverso cui il prelazionario dichiara di riscattare il bene ceduto al terzo, l'instaurazione del giudizio è apparsa a questa dottrina quale passaggio necessario al fine di garantire la formazione di un titolo che possa essere soggetto a trascrizione, ai sensi dell'art. 2651 c.c.

per la bibliografia e i precedenti giurisprudenziali ivi citati, nonché l'opera di IMPAGNATELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, 299 ss.

¹²³ In questo senso, ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 122 che riconosce la particolare incisività della tutela accordata al coltivatore - prelazionario, avanti alla lesione del proprio interesse all'acquisto.

¹²⁴ MOSCARINI, *Prelazione* (voce) cit., 989, BENEDETTI, *Prelazione e retratto* cit., 904.

In questa prospettiva, la sentenza costitutiva risponde anche al bisogno di presidiare l'opponibilità *erga omnes* dell'effetto reale-traslativo, a prescindere dalle contestazioni del terzo acquirente, e così anche nel caso di sua mera inerzia.

Tale tesi, come noto, è stata ampiamente criticata. Primariamente, infatti, la dottrina maggioritaria ritiene che non si ponga nemmeno un problema di trascrizione della dichiarazione di riscatto, poiché sarebbe la stessa legge ad aver risolto la problematica, con la espressa previsione dell'efficacia *erga omnes* del retratto, e, dunque, la prevalenza di detto acquisto in favore del prelazionario, rispetto ad ogni altro eventuale e successivo avente causa¹²⁵. In sostanza, il conflitto fra una pluralità di acquirenti sarebbe già risolto dal legislatore, venendo superata la questione della priorità delle trascrizioni¹²⁶.

Inoltre, è ben possibile obiettare alla tesi della necessità della sentenza costitutiva, che la natura di un provvedimento giurisdizionale non può dipendere dalle conseguenze che la mancata proposizione della domanda giudiziale determina sulla trascrizione: si tratterebbe di una chiara inversione logica.

Oltretutto, la premessa di fondo da cui muove questa tesi è che la dichiarazione con la quale il prelazionario dichiara di esercitare il retratto non possa essere soggetta a trascrizione¹²⁷.

¹²⁵ CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 179 ss. e CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 303 ss.

¹²⁶ In questo senso cfr. anche SIRENA, *Il problema della trascrivibilità della domanda di riscatto legale*, in *Riv. dir. civ.* 2014, 641, il quale ritiene che quella indicata nel testo sia una scelta di politica del diritto, pur criticabile, ma necessaria in base al dato positivo.

¹²⁷ Questo assunto è stato anche basato in forza della dominante tesi che la semplice dichiarazione del prelazionario, non accompagnata dal pagamento nei termini di legge del prezzo previsto nel contratto di compravendita, non è sufficiente a determinare il trasferimento del diritto di proprietà, poiché solo con il pagamento del prezzo si verrebbe a perfezionare la fattispecie acquisitiva, così come prevista dalla legge, di contro si verrebbe ad ammettere la possibilità di trascrizione di un atto soltanto preparatorio di una fattispecie più complessa, che da solo non è idoneo al trasferimento di un diritto reale, poiché solo con il pagamento del prezzo si andrebbe a perfezionare la vicenda traslativa. Supera l'obiezione mossa da quella parte della dottrina che individua nel pagamento del prezzo l'ostacolo alla possibilità di trascrivere la dichiarazione unilaterale di retratto sempre GAZZONI, *La trascrizione* cit., 617 e ss., l'autore, infatti, ritiene che nelle ipotesi di prelazione agraria il versamento del prezzo non costituisce un co-elemento della fattispecie traslativa (cfr. CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 135 ss., nonché CASAROTTO, *La prelazione* cit., 341 ss.), bensì una condizione, ancorché *ius*, che non impedisce la trascrizione della dichiarazione di retratto, ma che dovrà essere menzionata nell'atto che si andrà a trascrivere, per poi essere, eventualmente cancellata mediante esibizione della quietanza liberatoria da parte del retrattante. Inoltre, l'autore giunge ad un'importante intuizione, ovvero che ammessa la possibilità di trascrivere la dichiarazione di riscatto quelli che sono i conflitti fra una pluralità di acquirenti non possono non essere risolti se non sulla base delle regole della trascrizione. In particolare, è necessario distinguere in base al soggetto nei cui confronti viene esercitato il riscatto. Se quest'ultimo è colui che ha acquistato in violazione della

Questa affermazione merita di essere superata per diverse ragioni: in primo luogo, è necessario ricordare, come (al pari della c.d. *denuntiatio*) la dichiarazione del riscattante non è a forma libera, poiché, come si è già detto, costituisce una dichiarazione avente efficacia negoziale tesa all'acquisto di un diritto reale, dunque tale dichiarazione deve necessariamente essere formulata in forma scritta, come richiesto dall'art. 1350 c.c.¹²⁸

Ciò premesso, in seno alla disciplina sulla trascrizione sussiste la particolare disposizione di cui all'art. 2645 c.c. che, in via residuale, ammette la trascrivibilità anche di tutti quegli atti non espressamente previsti dalle norme precedenti, ma che siano volti a produrre i medesimi effetti di quegli atti ivi menzionati, relativi al trasferimento o alla costituzione di diritti reali su beni immobili.

Dunque, in forza della norma appena citata la legge non intende esaurire in uno stretto vincolo di tipicità gli atti soggetti a trascrizione, poiché consente che, a parità di effetti, anche atti diversi rispetto a quelli previsti specificatamente dalla normativa possano essere soggetti a trascrizione. Parte della dottrina ha, allora, concluso che non sussistano particolari preclusioni ad ammettere la trascrivibilità della dichiarazione di riscatto ai sensi dell'art. 2645 c.c.¹²⁹.

prelazione, allora, nulla potrà eccepire al riscattante, poiché lo stesso era a conoscenza (o avrebbe dovuto esserlo) che il bene ceduto doveva venire offerto in prelazione ad uno o più soggetti determinati. Viceversa, quando il riscatto viene esercitato nei confronti dell'avente causa del primo acquirente, nel rispetto del termine decadenziale previsto dalla legge, ma viene trascritto soltanto successivamente allo scadere di detto termine, saranno opponibili al prelazionario quelle trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli curate dopo l'esercizio del retratto, ma prima della trascrizione della relativa dichiarazione. Si deve precisare, tuttavia, che l'assunto sorge in base all'adesione della ricostruzione del retratto come fattispecie che determina l'acquisto con efficacia *ex nunc*, contraria a quella avallata dalla giurisprudenza e da parte della dottrina (ma ampiamente criticata da altra parte della dottrina sia consentito rinviare per ora, riservandosi successivamente di mettere in luce le criticità della tesi in esame, a CASAROTTO, *Persistenti incertezze e pervicaci fallacie*, cit., 475 ss.) che intravede nella fattispecie *de qua* un'ipotesi di sostituzione retroattiva.

¹²⁸ Cfr. Cass. 28 maggio 2019; Cass. 20 luglio 2016; Cass. 3 gennaio 2014. In Cass. 24 ottobre 2011, n. 21977 la Suprema Corte, nel ribadire che il riscatto si esercita attraverso una dichiarazione unilaterale e recettizia a cui è riconosciuta valenza negoziale, prevede espressamente che il prelazionario può liberamente scegliere se esercitare il potere attraverso un atto stragiudiziale, ovvero a mezzo della notifica dell'atto di citazione.

¹²⁹ Ammette in particolare la trascrivibilità della dichiarazione unilaterale di riscatto ai sensi dell'art. 2645 c.c. GAZZONI, *La trascrizione* cit., 611 e ss., l'autore in apertura della trattazione afferma che le ipotesi di riscatto trovano il loro *antecedente logico - giuridico* nella prelazione legale. Anche in questo caso si evidenzia come questa dottrina individui quel legame necessario fra la prelazione ed il retratto che ci ha fatto propendere nella prima parte della trattazione per l'accessorietà del secondo rispetto alla prima, tanto da ritenere che il retratto sia un mero rimedio in cui si concretizza l'esercizio della prelazione e tendente a determinare l'effetto traslativo. Una precisazione è d'obbligo. Affinché la dichiarazione di riscatto possa essere trascritta la stessa dovrà essere redatta nelle forme indicate dall'art. 2657 c.c., ovvero in concreto nella forma della scrittura privata

Ed infatti, la dottrina ormai da tempo ammette la possibilità di trascrivere la dichiarazione di retratto ai sensi dell'art. 732 c.c.¹³⁰.

Resta certamente la necessità che per poter essere soggetta a trascrizione la dichiarazione di retratto dovrà rispettare i requisiti di forma indicati dalla legge ai sensi dell'art. 2657 c.c., ovvero in particolare la forma della scrittura privata autenticata dal notaio¹³¹.

Al contempo, la dottrina tradizionale ammette anche la trascrizione della domanda giudiziale di riscatto, ai sensi dell'art. 2653 n. 1 c.c.¹³² avrebbe una funzione di mera pubblicità-notizia e non l'efficacia tipicamente prenotativa degli effetti dell'emananda sentenza di riscatto, anche là dove la domanda giudiziale di riscatto non sia stata preceduta dalla dichiarazione stragiudiziale inviata dal riscattante al terzo acquirente, essa varrebbe anche quale dichiarazione avente immediata efficacia traslativa¹³³. La trascrizione della domanda giudiziale con la quale si esercita il retratto sarebbe perciò volta solo a rendere edotti tutti i possibili terzi della pendenza del giudizio avente riguardo quel particolare bene, oggetto di prelazione violata, ma non anche a risolvere i conflitti tra più acquirenti lite pendente.¹³⁴

autenticata. Altri ancora cfr. GABRIELLI, *Diritti di riscatto* cit., 698 ss., 702 ammettono la trascrivibilità della dichiarazione di riscatto ai sensi dell'art. 2653, n. 3 c.c., poiché, se di per sé l'esclusione non pare essere motivata da ragioni strettamente letterali, sarebbe in ogni caso contraddittorio ammettere che il riscattante che esercita il potere attribuitogli in via negoziale risulti maggiormente tutelato, rispetto al beneficiario *ex lege* del citato potere, questo si verificherebbe allorché il terzo acquirente, nonostante l'esercizio del riscatto, trasferisca a terzi il bene acquistato in violazione della prelazione intervenuta la scadenza del termine per riscattare, infatti, il riscattante che si ritrova nell'impossibilità di trascrivere la propria dichiarazione non potrebbe opporre l'esercizio del potere all'avente causa del terzo acquirente, che abbia trascritto l'acquisto del diritto di proprietà.

¹³⁰ ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 113 ss., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹³¹ Più complesso cfr. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 125, risulta essere il problema del retrattante che, dopo aver esercitato il riscatto in via stragiudiziale intende ottenere un titolo valido per la trascrizione. In quest'ipotesi si potrebbe avanzare la soluzione di poter trascrivere, secondo quanto stabilito dall'art. 2652, co. 1 n. 3, la domanda con cui si propone l'azione di verifica della scrittura privata. È pur vero, però, che in questo caso l'attore chiederebbe l'accertamento dell'autenticità della propria sottoscrizione, laddove la proposizione della domanda di verifica è preordinata al riconoscimento dell'autenticità o meno della sottoscrizione apposta su un documento proveniente da un soggetto diverso, rispetto a chi lo produce.

¹³² Cfr. SIRENA, *Il problema* cit., 627 ss., 629, nello stesso senso anche GABRIELLI, *Diritti di riscatto* cit., 698 ss.; VITALI, *In tema di esercizio del diritto di riscatto agrario*, in *Corr. Giur.*, 1989, 499 ss. in giurisprudenza la non più recente Cass. 17 agosto 1988, n. 4957. *Contra*, però, chi sostiene la tassatività delle norme in materia di trascrizione cfr. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 234 ss.

¹³³ CARPINO, *Riscatto* (voce) cit., 113 ss.

¹³⁴ In questo senso, peraltro è stato osservato da GAZZONI, *La trascrizione* cit., 619 che in realtà si porrebbe il problema dell'autenticazione della firma, poiché la previsione di legge conferisce

Se quanto fin qui precisato appare corretto, verrebbe a cadere quello stesso presupposto in forza del quale questa parte della dottrina ha ritenuto preferibile ricostruire la sentenza di riscatto in termini costitutivi.¹³⁵

Superata questa residuale perplessità, la netta maggiore effettività di tutela del prelazionario offerta dalla ricostruzione del retratto in termini potere sostanziale conduce a confermarne la migliore tenuta.¹³⁶

Di conseguenza, la tutela giurisdizionale invocata da chi agisce in retratto si connota per essere una tutela di accertamento di ciò che sul terreno sostanziale si è già perfezionato. La fattispecie di retratto individua, allora, una ipotesi tipica di tutela di accertamento, in un ordinamento dove si ritiene vigente il principio di atipicità della tutela dichiarativa¹³⁷.

Resta la consapevolezza che il legislatore con riferimento al retratto agrario abbia optato per una tecnica di tutela diversa da quella seguita in altre fattispecie acquisitive di diritti reali, rispetto alle quali ha invece scelto per la tutela di tipo costitutivo, lasciando che la produzione dell'effetto reale traslativo segua all'accertamento giurisdizionale. L'art. 1032 c.c. ne è un primo esempio, ma la stessa è stata prevista anche in materia di devoluzione del fondo enfiteutico *ex art.* 972 c.c.¹³⁸; ancora sempre in riferimento alla proprietà è l'ipotesi di scioglimento della comunione *ex art.* 1111 c.c., esempio anche quest'ultimo di provvedimento giurisdizionale avente natura costitutiva¹³⁹.

al difensore il potere di autenticazione ai soli fini processuali, ma lo stesso autore supera poi tale obiezione nell'ammettere che sia efficace ai fini della trascrizione anche l'autentica del difensore. Nello stesso senso si veda anche SIRENA, *Il problema cit.*, 628.

¹³⁵ Il riferimento è alle più volte citate opere di BENEDETTI, *Prelazione e retratto cit.*, 984 e MOSCARINI, *Prelazione (voce) cit.*, 975

¹³⁶ Questa si ribadisce essere l'idea maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, che ancora di recente ha confermato tale orientamento cfr. Cass. 12 marzo 2019, n. 3975.

¹³⁷ Circa l'atipicità della tutela di accertamento, che oggi si ritiene in modo pressoché unanime in dottrina, cfr. sul punto CHIZZINI, *La tutela cit.*, 644 ss. e PROTO PISANI, *Lezioni cit.*, 138 l'autore nell'ammettere l'atipicità della tutela meramente dichiarativa, ritiene che il limite di ammissibilità dovrebbe essere individuato nella possibilità in concreto per l'attore di chiedere la condanna del convenuto in ragione dell'accertamento individuato nella sentenza, rispettando in questo secondo caso il principio di effettività della tutela giurisdizionale implicante la non ammissibilità di una tutela di mero accertamento laddove l'attore possa ottenere forme di tutela più incisive.

¹³⁸ FORNACIARI, *Situazioni cit.*, 85 e ss., ove la sentenza costitutiva assurge per l'autore quale fatto modificativo o estintivo del rapporto giuridico.

¹³⁹ Si veda l'approfondito studio di PAVANINI, *Natura cit.*, 46, cfr. anche ATTARDI, *Diritto processuale cit.*, 121. Analogamente, se si pensa alle evidenziate ipotesi in cui la tecnica del diritto potestativo c.d. ad esercizio giudiziale è stata utilizzata quale modalità costitutiva dei diritti reali, secondo il disposto degli artt. 1032, 974 c.c. ha comunque consentito la comparazione con le ipotesi di

La disciplina del riscatto agrario è evidentemente ispirata ad una *ratio* di particolare tutela che la legge ha voluto riconoscere al preferito un particolare potere riconducibile in senso lato ad una forma di autotutela privata¹⁴⁰, avverso la

prelazione c.d. reale, nonostante la rilevante differenza, circa le modalità con cui viene attuata la tutela del soggetto titolare della situazione di vantaggio, dichiarazione unilaterale e sentenza costitutiva, questa discrasia appartiene ad una valutazione di opportunità effettuata dal legislatore, ma che, tuttavia, non è stata ritenuta ostativa a ricomprendere all'interno della categoria dei diritti reali all'acquisto, quelle fattispecie tradizionalmente ricondotte alla categoria dei diritti potestativi cfr. in questi termini espressamente CASAROTTO, *La prelazione* cit., 199 - 200, si noti anche l'accostamento delle citate fattispecie nel lavoro di CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., diffusamente 125 ss., che indipendentemente dalle modalità attuative vengono ricondotte all'alveo delle fattispecie acquisitive dei diritti reali in via coattiva.

¹⁴⁰ Qualifica espressamente il riscatto quale strumento di autotutela privata, PALADINI, *Il retratto aspetti tecnico applicativi* cit., 146, tale strumento mira alla realizzazione in via coatta del diritto di prelazione, ovvero dell'acquisto del diritto di proprietà, tutelando quell'interesse sotteso all'attribuzione del vincolo prelatizio. In termini più generali individua un rapporto fra i diritti potestativi e l'autotutela privata. In particolare, assimila il diritto potestativo all'autotutela privata BIGLIAZZI - GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Vol. I, Milano, 1971, 60 ss., qualche riferimento anche in FERRI, *Profili* cit., 18 ss., che definisce i c.d. diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale come ipotesi di *esercizio autonomo della propria ragione*. Tuttavia, nelle opere da ultimo citate non vi è un espresso riferimento al retratto, come ipotesi di autotutela privata, nonostante si possano ravvisare diversi elementi strutturali, che, invece, lascerebbero pensare ad una possibile inclusione nella categoria *de qua*. Oltre alla già citata opera di Ferri, laddove emerge una forma di omologazione fra i poteri formativi ad esercizio stragiudiziale e le ipotesi di autotutela privata, è, infatti, possibile affermare che determinare il trasferimento della proprietà, dopo che questa sia stata ceduta senza il rispetto del vincolo prelatizio, ad un soggetto terzo attraverso una dichiarazione unilaterale (una volta dimostrato che non sussistono i presupposti per qualificare l'ipotesi del retratto come potere ad esercizio processuale) fa sì che il terzo acquirente possa "soltanto" subire l'effetto della dichiarazione del prelazionario che, impregiudicato il diritto del terzo ad ottenere il pagamento del prezzo, determina l'effetto traslativo del diritto di proprietà. Non si può negare, infatti, che la disciplina della prelazione risalti quelle caratteristiche tipiche delle altre fattispecie ricondotte dalla dottrina civilistica alle ipotesi di autotutela privata. Infatti, la possibilità di produrre gli stessi effetti di un contratto di compravendita attraverso la semplice dichiarazione di esercizio del diritto di prelazione, in caso di comunicazione della vendita da parte del proprietario, ovvero l'esercizio del retratto nei confronti del terzo determina che l'ordinamento attribuisce il potere al beneficiario di modificare a proprio vantaggio la vicenda traslativa del diritto di proprietà sul bene in questione, senza la necessità di cooperazione del terzo acquirente, tale che l'esercizio di detto potere tende a riparare o a neutralizzare la lesione patita dal titolare della situazione di vantaggio. Parimenti, sussiste quel fatto lesivo riconosciuto quale presupposto per l'attribuzione di un potere di autotutela privata cfr. BIGLIAZZI - GERI, *Op. cit.*, 35, nota 65. Non è forse questa la sede ideale per risolvere la questione se il binomio prelazione - retratto sia inquadrabile fra le ipotesi di autotutela, tuttavia è parso utile far emergere come, ancora una volta, quelle ipotesi che la tradizione giuridica ha definito diritti potestativi sono identificabili quali situazioni di tutela strumentale, frapposta fra la tutela di una relazione giuridica preesistente ritenuta dalla legge meritevole di tutela o di consolidamento, e la situazione soggettiva sostanziale risultante quale conseguenza dell'esercizio di quello che dovrebbe essere definito potere formativo. Anche CHIZZINI, *La tutela* cit., 33 ss., testo e note ammette che l'ambito dell'autotutela nei singoli ordinamenti è tanto più esteso, quanto si lascia maggiore spazio ai c.d. poteri formativi stragiudiziali, poiché anche essi individuano null'altro se non una forma di autotutela. In senso diverso, invece, si pone BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, 282 ss. L'autore ritiene che fra le ipotesi ricondotte alla categoria dei diritti potestativi e quelle dei c.d. poteri privati vi siano innegabili tratti comuni, primo fra tutti l'unilateralità dell'esercizio tanto del potere privato, quanto del diritto potestativo e la valenza negoziale di tale atto di esercizio, tuttavia sussiste una differenza fondamentale rintracciabile nella necessaria possibilità di reiterare l'esercizio del potere privato, laddove nel caso del diritto potestativo,

violazione dell'obbligo da parte del c.d. soggetto passivo di assicurargli la preferenza nell'acquisto. L'intera fattispecie costruita sotto le spoglie del diritto di prelazione appare allora preordinata alla realizzazione dell'unico diritto che la legge mira a tutelare, ovvero l'acquisto del diritto di proprietà. Per questa ragione, indipendentemente dalle forme in cui la prelazione venga esercitata, la situazione giuridica soggettiva, che la stessa mira a tutelare, è solo quella attinente all'attribuzione del diritto di proprietà al preferito su un bene determinato¹⁴¹.

l'esercizio determina la consumazione della situazione giuridica fatta valere. L'esempio portato dall'autore riguarda l'impugnazione del licenziamento illegittimo da parte del lavoratore subordinato: mentre, infatti, il potere di impugnare il licenziamento da parte del prestatore è esercitabile entro un determinato termine di decadenza, il datore di lavoro potrebbe reiterare (in base ai medesimi fatti) il proprio potere di licenziamento. Nell'ottica dell'autore citato, la distinzione fra il potere privato e il diritto potestativo poggia essenzialmente sulla riferibilità al primo del concetto di autorità, cfr. Id, *Op. cit.*, 285, questa sola, infatti, può inquadarsi in capo al datore di lavoro, al quale sarebbe concessa la continua possibilità di reiterare il proprio potere. A questa ricostruzione si potrebbe obiettare, però, che se è vero che il datore di lavoro potrà esercitare il proprio potere di recesso più volte a parità della medesima situazione di fatto che si è venuta a creare, qualora per esempio si avveda che l'atto di recesso è stato posto in essere, senza il rispetto delle prescritte formalità, bensì la reiterazione del potere di recedere dal contratto si può ritenere come nuovo esercizio del potere datoriale, dunque idoneo far sorgere il contrapposto potere del lavoratore di impugnare l'atto di esercizio in termine di sessanta giorni, decorrente dall'atto di reiterazione del potere. Anche FORNACIARI, *Situazioni potestative cit.*, 111 ss. riconosce che il rapporto sussistente fra il diritto potestativo (inteso nel senso in cui nel presente lavoro ci si riferisce al potere sostanziale) e la tutela costituita è il medesimo che si deve riscontrare fra le ipotesi di autotutela privata e tutela giurisdizionale, peraltro l'autore ritiene che il diritto potestativo soddisfi quella stessa esigenza in chiave di alternatività dell'autodifesa, rispetto alla sentenza di condanna.

¹⁴¹ Qualche chiosa di approfondimento merita la fattispecie del c.d. retratto urbano, attribuito in favore del conduttore di immobili commerciali, destinati ad uso non abitativo. L'art. 39 legge 392 del 1978 dispone che nel caso di violazione della prelazione di cui al precedente art. 38, il locatario di immobili ad uso commerciale, artigianale o industriale può esercitare il diritto di riscatto e versare il prezzo d'acquisto entro tre mesi decorrenti *quando non vi sia opposizione al riscatto, dalla prima udienza del relativo giudizio, o dalla ricezione dell'atto notificato con cui l'acquirente o successivo avente causa comunicò prima di tale udienza di non opporsi al riscatto. Se per qualsiasi motivo, l'acquirente o successivo avente causa faccia opposizione al riscatto, il termine di tre mesi decorre dal giorno del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio.* Avanti al tenore letterale appena ricordato sono state fornite due interpretazioni alternative circa l'esercizio del riscatto di immobili urbani. La prima riconosce che il giudizio di retratto abbia natura costitutiva, poiché dal tenore della norma la dichiarazione di riscatto dovrebbe essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, contestualmente alla fissazione della prima udienza, entro tale termine può intervenire l'adesione del terzo, così perfezionandosi l'acquisto, in caso contrario sarà il giudice (avanti alla contestazione, così come alla semplice inerzia del riscattato) a disporre il trasferimento del diritto di proprietà. La legge nel caso in esame avrebbe allora fatto ricorso allo schema fatto - esercizio del potere - sentenza - effetto, infatti non è dato ravvisarsi nella norma alcuna alternativa all'azione, come avviene tanto nelle ipotesi codicistiche di cui agli artt. 1032 e 2932 c.c., quanto nella legge di interpretazione autentica n. 2 del 1979 in materia di riscatto agrario, bensì la normativa nel caso di retratto urbano si limita ad individuare nel binomio notifica atto giudiziario - opposizione o mancata opposizione i termini dai quali decorrono i tre mesi per il pagamento del prezzo, cosicché la mancata adesione del terzo determina la necessità che l'effetto traslativo venga prodotto dalla sentenza. È dato, di contro, evidenziarsi che sulla base del dato normativo la possibilità di definire il trasferimento in via negoziale è prevista solo dopo che il giudizio è reso pendente, cosicché in questo senso il riscattante sarebbe comunque tenuto ad esercitare il potere attraverso l'atto introduttivo del giudizio e

2.5. L'oggetto del giudizio di riscatto.

La trattazione è ora matura per indagare sull'oggetto dedotto in giudizio con la c.d. azione di riscatto.

Non pare sussistono sostanziali differenze ai fini che qui interessano se attore in giudizio si renda la parte che subisce l'esercizio del riscatto, ovvero il suo titolare, il quale a sua volta potrà instaurare il giudizio e contestualmente esercitare il potere, oppure ricorrere al giudice a fronte delle contestazioni o dell'inerzia da parte del retratto.

Si tratta di comprendere se il riscatto in quanto tale può individuare la *res in iudicium deducta*, oppure se oggetto dell'azione di retratto debba essere individuato nell'accertamento dell'effetto traslativo, realizzato in conseguenza dell'esercitato potere¹⁴².

solo successivamente definire in via negoziale la fattispecie traslativa. In questo senso, si è espressa parte della dottrina cfr. FINOCCHIARO, *Esercizio del diritto di riscatto, ex art. 39 legge 27 luglio 1978, n. 392 e dies a quo del termine per il pagamento del prezzo*, in *Giust. civ.*, 1981, 34 ss.; TRIOLA, *La prelazione urbana*, Milano, 1990, 152. Viceversa, la giurisprudenza così come altra parte della dottrina ritengono che nel caso del retratto urbano si possa giungere alle medesime conclusioni indicate per l'affine fattispecie agraria, ossia che: l'esercizio del potere esaurisca i propri effetti sul piano stragiudiziale, senza che al fine di perfezionare l'efficacia traslativa sia necessario ricorrere al giudice, pertanto il riferimento normativo al giudizio si riferisce solo alla necessità di dirimere l'incertezza, circa l'avvenuto acquisto del diritto dominicale in via unilaterale. Ne consegue che il processo instaurato dal riscattante sia preordinato ad ottenere il mero accertamento della già intervenuta realizzazione stragiudiziale dell'effetto. Questa conclusione sarebbe avallata dalla stessa norma, secondo cui l'introduzione del giudizio è finalizzata all'individuazione del termine previsto per il pagamento del prezzo del bene, in modo tale da far sorgere l'obbligo di versare il prezzo in capo al riscattante soltanto nel momento in cui, avanti all'"opposizione" del terzo, l'acquisto possa ritenersi accertato in via definitiva cfr. CARPINO, *Prelazione e riscatto* (voce) cit., 8; Id. *Riscatto* (voce) cit., 1113 ss., l'autore ritiene che i riferimenti normativi al giudizio di riscatto abbiano mero valore processuale, precludendo al riscattato la possibilità di far valere giudizialmente le proprie ragioni o eccezioni in caso di adesione o di mancata opposizione avverso la dichiarazione di riscatto; CASAROTTO, *I nuovi problemi della prelazione* cit., 644. In giurisprudenza nel senso del retratto urbano quale ipotesi di potere sostanziale: Cass, 29 novembre 2011, n. 25230; Cass. 12 gennaio 2006, n. 410; Cass. 4 settembre 1998, n. 8809. Questa seconda soluzione deve ritenersi corretta, poiché valgono per il caso del riscatto urbano le medesime notazioni svolte per quello agrario, è, infatti, di nuovo la stessa legge a disporre che il problema del prezzo si ponga soltanto successivamente all'avvenuto esercizio del retratto, a sottolineare come la questione relativa all'instaurato processo, riguardi un momento successivo all'acquisto del diritto di proprietà, effetto quest'ultimo che si produce in forza dell'esercitato retratto, cfr. anche ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 82 ss., che ritiene come, nonostante *l'ambiente processuale* in cui è inserito il riscatto urbano, sia maggiormente rispettosa del dato normativo la soluzione che riconosca efficacia traslativa alla dichiarazione stragiudiziale di riscatto.

¹⁴² Le due alternative sono già indicate da PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 167. Si veda l'approfondito studio di MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 404. È ben noto il dibattito sulla possibilità che l'accertamento giurisdizionale possa vertere sull'esistenza di meri poteri potestativi la cui caratterizzazione fortemente dinamica li rende inadatti alla stabilità tipica dell'accertamento insito nel

La soluzione da accogliere è la seconda.

Ammettere, infatti, che oggetto del processo possa essere il riscatto significherebbe riconoscere che l'accertamento del giudice faccia stato su una situazione giuridica di potere il cui connotato di intrinseca dinamicità ne determina la consumazione con il proprio esercizio¹⁴³. Tale per cui il giudicato si formerebbe su una situazione giuridica che nel momento in cui viene accertata si è già estinta per consumazione, mentre la realtà sostanziale interessata dall'esercizio del potere è stata modificata se e in quanto il potere risulta efficacemente esercitato¹⁴⁴. Non è dato,

giudicato. Il riferimento non può che essere ad ALLORIO, *L'ordinamento* cit., 26 ss., anche 81 ss., che distingue la situazione giuridica del potere da quella del diritto soggettivo proprio sulla base dell'inidoneità ad addivenire oggetto di autonomo accertamento del primo, mentre solo il diritto soggettivo individua il contenuto predestinato del giudicato civile. Anche nell'opera di MENCHINI, *I limiti* cit., 185 ss. il problema del diritto potestativo viene affrontato nell'ottica della sua accertabilità nel processo costitutivo, ancorché risolta dall'autore nel senso che l'oggetto del giudizio costitutivo sia da intravedere nella situazione giuridica che è l'effetto della modifica attuata dal giudicato, CONSOLO, *Spiegazioni* cit., 35 ss., l'autore recupera la distinzione di fondo già di Allorio per escludere che oggetto del processo e del giudicato siano i c.d. diritti potestativi ad esercizio stragiudiziali (più correttamente definiti dall'autore quali poteri formativi stragiudiziali), poiché nelle situazioni in cui sorge controversia circa l'esercizio del potere, oggetto del processo instaurato non sarà la sussistenza in capo al soggetto privato del potere, bensì l'avvenuta o meno realizzazione degli effetti dell'esercitato potere sul piano sostanziale. Al contrario, nell'ipotesi di diritti potestativi *strictu sensu* intesi, la questione relativa all'accertamento si pone sulla base della particolarità della tutela costitutiva, laddove oggetto del giudizio deve individuarsi nel potere di azione in senso concreto. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità* cit., 49 ss., mantiene ferma la distinzione concettuale fra le due situazioni giuridiche l'una ad esercizio stragiudiziale, l'altra giudiziale. Lo stesso autore in Id., *La tutela* cit., 762 ss. non esclude che il diritto potestativo (da intendersi secondo la concezione alloriana, ovvero è diritto soggettivo solo la situazione giuridica potestativa ad esercizio giudiziale) possa assurgere ad oggetto di accertamento giurisdizionale nel processo costitutivo, poiché in questo senso è consentito mantenere l'autonomia concettuale dell'azione costitutiva.

¹⁴³ Il riferimento ai poteri ideali si ritrova già in CHIOVENDA, *Principii* cit., 41. Nello stesso senso, circa la consumazione del potere sostanziale con il proprio esercizio si noti LENER, *Potere (voce)* cit., 679 ss. e anche tra i primi studiosi e teorici italiani del diritto potestativo, MESSINA, *Diritti potestativi* cit., 874. LUISO, *Diritto processuale* cit., 15, ritiene che l'esercizio del diritto potestativo integri un elemento della fattispecie che, laddove il legislatore lo preveda, produce i suoi effetti direttamente sul piano sostanziale.

¹⁴⁴ ALLORIO, *L'ordinamento* cit., 104 ss., l'autore esclude che i poteri possano essere oggetto di accertamento nel processo e con particolare riferimento ai c.d. diritti potestativi, esclude espressamente che lo possano essere quelli (definiti da Allorio non diritti ma poteri) ad esercizio stragiudiziale, quali, appunto, il riscatto che qui ci occupa. Già MESSINA, *Diritti potestativi* cit., 874, dubitava dell'accertabilità dei diritti potestativi prima del loro esercizio. In particolare, lo studioso, che come già ricordato, fra i primi in Italia si dedicò allo studio dei diritti potestativi, riteneva sussistesse la carenza di interesse ad agire allorché l'attore in mero accertamento potesse effettivamente esercitare detto potere. Anche FALZEA, *La separazione* cit., 131, nell'ammettere la possibilità di accertare il diritto potestativo c.d. ad esercizio stragiudiziale, precisa che nel momento in cui è accertato tale diritto si realizza sul piano sostanziale. Riecheggia qui la nota obiezione di MENCHINI, *I limiti* cit., 179 ss., secondo cui risulta privo di utilità alcuna un giudicato che faccia stato su una situazione giuridica che si estingua con il giudicato stesso. Sempre ad avviso di Menchini, affermare l'esistenza di un potere chiedendone l'accertamento, senza esercitare il potere medesimo e dunque, senza che ne venga prodotto l'effetto, equivarrebbe a pretendere un giudicato che accerti una situazione ideale, priva di riscontro sul piano sostanziale. Il riferimento dell'autore è ai c.d. diritti

dunque, concepire l'affermazione giudiziale di un potere sostanziale, senza che se ne invocino gli effetti modificativi prodotti nella realtà sostanziale¹⁴⁵.

Allo stesso modo, tradizionalmente viene escluso l'interesse ad agire in via di mero accertamento del potere sostanziale prima del proprio esercizio, dovendosi escludere alcuna forma di utilità di un eventuale giudicato per la parte vittoriosa, poiché verrebbe richiesto al giudice di svolgere un'attività di accertamento che risulta essere del tutto ideale, ovvero preordinata ad accertare una situazione strumentale, che in un momento necessariamente successivo al giudicato potrebbe produrre la modificazione sostanziale, effetto dell'esercizio del potere di cui si è richiesto l'accertamento¹⁴⁶. Infatti, o il potere sostanziale viene esercitato e così si viene a produrre l'effetto a cui è preordinato, ovvero resta ancorato alla propria dimensione ideale, per definizione incapace di produrre qualunque effetto. Solo nel primo caso, allora, può sorgere la necessità della sentenza volta a cristallizzare l'effetto che la parte privata afferma essersi prodotto.

Occorre, peraltro, rilevare che anche chi non esclude in linea di principio l'accertamento del potere sostanziale, tuttavia, nega tale possibilità, allorquando all'atto di proposizione della domanda giudiziale il potere sia suscettibile di esercizio¹⁴⁷. Questo assunto conduce ad affermare che, nel momento in cui si

potestativi ad esercizio giudiziale, tuttavia si ritiene che detta osservazione si possa estendere anche ai poteri sostanziali, anzi forse a conferma che in entrambi i casi si debba individuare una posizione di vantaggio in termini di meri poteri, cfr. MURONI, *L'azione* cit., 106 ss. In questo senso anche MOTTO, *Poteri* cit., 555 testo e note, secondo cui il retrattante agisce in giudizio al fine di ottenere l'accertamento della situazione giuridica venutasi a creare successivamente all'atto di esercizio del potere. Ancora, PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 168 ritiene che successivamente al proprio esercizio il potere sostanziale si estingua per consumazione e oggetto del giudizio potrà essere solo l'effetto prodotto dall'esercitato potere, ciò sia nel caso in cui la domanda giudiziale venga proposta dal titolare del potere, così come dal soggetto che ne ha subito l'esercizio, il cui interesse sarà quello di chiedere al giudice di accertare la mancata realizzazione dell'effetto.

¹⁴⁵ In questo senso si veda la giurisprudenza in materia di retratto agrario cfr. Cass. 25 ottobre 2010, n. 21823, come massimata in GARBAGNATI, NICOLINI, CANTU', *Contratti* cit. 154, in cui il Supremo Collegio esclude sussista l'interesse ad agire in capo al coltivatore diretto del fondo che chieda soltanto l'accertamento del proprio diritto di prelazione, senza esercitare il retratto ed invocarne gli effetti.

¹⁴⁶ L'obiezione che più comunemente viene formulata nei confronti di chi ammette l'accertamento del potere sostanziale cfr. FORNACIARI, *Situazioni potestative* cit., 252 ss. è che in queste ipotesi sussisterebbe la carenza di interesse ad agire in mero accertamento, poiché l'attore chiede che venga statuito su una situazione puramente ideale e astratta inidonea a far conseguire alcuna utilità in capo al richiedente cfr. in questo senso di recente MURONI, *L'azione* cit., 106 ss. - 129 ss.

¹⁴⁷ MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit. 410. L'autore ammette l'accertamento del potere sostanziale in base ad una peculiare ricostruzione interpretativa, secondo cui ogni entità che individua un effetto giuridico è astrattamente idonea ad identificare oggetto di accertamento, poiché non è tanto

concretizzano tutti i presupposti previsti dalla norma per l'esercizio del potere, il medesimo non può essere solo affermato, bensì dovrà essere esercitato ed il giudice potrà essere investito della domanda di accertamento, relativa alla realizzazione degli effetti sul piano sostanziale¹⁴⁸. In questo senso, appare con evidenza che il potere di retratto non possa essere suscettibile di mero accertamento, poiché tale potere sorge per effetto della violazione del diritto di prelazione e contestualmente può essere esercitato da parte del preferito¹⁴⁹.

Per queste ragioni, l'oggetto che si deduce in giudizio con la c.d. azione di riscatto è l'effetto traslativo del diritto di proprietà, che si afferma realizzato attraverso l'esercizio del potere stragiudiziale di riscatto. Il riscattante che esercita il potere attribuitogli dalla legge non ha interesse a vedersi dichiarare titolare di quel potere, che oltretutto in quanto esercitato si è anche consumato. L'interesse dell'attore è di ottenere la statuizione circa l'intervenuta o meno modificazione sostanziale, ossia l'essere diventato proprietario del bene, in forza dell'esercitato

importante la qualificazione che una determinata situazione giuridica assume in termini di potere, ovvero di diritto soggettivo ai fini di individuare cosa possa costituire oggetto di accertamento, bensì è necessario individuare a quali presupposti un determinato effetto giuridico possa essere accertato. Secondo Motto avanti all'incertezza circa la sussistenza di un determinato potere sostanziale non si può in linea di principio escludere che il medesimo potere possa essere dedotto in un processo di mero accertamento. Tuttavia, l'autore riconosce che quando si chiede al giudice una pronuncia di mero accertamento circa l'esistenza o meno di un potere sostanziale, in realtà si deduce in giudizio il rapporto fondamentale (diritto assoluto o rapporto obbligatorio complesso) a cui il potere sostanziale inerisce.

¹⁴⁸ Oltre a MOTTO, *Op. ult. cit.*, 411 si veda anche FORNACIARI, *Situazioni giuridiche cit.*, 249 anche per la dottrina tedesca ivi citata. Anche FERRI, *Profili cit.*, 233 in nota esclude un'azione di mero accertamento del c.d. diritto potestativo ad esercizio giudiziale, poiché, data la propria natura strumentale, all'accertamento non può che conseguire la modificazione sostanziale. Nel medesimo senso MURONI, *L'azione cit.*, 108, l'autore esclude che possano sussistere poteri sostanziali esistenti, ma non attualmente esercitabili, differenza che invece coglieva nel sopra ricordato pensiero di MESSINA, *Diritti potestativi cit.*, 874 laddove solo per quei poteri non suscettibili di immediato esercizio si deve ammettere l'accertamento giurisdizionale, di contro è da escludersi l'interesse ad agire in mero accertamento del potere che può essere attualmente esercitato. In questo senso, si noti anche ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 255 testo e note che distingue sulla base dell'intuizione già di Allorio: deve essere esclusa per carenza di interesse ad agire l'azione di mero accertamento dei soli poteri sostanziali (diritti potestativi ad esercizio stragiudiziale), viceversa si dovrebbe ritenere ammissibile l'azione di mero accertamento dei c.d. diritti potestativi ad esercizio giudiziario. Cfr. anche CONSOLO, *Spiegazioni cit.*, I, 33 con riferimento al potere di recedere dal contratto, ove si afferma che la parte recedente non chiederà al giudice di accertare il potere di recesso, bensì il suo effetto, ovvero la permanenza del vincolo negoziale che lo legava all'altra parte.

¹⁴⁹ Si noti che la giurisprudenza ha precisato come il riferimento alla trascrizione dell'atto di acquisto è soltanto il momento da cui viene fatto decorrere il termine di decadenza, infatti, il retratto ben può essere esercitato anche prima di tale evento, allorquando il prelazionario sia giunto a conoscenza dell'avvenuta conclusione della compravendita in spregio al proprio esercizio, cfr. in questo senso, Cass. 19 gennaio 2006 n. 1019, in GARBAGNATI (a cura di), NICOLINI, *CANTU' Contratti, prelazione e processo agrario*, Milano, 2011, 158.

retrato¹⁵⁰. Nel processo di riscatto l'efficacia o meno dell'esercizio del potere sostanziale degrada ad una mera questione preliminare di merito, attinente ad un elemento di fatto costitutivo della fattispecie sostanziale traslativa.

¹⁵⁰ Si deve dare atto, per finalità di completezza, che sussiste una terza possibilità, avvallata sporadicamente dalla giurisprudenza, per ricostruire l'oggetto del giudizio di riscatto, ossia ritenere che il giudice sia chiamato a statuire circa l'efficacia o meno dell'atto di esercizio del potere sostanziale, cfr. Cass. 29 gennaio 2010, n. 2050; Cass. 16 gennaio 2009, n. 973. È questa una tesi che si è sviluppata più che altro in seno a quei poteri sostanziali avente efficacia tipicamente estintiva cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 556 ss. Sulla base di questa impostazione si dovrebbe giungere alla conclusione per cui il giudicato nelle ipotesi *de qua* statuisce soltanto sull'esistenza (attuale) o meno della situazione giuridica sostanziale, limitatamente a quel singolo atto di esercizio del potere, (in senso critico a tale impostazione con riferimento al potere di licenziamento cfr. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., I, 34). La conclusione a cui si dovrebbe giungere se si volesse ricorrere a questa tesi per identificare l'oggetto del giudizio di retratto è che il rigetto della domanda non precluderebbe in astratto al prelazionario (fermo restando il decorso del breve termine di decadenza) di poter esercitare nuovamente il potere, individuando come fatto costitutivo del medesimo potere un elemento diverso rispetto a quello posto alla base della prima dichiarazione. In seno a questa ricostruzione traspare, tuttavia, come l'oggetto dell'accertamento non soddisfi l'esigenza di tutela del soggetto che ha proposto la domanda, perché solo un provvedimento che accerti l'esistenza o meno dell'effetto traslativo in capo all'attore (retrattante), non già la mera validità o l'efficacia della dichiarazione di retratto, è in grado di garantire effettiva e stabile tutela nei confronti dell'attore, infatti, in caso contrario la sentenza si limiterebbe ad accertare come l'atto di esercizio del potere abbia prodotto i propri effetti, senza però che si statuisca sui medesimi, cfr. ATTARDI, *Diritto processuale* cit., 104 e ss., ritiene inammissibile come il provvedimento giurisdizionale possa avere come oggetto la soluzione circa l'esistenza di un potere che ricadrebbe in una mera questione di fatto o di diritto. A rigore, posto ad oggetto del processo la dichiarazione di esercizio del potere di retratto, la questione circa la carenza di effettiva tutela si pone in modo analogo, qualora ad agire in giudizio sia il terzo acquirente, che risulti vittorioso nei confronti del prelazionario. Infatti, il soccombente (convenuto - retraente) potrebbe rinnovare l'esercizio del riscatto, affermando di esercitarlo in base ad un diverso requisito soggettivo, senza trovare ostacolo nella prima decisione, che si è limitata ad accertare l'inefficacia dell'esercizio del retratto, sulla base della singola dichiarazione unilaterale, cosicché il reiterare l'esercizio del potere sostanziale sulla base di una diversa dichiarazione unilaterale non incontrerebbe il limite di preclusione del precedente giudicato, poiché diverso sarebbe l'oggetto dei due giudizi. In pari tempo, tuttavia, il terzo acquirente potrebbe reiterare la domanda volta ad ottenere l'accertamento dell'inefficacia dell'atto traslativo posto in essere dal retrattante, poiché assumendo rilievo individuatore i singoli motivi di invalidità dell'atto, valorizzati dall'attore vittorioso, lo stesso potrebbe nuovamente proporre una nuova domanda fondata su vizi diversi da quelli prospettati nella prima, nonostante ben avrebbe potuto farli valere in occasione del primo giudizio; in seno a questa ricostruzione la seconda domanda prospetterebbe un oggetto diverso da quello già deciso nella prima sentenza, non trovando allora la preclusione del primo giudicato vertente su un profilo oggettivo diverso. Orbene, nell'ambito del retratto agrario il problema circa la possibilità che il retrattante rinnovi la dichiarazione unilaterale, all'indomani della sentenza che abbia accertato la persistenza del diritto di proprietà del fondo in capo al retrattato, è un'ipotesi pressoché di scuola, in quanto ancorché non preclusa (stante la teoria in esame) in base ai limiti oggettivi del giudicato, si verificherebbe comunque la preclusione del termine di decadenza annuale previsto dalla legge per il suo esercizio. Questione più delicata può presentarsi quando controversa è la qualifica di affittuario del fondo. Si ponga il seguente esempio: prima del passaggio in giudicato della sentenza che accerta in capo al coltivatore la sussistenza del rapporto di affitto, il proprietario decida di vendere ad un terzo il fondo ed il terzo agisca in giudizio per l'accertamento del proprio diritto di proprietà contro il coltivatore. L'analisi si deve porre in questi termini: il problema che ha una valenza teorica stante l'esistenza del termine annuale di decadenza non potrà che porsi allorché la pronuncia sul rapporto di affitto passi in giudicato dopo la sentenza che definisce il giudizio vertente sul diritto di proprietà. L'accertamento della qualifica di affittuario del fondo opera come fatto sopravvenuto rispetto all'accertamento del diritto di proprietà, fatto che individua un elemento costitutivo della fattispecie di retratto, ciò per cui

D'altro canto, individuare nell'effetto traslativo l'oggetto dell'azione di riscatto conferma quella classica intuizione secondo cui avrebbe senso parlare di efficacia di giudicato sostanziale soltanto laddove si riconosca alla parte vincitrice *un bene della vita avente importanza in processi futuri*¹⁵¹, in modo da garantire alla parte privata il soddisfacimento dei propri interessi concreti.

In questo senso, soltanto la statuizione sull'effetto traslativo del diritto di proprietà è in grado di garantire al prelazionario il soddisfacimento di un concreto interesse, ovvero quello di fare certezza sull'intervenuto acquisto in forza dell'esercitato potere.

A ciò si aggiunge il sorgere del vincolo di preclusione nei confronti del terzo acquirente riscattato di poter contestare in un successivo giudizio l'efficacia

l'incidenza dell'accertamento giudiziale contenuta nella sentenza, che decide circa la titolarità del diritto di proprietà può essere travolta dall'eventuale esercizio del retratto da parte dell'affittuario e il terzo, il quale ancorché forte di un giudicato favorevole circa la proprietà del fondo, rischia di risultare soccombente nella successiva lite c.d. di retratto. Se è vero che per la tesi dell'accertamento di una situazione durevole del tempo tale accertamento regola anche lo *sviluppo temporale successivo al giudicato* cfr. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Padova, 1991, 135 ss. non può non emergere come il sopravvenire di quell'elemento volto ad integrare una fattispecie idonea a modificare in via unilaterale la situazione medesima non possa trovare ostacolo nel giudicato precedente, il quale si riferisce ad una situazione preesistente e diversa in cui era ancora insussistente l'elemento fondamentale per il perfezionamento della fattispecie di retratto che sarebbe stata in sé idonea a modificare la titolarità del diritto di proprietà. Sulla base di queste valutazioni, quindi, il momento a cui si riferisce l'accertamento giudiziale presuppone la deducibilità in causa di tutti i fatti rilevanti verificatisi fino a quel momento, è possibile, tuttavia, che durante l'intervallo di tempo tra l'ultimo momento a disposizione delle parti per introdurre nel processo fatti rilevanti e il passaggio in giudicato della sentenza intervengano fatti nuovi rilevanti, i quali non potrebbero però più essere dedotti nel giudizio, con il risultato che la situazione accertata dal giudicato possa venire modificata. Nell'esempio svolto, in particolare, se l'accertamento del rapporto sussistente in ragione del contratto di affitto individuato dalla sentenza sopravvenuta al primo giudicato determina il concretizzarsi dell'elemento soggettivo previsto dalla fattispecie di retratto è innegabile, però, che il primo giudicato che accerti il diritto di proprietà, se non può essere di ostacolo al valido esercizio del riscatto e dunque alla modifica della titolarità della proprietà che è stata accertata in capo al terzo acquirente dalla sentenza passata in giudicato, costituisce in realtà l'accertamento del presupposto previsto dalla legge affinché maturi il requisito oggettivo della medesima fattispecie: ossia il trasferimento della proprietà ad un terzo, presupposto che nell'esempio è stato accertato da una sentenza passata in giudicata, ma i cui limiti temporali non precluderebbero la possibilità di modificare la situazione sostanziale ivi accertata attraverso l'esercizio del retratto, la cui fattispecie costitutiva si è integrata successivamente al passaggio in giudicato della (nell'esempio) seconda sentenza. Non peraltro la giurisprudenza ha ravvisato nel rapporto fra il giudizio di retratto e quello di rilascio del fondo per scadenza del contratto, ovvero per morosità dell'affittuario un'ipotesi di pregiudizialità dipendenza in grado di determinare la sospensione necessaria del processo pregiudicato ai sensi dell'art. 275 c.p.c. cfr., in particolare Cass. Sez. Un. 26 marzo 1992, n. 3730 in *Riv. dir. agr.*, 1992, 32 e ss., con nota di NAPPI, *Domanda di retratto e domanda di rilascio dalla sospensione per pregiudizialità alla continenza di cause il passo è possibile*. Sul punto si tornerà nel prosieguo della trattazione, laddove si illustreranno in termini specifici quali sono i termini del rapporto fra i due giudizi.

¹⁵¹ CHIOVENDA, *Principii* cit., 913, recupera questa tradizionale intuizione proprio riguardo ai diritti potestativi (nell'ambito della ricerca sull'oggetto del giudizio costitutivo) MENCHINI, *I limiti* cit., 179.

traslativa della fattispecie prelatizia¹⁵². Si pensi, in particolare, all'eventuale giudizio di condanna al rilascio del bene acquistato in forza della prelazione ed occupato dal terzo acquirente, quest'ultimo non potrà mettere in discussione l'intervenuto acquisto del diritto di proprietà in capo al prelazionario che, in forza del giudicato, pretende la liberazione del bene per poterne liberamente disporre. Effetto, quest'ultimo che non si potrebbe produrre nel caso in cui il giudizio c.d. di retratto si concludesse con l'accertamento della sussistenza in capo all'attore del potere sostanziale (o nel rispetto di una diversa prospettiva ricostruttiva del diritto di prelazione), poiché tale statuizione non legittimerebbe il soggetto nei cui confronti è stata accertata l'esistenza della prelazione di pretendere il rilascio del bene¹⁵³.

¹⁵² Nel riprende l'espressione di Chiovenda citata nel testo MENCHINI, *Op. ult. cit.*, 179 ss. si richiama al concetto di *utilità* del giudicato. Utilità che il giudicato deve rappresentare per la parte vittoriosa in una duplice direzione, in un primo senso il giudicato deve costituire una preclusione avanti una possibile reiterazione della domanda principale, dall'altra parte quello di far sorgere il c.d. effetto conformativo positivo, ovvero il giudice di un secondo eventuale processo non può risolvere la questione già decisa dal primo giudicato in maniera difforme, rispetto a quanto statuito da quest'ultimo. Quanto sostiene Menchini con riferimento all'inutilità concreta di un giudicato che accerti il diritto potestativo, ben può essere ripreso nella trattazione che in questa sede si sta svolgendo. Infatti, si è cercato di sottolineare che aver ottenuto una sentenza che faccia stato sul potere di riscatto, non garantisce al prelazionario alcuna forma di utilità, poiché il riscatto individua una situazione sostanziale strumentale alla realizzazione di un effetto ulteriore, ovvero il più volte citato effetto traslativo. La differenza con le ipotesi prese in esame da Menchini è essenzialmente da individuarsi nel fatto che la prelazione esaurisce i propri effetti sul piano sostanziale, senza la mediazione del provvedimento giurisdizionale, dunque l'effetto a cui il potere attribuito in capo al prelazionario si produce per il solo fatto del suo esercizio. Affermare l'esistenza di un potere chiedendone l'accertamento, senza esercitare il potere medesimo e dunque, senza che ne venga prodotto l'effetto, equivarrebbe a pretendere un giudicato che accerti una situazione ideale, priva di riscontro sul piano sostanziale. Cfr. ancora MENCHINI, *Op. ult. cit.*, 183. In questo senso anche MOTTO, *Poteri sostanziali cit.*, 555 testo e note, secondo cui il trattante agisce in giudizio al fine di ottenere l'accertamento della situazione giuridica venutasi a creare successivamente all'atto di esercizio del potere.

¹⁵³ Con riferimento all'azione di retratto e quella di rilascio, a conferma che l'oggetto del giudizio dedotto nel processo instaurato dal prelazionario sia l'effetto traslativo del diritto di proprietà e non il potere sostanziale, che opera soltanto quale strumento acquisitivo del citato diritto, viene in aiuto anche quella giurisprudenza che, nell'ipotesi della prelazione agraria attribuita al proprietario - coltivatore confinante, ammette come nel processo c.d. di retratto il prelazionario possa cumulare alla domanda di accertamento dell'intervenuto acquisto del diritto di proprietà anche la domanda di rilascio del fondo da parte del terzo acquirente, domanda, quest'ultima, che può anche ritenersi implicita nelle richieste avanzate dal riscattante nell'atto introduttivo e in pari tempo la medesima domanda potrebbe essere proposta per la prima volta in appello, senza incorrere nelle preclusioni dell'art. 345 c.p.c. cfr. in questo senso Cass. 23 giugno 2015, n. 12900, e Cass. 29 settembre 1995, n. 10272 (Sull'ambito di modificazione e precisazione della domanda e sui propri riflessi rispetto al c.d. *ius novorum* in fase di gravame si veda di recente, anche per i riferimenti giurisprudenziali attuali CHIZZINI, *La domanda giudiziale cit.*, 224 ss.). Nell'ammettere tale possibilità, la giurisprudenza ricorre alla figura della c.d. domanda implicita, ovvero quella domanda giudiziale non espressamente formulata dall'attore in giudizio, ma che il giudice può ricavare dall'interpretazione del contenuto sostanziale della domanda formalmente proposta, anche in ragione delle concrete utilità inerenti al c.d. bene della vita che l'attore intende conseguire con la proposizione dell'azione giudiziale (già CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale cit.*, 94 ss., ricordava come in giurisprudenza si escludesse

Tuttavia, resta ancora una questione meritevole di indagine a questo punto della trattazione, ovvero il ruolo assunto nel processo c.d. di riscatto dal diritto di prelazione. Nell'inquadramento del riscatto quale potere sostanziale si è colta l'inerenza che quest'ultimo presenta con il diritto di prelazione¹⁵⁴. Infatti, la qualità di

sussistere *extrapetizione* allorché con la pronuncia il giudice, pur discordandosi dalle formali richieste avanzate dalla parte, accordava tutela a quello stesso "bene della vita" per il quale l'attore aveva instaurato il giudizio). Per un'analisi accurata dei limiti in cui è ammessa la possibilità per il giudice di statuire anche oltre quanto espressamente richiesto dalle parti (attore *in primis*, oppure anche il convenuto in via riconvenzionale) cfr. GRASSO, *Dei poteri del giudice, sub art. 112 c.p.c.*, in ALLORIO, *Commentario del Codice di procedura civile* (diretto da), Torino, 1973, 1254 ss., in particolare 1264, nonché MONTANARI, *Corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato sub art. 112 c.p.c.*, in CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato* (diretto da), Padova, 2018, 1251; VOLPINO, *Introduzione della causa*, in CHIARLONI, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, (diretto da), Bologna, 2019, 114; CARRATTA, *Dei poteri del giudice sub. art. 112 c.p.c.*, in CARRATTA, TARUFFO, in CHIARLONI, *Commentario del Codice di Procedura Civile*, (diretto da), Bologna, 2011, 149. Si deve prendere in considerazione quell'ipotesi in cui viene ammessa la possibilità per il giudice di pronunciare su una domanda non formulata espressamente ove la domanda implicita si pone quale conseguenza necessaria della esplicita richiesta di parte, qualora con l'eventuale pronuncia di accoglimento su tale domanda viene garantita l'utilità perseguita in concreto dalla parte attraverso la proposizione della domanda formulata in via espressa. In questa prospettiva si inserisce l'ipotesi qui appreso in esame: la concreta utilità che il trattante intende conseguire è la disponibilità del bene, laddove il presupposto è l'accertamento dell'intervenuto acquisto del diritto di proprietà. Ne consegue che oggetto del processo pendente in forza dell'esercitata prelazione non può che essere il diritto di proprietà, infatti solo dall'accertamento della titolarità del diritto reale, acquistato in forza dell'esercitato riscatto, può derivare come conseguenza naturale la pronuncia, circa condanna al rilascio da parte del terzo acquirente, male si concilierebbe, peraltro, un giudizio avente ad oggetto una situazione sostanziale strumentale come la prelazione, rispetto alla domanda, ancorché, implicita di rilascio del bene. Non sarebbe dato comprendere, inoltre, come l'accertamento di un potere sostanziale (qualora ciò si volesse ammettere), ovvero di un diritto reale all'acquisto (sulla base delle diverse tesi avanzate in dottrina) possa giustificare la pronuncia sul rilascio del bene, se la fattispecie acquisitiva non si è ancora conclusa, ma se ne è accertato soltanto un presupposto. Privato di logica sarebbe ammettere come, invece, fa la giurisprudenza, che la domanda di rilascio costituisca quello svolgimento naturale o conseguenza diretta dell'accoglimento della domanda formulata in termini espressi dal riscattante, se quest'ultima non tendesse all'accertamento dell'effetto acquisitivo per cui è causa. Tanto precisato, deve, però, ammettersi che il giudice possa pronunciarsi sull'effetto ulteriore, qualora il fatto su cui l'effetto implicitamente dedotto ed espressamente pronunciato appartenga al materiale di causa. Invero, nell'esempio che ci occupa dovrà risultare dagli atti del processo che il terzo acquirente occupa il fondo o comunque ne ha il godimento, affinché il giudice possa pronunciarsi sulla richiesta di rilascio. A maggior ragione se la domanda, nei limiti in cui si è detto, venga formulata per la prima volta in fase di gravame, il fatto che giustifica la pretesa deve risultare negli atti del processo svoltosi avanti al giudice di prime cure. Nel caso in esame, affinché il giudice possa efficacemente pronunciarsi sulla domanda di rilascio proposta per la prima volta in appello, o comunque in un momento successivo rispetto all'atto introduttivo del giudizio, il fatto che il terzo occupi il bene immobile, ovvero, più in generale, ne impedisca il godimento al preferito pretermesso dovrà comunque risultare dagli atti di causa.

¹⁵⁴ Cfr. LENER, *Potere* (voce) cit. 628, 629 dove viene sottolineato che il diritto potestativo costituisce una componente evolutiva di una situazione giuridica che ha altrove la propria ragione giustificativa. Pur senza fare riferimento alla situazione preesistente quale presupposto sostanziale che accomuna le c.d. situazioni giuridiche potestative anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., 147 ammette un'unitarietà dal punto di vista strutturale degli effetti sia per quelle ad esercizio giudiziale che stragiudiziale. Su una tesi affine si pone MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 189 ss., che

prelazionario e quindi il rapporto bilaterale di prelazione certamente non può formare oggetto del giudizio di riscatto poiché questo rapporto sostanziale rileva nei confronti del terzo convenuto quale mero presupposto sostanziale dal quale è sorto l'esercitato potere di riscatto in capo all'attore.¹⁵⁵ D'altra parte, la controversia in essere fra le parti private potrebbe vertere solamente sulla tempestività dell'esercizio del potere, ovvero sulla carenza dei presupposti formali della relativa dichiarazione e non anche sull'esistenza o meno della situazione legittimante. Ciò non toglie, tuttavia, che il diritto di prelazione identifichi un elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva del riscatto, ovvero una questione pregiudiziale di merito, che il giudice dovrà risolvere *incidenter tantum*, qualora sia contestato dal terzo la qualità di prelazionario in capo all'attore¹⁵⁶: senza, però, statuire con efficacia di giudicato sulla spettanza o meno del diritto di prelazione.

Se si propende per ammettere la domanda di accertamento incidentale del rapporto pregiudiziale prelatizio nonostante intercorra *inter alios*¹⁵⁷, a rigore il terzo

estende ai poteri di modificazione ad esercizio giudiziale i risultati raggiunti dallo studio dei rapporti fra il potere sostanziale ed il giudicato di merito.

¹⁵⁵ Cfr. anche l'orientamento della giurisprudenza che riconosce la carenza di interesse ad agire in capo all'attore che agisce in mero accertamento del diritto di prelazione, senza invocare gli effetti del retratto, Cass. 25 ottobre 2010, n. 21823, come massimata in GARBAGNATI, NICOLINI, CANTU', *Contratti e prelazione agraria*, cit., 154.

¹⁵⁶ *Mutatis mutandis* il diritto di prelazione assume, nel giudizio di retratto, un ruolo non diverso da quello che secondo Cavallini cfr. CAVALLINI, *L'oggetto del giudizio di rivendica*, Napoli, 2002, 327 ss. si debba riconoscere al diritto di proprietà nell'azione di rivendica, in cui la proprietà non è l'oggetto del giudizio instaurato dal rivendicante, ma solo quel presupposto sostanziale legittimante a proporre l'azione di rivendica, che ai sensi dell'art. 34 c.p.c. può divenire oggetto di accertamento, qualora una parte lo richieda. Si noti in questo senso anche la giurisprudenza, cfr. Cass. 12 settembre 2011, n. 18644, ritiene che la questione circa la spettanza o meno in capo al riscattante del diritto di prelazione viene decisa *incidenter tantum* e non costituisce oggetto del processo di retratto.

¹⁵⁷ Si potrebbe finanche dubitare che le parti possano svolgere una domanda di accertamento incidentale *ex art. 34 c.p.c.*, nella misura in cui il rapporto prelatizio non intercorre tra attore e convenuto nel giudizio di riscatto. Tuttavia, superata risulta essere l'idea che la proposizione della domanda di accertamento incidentale per essere ammissibile debba individuare un rapporto intercorrente fra le stesse parti del giudizio (in questo senso si veda FRANCHI, *Della competenza per connessione, sub. art. 34 c.p.c.*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, 331). Ammette l'accertamento di un rapporto pregiudiziale involvente un soggetto terzo, rispetto al pendente, purché la questione pregiudiziale sia stata dedotta nel processo e limitandone l'efficacia alle sole parti in causa CHIZZINI, *L'intervento adesivo, II, struttura e funzione*, Padova, 1992, 944. La giurisprudenza, infatti, ancora di recente cfr. Cass. 22 febbraio 2013, n. 4624; Cass. 16 febbraio 2005, n. 3105 ha chiarito che anche qualora la questione pregiudiziale di merito riguardi un rapporto in cui parte è un soggetto terzo insieme all'altro, già contraddittore nella lite pendente, il giudice può certamente conoscere della questione *incidenter tantum* al fine di decidere la propria causa. Qualora, viceversa, una parte chieda che su quella questione il magistrato decida con efficacia di giudicato, allora, si ritiene che debba essere integrato il contraddittorio anche nei confronti dell'altra parte del rapporto sostanziale, così che anche l'altro soggetto entri a far parte del giudizio.

acquirente, per esempio nel caso di prelazione dell'affittuario coltivatore diretto ai sensi dell'art. 8 legge n. 590 del 1965, potrebbe non solo contestare la qualità di prelazionario in capo al pretermesso, ma prima ancora contestare all'attore riscattante la qualità di conduttore del fondo compravenduto e formulare a sua volta, in via incidentale, una domanda di accertamento negativo circa l'insussistenza in capo al riscattante del citato rapporto locatizio. In questo caso, formatosi un cumulo oggettivo sopravvenuto di domande, l'accoglimento della domanda incidentale, che statuisce con efficacia di giudicato che il riscattante non sia conduttore del fondo compravenduto, determina il rigetto della domanda di retratto per accertata carenza di un elemento costitutivo di fattispecie¹⁵⁸. In questo esempio si coglie la doppia pregiudizialità di rapporti cui è subordinata la fattispecie traslativa del riscatto: il diritto di prelazione è infatti a sua volta dipendente dal rapporto locatizio.

Lo stesso vale anche nell'altra fattispecie di prelazione nell'acquisto del fondo rustico attribuita al coltivatore proprietario del fondo confinante, rispetto a quello posto in vendita. In questa seconda ipotesi, la doppia pregiudizialità che si nota rispetto alla domanda di riscatto è il rapporto prelazio e la qualità di proprietario del fondo confinante. Anche essa, infatti, se controversa fra le parti, può formare oggetto di una domanda di accertamento incidentale.

Nel caso citato nel testo si dovrebbe allora concludere che il giudice possa conoscere e risolvere la questione circa la spettanza del diritto di prelazione, senza estendere il contraddittorio nei confronti dell'alienante. Se, invece, le parti chiedono che il diritto di prelazione venga accertato con efficacia di giudicato, allora il venditore deve diventare parte del giudizio. In adesione alla tesi giurisprudenziale si veda il recente lavoro di PILLONI, *Profili processuali della domanda di accertamento incidentale*, Padova, 2020, 80 ss., in particolare 90-91 anche per i profili meno recenti del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, over emerge, peraltro, che restano discussi i profili riguardanti lo strumento processuale per estendere il contraddittorio al terzo titolare del rapporto pregiudiziale, ovvero se sussista la necessità della sua chiamata *ex art. 102 c.p.c.*, ovvero possa operare l'istituto della chiamata per comunanza, oppure l'estensione del contraddittorio per ordine del giudice. Spesso nella prassi il problema viene superato, poiché nel costituirsi in giudizio, nella grande maggioranza dei casi, avanti alla domanda di retratto, il terzo acquirente formula domanda di garanzia per evizione nei confronti del proprietario venditore, così esteso il contraddittorio verranno ad integrarsi i presupposti affinché la questione circa il diritto di prelazione possa essere decisa con efficacia di giudicato, qualora una parte (che ben potrebbe essere il terzo chiamato) lo richieda, cfr. *infra* Cap. III.

¹⁵⁸ Appare più corretto fare riferimento alla domanda di accertamento incidentale e non a quella riconvenzionale, poiché la questione attinente alla qualifica soggettiva sostanziale di affittuario coltivatore, appartiene già alla materia del decidere, ovvero è una di quelle questioni che, indipendentemente dalla domanda di parte, il giudice è chiamato a risolvere ai fini del decidere, poiché tale qualifica costituisce un elemento costitutivo della fattispecie traslativa. L'istanza della parte circa l'accertamento della relativa questione determina soltanto che il giudice dovrà deciderla con efficacia di giudicato.

Tutte queste questioni, se controverse nel processo, devono essere conosciute e decise dal giudice della causa di retratto, ma salvo che venga formulata domanda di accertamento incidentale non ne costituiscono l'oggetto e sulle stesse non si forma il giudicato.

I risultati raggiunti non cambiano, qualora ad agire in giudizio non sia il riscattante, ma il terzo acquirente destinatario della dichiarazione di riscatto¹⁵⁹, il quale proporrà in giudizio la domanda di accertamento negativo circa il perfezionato effetto traslativo. Anche in questa ipotesi, dunque, la lite fra il terzo acquirente (attore) ed il riscattante (convenuto) non verterà circa l'accertamento dell'esistenza del potere di riscatto, bensì sull'avvenuta realizzazione degli effetti derivanti dall'esercizio¹⁶⁰: oggetto del giudizio di accertamento negativo è l'effetto traslativo, che l'attore riscattato afferma non essersi prodotto sul piano sostanziale.

Chiarito in questi termini l'oggetto della c.d. azione di retratto resta da chiedersi se la natura della stessa abbia carattere personale o reale.

Tanto nella prassi, quanto in letteratura si ritrovano entrambe le soluzioni. L'orientamento che riconosce all'azione di retratto natura reale fonda la propria conclusione sul dato positivo sostanziale, laddove al riscattante è consentito esercitare il proprio potere nei confronti del soggetto che risulta attualmente proprietario del bene, con il solo limite del termine annuale di decadenza, decorrente dalla trascrizione dell'atto di acquisto. La soluzione all'accennato problema non può che fondarsi sulle conclusioni raggiunte nelle pagine precedenti: infatti, l'azione di

¹⁵⁹ La dichiarazione unilaterale del prelazionario potrà fondare l'opportunità per le parti di agire in giudizio al fine di ottenere un provvedimento che faccia certezza in merito alla modifica o meno della situazione sostanziale, all'indomani dell'esercizio del potere: l'interesse per la parte che agisce in giudizio non è alla declaratoria di efficacia della dichiarazione di retratto, bensì all'accertamento circa l'attuale esistenza del diritto, che gli garantisce il soddisfacimento del proprio interesse sostanziale. Così espressamente MOTTO, *Op. ult.* cit. 553.

¹⁶⁰ L'ammissibilità in via generale dell'azione di accertamento negativo è oggi pacifica in dottrina CONSOLO *Spiegazioni* cit., 25 e ss., tuttavia non sussiste unanimità di vedute circa l'oggetto della domanda di accertamento negativo: parte della dottrina, TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 21 ss., nel partire da una semplice, ancorché corretta, constatazione, afferma come per affermare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva sia necessario verificare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi della fattispecie, per affermarne l'inesistenza sufficiente accertare che uno solo tra essi non si sia verificato. Da ciò l'autore riconosce che oggetto della domanda in questione sarebbero una o più questioni corrispondenti alle singole pretese fatte valere, in sede stragiudiziale, dal convenuto. Quello che non soddisfa, della tesi da ultimo esposta, così sempre CONSOLO, *Spiegazioni* cit., 26, il fatto che in questi termini si ammetterebbe come oggetto della domanda potrebbero essere alcuni soltanto dei singoli aspetti del diritto, e non dunque solo ed esclusivamente il diritto nel suo complesso. Sul punto si veda l'approfondito studio di ROMANO, *L'azione di accertamento* cit., 263 ss.

retrato è essenzialmente tesa ad ottenere una statuizione vincolante sull'effetto traslativo del diritto di proprietà, acquisito dal retrattante, in forza del perfezionamento della fattispecie traslativa in capo al prelazionario¹⁶¹.

Pertanto, si ritiene che la relativa azione abbia natura reale e non personale. Infatti, la realtà dell'azione consegue alla natura dell'effetto dedotto in giudizio, ovvero il trasferimento in capo al preferito del diritto di proprietà, fatto valere nei

¹⁶¹ La questione circa la natura della c.d. azione di retratto è stata al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale in cui entrambe le tesi hanno nel tempo trovato adesione da parte della prassi. L'importanza del dibattito era particolarmente avvertita prima della riforma ad opera del D.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 che ha soppresso la figura del pretore. Infatti, prima della novella, in base alle disposizioni di cui agli artt. 12 e 15 c.p.c. la natura reale o personale dell'azione poteva essere attribuita secondo la determinazione del valore al pretore, ovvero al Tribunale. Tuttavia, la questione circa la natura del processo instaurato dal prelazionario pretermesso si pone quale motivo di riparto circa la competenza per territorio: se si ritiene l'azione di retratto quale azione personale allora potranno applicarsi le norme circa di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c., viceversa la realtà dell'azione impone che la competenza debba essere radicata secondo il foro esclusivo del luogo in cui il bene è ubicato, di cui all'art. 21 c.p.c. L'orientamento più risalente (tuttavia, si veda nella recente giurisprudenza di merito Trib. di Arezzo, 12 aprile 2016, n. 458, fonte banca dati *De Jure Giuffrè* www.dejure.giuffrè.it) riteneva che l'azione *de qua* dovesse essere considerata un'azione di tipo personale cfr. Cass. 18 gennaio 1991, n. 465; Cass. 6 aprile 1983, n. 2422, nonché con riferimento al retratto enfiteutico, ma le cui osservazioni possono estendersi anche a quello agrario Cass. 20 ottobre 1974, n. 3222, in *Giur. agr. it.*, 475, con nota di GERMANO³, *Appunti sull'azione di riscatto*; si veda per il contrasto giurisprudenziale anche ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 124 in nota. L'oggetto del relativo giudizio non doveva, infatti, individuarsi con il diritto reale di proprietà dedotto dal riscattante, bensì il giudizio era preordinato all'accertamento dell'esistenza del negozio traslativo del diritto di proprietà, ovvero della sussistenza o meno di una relazione negoziale fra le parti, quale conseguenza dell'esercitato retratto. Di per sé questa conclusione era avvallata anche dalla idea secondo cui oggetto del giudizio di riscatto fosse il medesimo "diritto potestativo" dai più ricondotto alla categoria dei diritti relativi si veda MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 46, ancorché opponibile *erga omnes* per espressa previsione di legge. Più di recente, invece, la giurisprudenza di legittimità ha ricondotto la c.d. azione di retratto nell'alveo delle azioni reali cfr. Cass. 11 marzo 1992, n. 2928, poiché la questione dedotta nel processo riguarda il diritto reale di proprietà. In questo senso, chiaro risulta essere l'arresto della Suprema Corte 11 dicembre 2012, n. 22628 in *Giust. civ.*, 2013, 9, 1772 in cui si esclude che il convenuto in un giudizio possessorio possa proporre la domanda di retratto agrario, poiché, stante la natura petitoria della relativa azione, incontra il limite di cui all'art. 705 c.p.c. Nella stessa pronuncia, la Corte riconosce la natura reale dell'azione di retratto poiché nel relativo giudizio viene dedotto dal prelazionario il diritto di proprietà, che il medesimo pretende di aver acquistato. La Corte ritiene che il vincolo di cui all'art. 705 c.p.c. impedisca di proporre al convenuto nel giudizio possessorio anche successivamente alla dichiarazione di parziale incostituzionalità della citata norma seguito della pronuncia delle Corti costituzionale 3 febbraio 1992, n. 25, poiché la pendenza del giudizio possessorio non è ostativa all'esercizio del retratto quale potere sostanziale. La problematica poteva porsi stante il termine di decadenza (annuale nel caso della prelazione agraria) a cui la legge assoggetta l'esercizio del potere in questione; termine che ben poteva essere spirato una volta concluso il processo possessorio. D'altra parte, prosegue sempre il Supremo Collegio, qualora il potere venga esercitato attraverso domanda giudiziale l'eventuale declinatoria di estinzione del processo per contemporanea pendenza di una controversia possessoria non impedirebbe la produzione dell'effetto sostanziale della dichiarazione, poiché la domanda giudiziale deve intendersi solo il "veicolo" attraverso il quale la dichiarazione negoziale viene formulata, dunque la successiva estinzione del processo non toglie efficacia alla dichiarazione medesima e non comporta la decadenza dal diritto di riscatto, cfr. *supra* Cap. I, par. 1.7, nota n. 76 quanto affermato circa il rapporto tra l'esercizio del potere di retratto e il termine di decadenza. In questo caso, all'esito del processo *ex art.* 704 c.p.c. la parte potrà liberamente esperire l'azione di accertamento della proprietà, che pretende di aver acquistato in forza dell'esercitata prelazione.

confronti dell'attuale proprietario del bene, acquistato senza l'osservanza del diritto di prelazione.

L'azione esercitata dal preferito è, allora, essenzialmente fondata sulla necessità di risolvere la controversia circa l'individuazione dell'attuale proprietario del bene, che si afferma trasferito in seguito all'esercizio del riscatto¹⁶².

Un'ultima notazione importante.

Come avviene nelle diverse ipotesi ricondotte sotto l'alveo dei poteri sostanziali, al titolare della situazione di vantaggio è concesso solo la scelta se esercitarla o meno, senza la possibilità di intervenire sul contenuto degli effetti dell'esercitato potere, il quale è interamente disciplinato dalla legge¹⁶³. Nel caso del retratto, se il prelazionario intende esercitare il proprio potere si realizzerà la vicenda traslativa in suo favore, viceversa decorso il termine annuale - di decadenza¹⁶⁴ - il potere andrà incontro ad estinzione e l'acquisto della proprietà si consolida nei confronti del terzo acquirente.

Ben inteso, la dimensione sostanziale in cui si esaurisce la fattispecie traslativa in via di riscatto non esclude che le parti private possano ricorrere al processo per contestare: *a)* la sussistenza dei presupposti sostanziali attributivi del potere; *b)* la ritualità dell'esercizio del potere, dunque la tempestività o regolarità formale dell'atto di esercizio; *c)* oppure (e nella pratica risulta essere particolarmente

¹⁶² Sempre con riferimento alla prelazione agraria, una volta chiarito che oggetto del giudizio di riscatto è l'effetto traslativo del diritto di proprietà, appare corretto l'orientamento giurisprudenziale che esclude come la relativa controversia sia di competenza delle Sezioni specializzate agrarie. La distinzione viene giustificata sulla base della diversità delle situazioni giuridiche dedotte: se per la prelazione/riscatto agrario la controversia riguarda il trasferimento del diritto reale di proprietà, non può che ammettersi la competenza del giudice ordinario, a norma degli artt. 9 e 15 c. p. c. cfr. Cass. 27 settembre 2010, n. 19748; mentre la materia dei contratti agrari *ex* legge n. 203 del 1982 ed art. 9 legge n. 29 del 1990, oggi abrogato, ma integralmente richiamato dal co. 1, art. 11 d.lgs. n. 150 del 2011 è devoluta alla competenza del giudice specializzato agrario. Cfr. *infra*, Cap. III, par. 3.2).

¹⁶³ PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 165 ss., secondo cui l'esercizio del potere rileva sol circa l'*an* del prodursi dell'effetto, non anche i suoi contenuti, già interamente predeterminati dal legislatore. Al privato è solo concessa la possibilità di scelta circa l'esercizio o meno del potere, non potendo con il proprio atto di esercizio alterare gli effetti previsti dalla legge o dichiarare di avvalersi solo in parte dei medesimi effetti. Cfr. anche ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 5 ss. Dalla predeterminazione su base legale degli effetti dell'esercizio del potere emerge l'eccezionalità della situazione giuridica definita come potere sostanziale, in cui viene concesso al titolare di modificare la realtà sostanziale in forza di una dichiarazione unilaterale, laddove, viceversa, in generale affinché si possa modificare la sfera giuridica altrui è necessario il consenso dell'altra parte. Sulla natura eccezionale del potere sostanziale si veda diffusamente MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 8 ss. Nel senso, invece, di ritenere le posizioni giuridiche soggettive qui prese in esame come tipiche, ma non per questo vincolate ad un *numerus clausus* FERRI, *Profili* cit., 249 ss.

¹⁶⁴ Cfr. *supra* Cap. I, par. 1.7.

rilevante¹⁶⁵) lo stesso titolare preferisce esercitare il potere sostanziale attraverso la notifica di un atto introduttivo del giudizio¹⁶⁶, al quale deve riconoscersi una doppia valenza: sostanziale in quanto costituisce l'atto di esercizio del potere e processuale, poiché contestualmente rende pendente il processo, volto ad accertare l'intervenuta produzione degli effetti¹⁶⁷, stante la natura recettizia della dichiarazione di riscatto, l'effetto si produce nel momento in cui l'atto giudiziario viene notificato al riscattato.

¹⁶⁵ Cfr. espressamente ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 123, a conferma di quanto rilevato basti rilevare la copiosa giurisprudenza formatasi nel tempo nella materia della prelazione e riscatto agrario.

¹⁶⁶ Si veda di recente Cass. 28 maggio 2019, n. 14515, anche per i numerosi precedenti ivi citati, la Suprema Corte in un'ipotesi di riscatto ai sensi dell'art. 732 c.c. ribadisce una costante giurisprudenziale (comune per espressa affermazione della Corte stessa alle diverse ipotesi di riscatto agrario e del conduttore di immobili urbani) che la dichiarazione di retratto può essere formulata anche attraverso l'atto introduttivo del giudizio tendente all'accertamento dell'intervenuta modificazione sostanziale. In questa ipotesi, particolare attenzione, afferma la Corte, dovrà essere prestata all'atto di rilascio della procura speciale al difensore la quale dovrà espressamente indicare che al procuratore viene attribuito il mandato professionale ad esercitare il retratto in nome e per conto del proprio assistito, ovvero l'atto introduttivo del giudizio dovrà essere sottoscritto personalmente dal retrattante congiuntamente alla firma del proprio difensore di fiducia. In mancanza di quanto accennato, la dichiarazione contenuta nella domanda giudiziale sarà priva di effetto, ancorché potrà essere reiterata, qualora non sia ancora decorso il termine di decadenza.

¹⁶⁷ Cfr. diffusamente ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 74 testo e note. Si deve allora ritenere che l'atto introduttivo del giudizio nella sua doppia valenza tanto negoziale, quanto processuale è assoggettato alla disciplina tanto sostanziale del riscatto, quanto processuale dell'atto introduttivo del giudizio. a) dalla natura recettizia della dichiarazione di riscatto deriva che l'esercizio del potere deve essere portato a conoscenza effettiva del riscattato entro il termine annuale di decadenza. In questo senso, la giurisprudenza ha escluso l'operare la c.d. scissione degli effetti della notifica. Pertanto, il riscatto è efficacemente esercitato allorquando l'atto giudiziale, contenente la relativa dichiarazione, venga portato a conoscenza del riscattato nel termine annuale, non rileva, invece, che l'atto sia stato avviato alla notifica entro detto termine cfr. Cass. 3 gennaio 2014, n. 40 in *Dir. e giur. agr., alim. e ambiente*, 2014, con nota di RAUSEO, *La Decadenza* cit. Si legge nella medesima giurisprudenza che la conoscenza effettiva può essere anche quella legale, ovvero la notifica dell'atto introduttivo può perfezionarsi anche ai sensi dell'artt. 140 e 143 c.p.c., purché, si perfezioni entro l'anno dalla trascrizione dell'atto di acquisto del bene violato in spregio alla prelazione. Si, deve, pertanto, escludere che qualora l'attore riscattante abbia proposto la domanda nella forma del ricorso (esempio nella forma di cui all'art. 702 bis c.p.c.) il solo deposito non accompagnato dalla notifica, ancorché effettuato nel termine annuale, possa evitare l'estinzione del potere di riscatto per intervenuta decadenza; b) la dichiarazione di esercizio del riscatto deve provenire dall'avente titolo, pertanto, o l'atto di citazione viene sottoscritto personalmente anche dal riscattante (parte in senso sostanziale del giudizio), oppure il difensore che assiste il riscattante e provvede a redigere e notificare l'atto contenente la dichiarazione di riscatto deve essere munito di procura speciale alle liti cfr. Cass. 3 settembre 1998 e Cass. 8 settembre 1990, al contempo è stato precisato che il riscattante (parte sostanziale) possa ratificare la dichiarazione di riscatto formulata dal proprio difensore, purché la ratifica intervenga entro il termine annuale di decadenza. c) in base alla natura sostanziale della dichiarazione di riscatto non è applicabile al retratto esercitato per via giudiziale la distinzione fra *emendatio* e *mutatio libelli*, (nozioni proprie del processo e non estendibili ai rapporti negoziali) poiché una volta esercitato il riscatto è inammissibile anche una semplice *emendatio* ovvero di semplice precisazione della dichiarazione per esempio relativa all'estensione del fondo riscattato, poiché quest'ultima individuerebbe una nuova dichiarazione di retratto cfr., in questo senso Cass. 28 luglio 2015, n. 15865; conforme Cass. 28 giugno 2011 n.14257. d) sempre la giurisprudenza ha escluso che ai fini dell'esercizio del riscatto in forza della sua natura di potere sostanziale rilevi la sospensione feriale dei termini (attualmente 1 agosto - 31 agosto) cfr. Cass. 8 gennaio 1999 n. 110.

Per tali ragioni, eventuali vicende estintive del processo non potranno inficiare l'efficacia della dichiarazione contenuta nell'atto introduttivo, ben potendo, dunque, il riscattante reiterare la domanda di accertamento dell'effetto traslativo della proprietà in suo favore dopo che il primo processo si è concluso con un provvedimento che non statuisce sul merito¹⁶⁸. La necessità di riproporre la domanda di accertamento sorgerà essenzialmente sulla base delle contestazioni, che dopo la definizione del primo giudizio verranno formulate dal retrattato, circa l'efficacia della dichiarazione traslativa¹⁶⁹.

Peraltro, nell'ipotesi della prelazione non sussistono oneri di contestazione in capo al soggetto che subisce l'esercizio del potere in questione, né le semplici contestazioni stragiudiziali possono determinare alcuna efficacia impeditiva al prodursi degli effetti della dichiarazione stragiudiziale, l'unico modo che il riscattato ha per contestare l'efficacia della dichiarazione traslativa è quello di instaurare il giudizio affinché sia il giudice a pronunciarsi sull'intervenuto o meno perfezionamento della fattispecie prelatizia.

2.6. Il potere sostanziale di retratto agrario ... uno sguardo alla tutela del prelazionario nell'ordinamento francese.

Si è evidenziato come l'attribuzione di un potere sostanziale il cui esercizio determina l'immediata realizzazione dell'effetto previsto dalla legge, piuttosto che un potere di azione costitutiva, ove il mutamento è demandato alla sentenza, dipenda

¹⁶⁸ Conformemente a quanto riferito nel testo, la giurisprudenza ha a più riprese ribadito che la valutazione circa la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi che legittimano l'esercizio del diritto di prelazione deve essere effettuata all'atto della dichiarazione di retratto restando irrilevanti le eventuali sopravvenienze che possono, in momento successivo, far venir meno i requisiti previsti dalla legge per beneficiare del diritto di prelazione. Sintomo, quest'ultimo, che l'effetto traslativo è determinato soltanto dalla dichiarazione e che se la stessa è contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, il venir meno dei requisiti durante la pendenza del processo non pregiudica l'effetto traslativo del diritto di proprietà cfr. Cass. 18 maggio 2012, n. 7931, in materia di prelazione - retratto *ex artt.* 38-39 legge n. 392 del 1978, dove si richiama, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale in materia di prelazione agraria, specialmente con riferimento alla costruzione in chiave di surrogazione retroattiva del riscattante nel rapporto contrattuale stipulato fra cedente e terzo acquirente. Si veda anche Cass. 28 febbraio 2012, n. 3010, in questa pronuncia la giurisprudenza definisce il retratto quale facoltà in capo al beneficiario della prelazione, a sottolineare ancora una volta quell'accessorietà del primo rispetto alla prelazione, tale da confermarne la natura rimediabile. Ancora, Cass. 8 luglio 2005, n. 14448.

¹⁶⁹ Per le problematiche che la riproposizione della domanda giudiziale, successiva all'estinzione del primo giudizio comporta specie con riferimento alla tutela e alla certezza dei traffici cfr. VITALI, *In tema di esercizio del diritto di riscatto* cit., 499.

da una scelta del legislatore nella propria libertà di costruire le fattispecie secondo modelli diversi, ancorché alternativi nella realizzazione dell'effetto modificativo, costitutivo, ovvero estintivo¹⁷⁰. Questo assunto è particolarmente evidente se si amplia lo spettro di indagine verso le scelte compiute dagli ordinamenti stranieri che in fattispecie analoghe hanno, però, optato per un modello ricostruttivo diverso per tutelare l'acquisto della proprietà del fondo rustico da parte di coltivatori, in grado di vantare un particolare rapporto qualificato con il medesimo.

Prima di procedere con una breve digressione comparatistica, occorre precisare che l'istituto della prelazione nell'acquisto dei fondi rustici ha trovato notevole diffusione nella legislazione europeo- continentale, sebbene con una multiformità di sfumature, specialmente per quanto riguarda la c.d. tutela successiva alla violazione del diritto di prelazione¹⁷¹.

Se si paragonano gli obiettivi della ricerca qui svolta sulla natura sostanziale o processuale del riscatto e sulle conseguenze che ne derivano sul piano del processo, l'ipotesi di maggiore interesse si riscontra nella legislazione francese ove ai sensi della L. 412-10 *Code Rural*: una volta trasferito il fondo agrario, senza il rispetto del diritto di prelazione, il coltivatore preferito può diventare comunque acquirente del fondo attraverso una pronuncia del *tribunal paritaire*, che disponga l'annullamento del contratto traslativo, concluso in spregio al diritto di prelazione, e renda acquirente del bene il prelazionario pretermesso¹⁷². Non sussiste, invero, nell'ordinamento

¹⁷⁰ PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 161 ss.; CHIZZINI, *La tutela* cit., 521 ss. testo e note.

¹⁷¹ Per un quadro di sintesi in chiave comparatistica delle diverse ipotesi di prelazione legale nell'ambito agrario cfr. CASAROTTO, *Persistenti incertezze* cit., 438 ss.

¹⁷² Si riporta il testo della L. 412-10 *Code Rural*: *Dans le cas où le propriétaire bailleur vend son fonds à un tiers soit avant l'expiration des délais prévus à l'article précédent, soit à un prix ou à des conditions de paiement différents de ceux demandés par lui au bénéficiaire du droit de préemption ou lorsque le propriétaire bailleur exige du bénéficiaire du droit de préemption des conditions tendant à l'empêcher d'acquérir, le tribunal paritaire, saisi par ce dernier, doit annuler la vente et déclarer ledit bénéficiaire acquéreur aux lieu et place du tiers, aux conditions communiquées, sauf, en cas de vente à un prix inférieur à celui notifié, à le faire bénéficier de ce même prix.* Dalla disciplina normativa d'Oltralpe si evince che nella prelazione agraria la pronuncia sostitutiva congiunta all'annullamento del negozio non coincide con l'ambito tradizionale delle ipotesi di prelazione, poiché il prelazionario può chiedere che il giudice disponga la propria sostituzione nell'acquisto, soltanto qualora il proprietario alienante abbia comunicato al preferito la propria volontà di trasferire il cespite, ma prima della scadenza dei termini indicati per l'esercizio della prelazione proceda comunque alla vendita ad un soggetto diverso, rispetto al prelazionario, lo stesso vale in caso di alterazione del prezzo fra proposta comunicata e atto traslativo concretamente stipulato con il terzo acquirente. Nessun riferimento, invece, è contemplato nella norma circa l'ipotesi di vendita del fondo agricolo, senza preventiva comunicazione al prelazionario. Pertanto, la tutela sostitutiva per il prelazionario è limitata soltanto a particolari fattispecie di violazione del diritto di prelazione riconosciuto dalla legge,

francese un istituto analogo a quello del retratto¹⁷³, quale potere di riacquisto in capo al prelazionario; bensì al pretermesso è concesso un potere, affine ai domestici poteri

diversamente da quanto si verifica nell'ordinamento italiano, là dove sussiste una perfetta coincidenza dell'ambito applicativo dei due istituti cfr. anche CASAROTTO, *Persistenti incertezze* cit., 439 nota n. 23 e 477, nota n. 144. Una disposizione affine a quella sopra ricordata sussiste ai sensi della disposizione L. 143-15, ove lo stesso potere di ottenere l'annullamento del contratto di compravendita stipulato in violazione della prelazione è attribuito anche alla Società di sviluppo fondiario e di insediamento rurale (Ente pubblico francese) che deve essere preferita nell'acquisto di fondi agricoli ai sensi della L. 143-1 *Code rural*, qualora su questi non vi sia insediato un altro coltivatore, su questa fattispecie particolare di prelazione cfr. CELLE, *La vente d'un bien rural au regard des droits de préemption*, in *Archives ouvertes dépôt universitaire mémoires après soutenance, Droit*, 2014, consultata <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01096303>, in particolare, 77 ss.

¹⁷³ La vicenda del retratto nell'ordinamento francese è ricca di profili rilevanti, meritevoli di un breve approfondimento, viste le riflessioni svolte nel testo. Con l'avvento del Codice civile vennero introdotte (in contro tendenza con le idee liberal-illuministiche cfr. *supra* Cap. I, nota n. 28) diverse ipotesi di retratto, definibili secondo la dizione già più sopra ricordata del c.d. retratto puro, ovvero non posposto rispetto ad un diritto di preferenza preventiva, rispetto alla conclusione della compravendita, bensì al riscattante veniva concessa soltanto la possibilità di ottenere l'acquisto del bene, successivamente al suo trasferimento da parte dell'alienante: si notino in particolare le disposizioni di cui agli artt. 841 (c.d. retratto successorio) e 1408, co. 2 (retrato di divisione, nell'ipotesi di comunione legale tra coniugi) *Code civil* cfr. RIPET, BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Vol. IV, Parigi, 1959, 884 ss.; nonché CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 1 ss. in nota. Tuttavia, con il tempo l'acquisto del diritto dominicale in via di riscatto venne interamente ripensato dalla legislazione successiva: il retratto c.d. di divisione fu abrogato, mentre il *retrait successoral* venne interamente ri-disciplinato (attuali artt. 815 -14 ss., *Code civil*) secondo uno schema diverso, basato sulla nullità del negozio traslativo concluso *irrequisito domino*. Al coerede, infatti, è stato attribuito un diritto di prelazione, esercitabile sul piano stragiudiziale per espressa indicazione normativa, nell'acquisto della quota della comunione ereditaria che se viene violato determina la nullità del negozio traslativo, che potrà essere fatta valere dal prelazionario, entro cinque anni dall'intervenuta conclusione del contratto. Riemerge, anche in seno al retratto successorio la diversità rispetto alla previsione italiana, ove il contratto con cui la quota viene trasferita in favore di un soggetto estraneo alla comunione ereditaria è perfettamente efficace. Si deve notare, dunque, come nell'ordinamento francese è pressoché scomparso il riscatto, quale situazione giuridica ancillare e rafforzativa del diritto di prelazione, per lasciare il posto ad una sanzione di invalidità del negozio traslativo, che potrà essere fatta valere dal pretermesso, senza però che vi sia traccia di una correlazione fra la pronuncia della nullità del negozio e il trasferimento della proprietà, tanto che il giudice in assenza di contestuale domanda di parte, ben potrebbe limitarsi a pronunciare soltanto la nullità del negozio traslativo. In questo senso, è la stessa dottrina francese a ritenere che l'ipotesi della prelazione agraria - in cui accanto alla pronuncia sulla nullità del negozio il magistrato dovrà disporre la sostituzione del prelazionario nell'acquisto concluso, in violazione della propria preferenza - sia quella fattispecie ormai isolata che più si avvicina al tradizionale retratto cfr. DUPEYRON, in DUPEYRON, THERON, BARBIERI, *Droit Agraire*, Vol. I, Parigi, 1985, 349, in CASAROTTO, *Persistenti incertezze* cit., 439 secondo cui la "moderna" prelazione costituisce niente meno che l'evoluzione dell'antica figura del retratto. Al netto di queste osservazioni si può, però, trovare conferma di quanto sostenuto nel testo, ossia che in Francia, grazie anche all'evoluzione legislativa, è chiaramente intuibile quell'unicità della fattispecie traslativa preferenziale, tanto da aver indotto il legislatore a ricorrere soltanto alla preferenza preventiva, sanzionando la pretermissione del preferito attraverso l'inefficacia del contratto traslativo, senza coniare (salvo per i profili precisati l'ipotesi della prelazione agraria) una tutela specifica alternativa a quella ordinaria avverso la stipulazione di contratti, in violazione della legge. Sussiste nei due ordinamenti un altro dato comune, ovvero l'insussistenza di un modello legale di prelazione (o di retratto) non essendo ravvisabile una disciplina generale circa l'istituto prelatizio, aldilà delle specifiche disposizioni sopra ricordate. Viceversa, una disciplina generale del c.d. retratto legale si riscontra nell'ordinamento spagnolo ai sensi dell'art. 1524 *Código civil*. Nel codice spagnolo il retratto viene definito come quel diritto di surrogarsi nel contratto di compravendita, senza che sia prevista l'inefficacia di quest'ultimo, né che sia imposta la necessità

di impugnativa negoziale, tramite il quale agire in giudizio per ottenere la caducazione del contratto concluso in violazione della prelazione ed ottenere l'acquisto del diritto di proprietà alle medesime condizioni previste nel contratto annullato. Quindi, il preferito non può ottenere in via unilaterale la realizzazione dell'effetto acquisitivo, ma l'effetto traslativo può essere realizzato solo attraverso una pronuncia giudiziale che, nell'annullare la compravendita impugnata, "renda" acquirente il prelazionario alle medesime condizioni previste nel contratto. Ci troviamo, allora, agli antipodi rispetto alla scelta della legge italiana, ove non solo il riscattante può perfezionare l'acquisto attraverso una dichiarazione unilaterale, ma ancora non si è mai dubitato dell'efficacia del contratto traslativo stipulato *irrequisito domino*, tanto che il riscatto deve essere esercitato nei confronti del terzo acquirente (ovvero dei suoi successivi aventi causa), a conferma dell'intervenuto ed effettivo trasferimento del diritto di proprietà in favore di quest'ultimo. In questo senso, si nota un'ulteriore differenza: si è cercato di dimostrare come nell'esperienza italiana il vincolo che consente l'esercizio del riscatto nei confronti di un soggetto diverso, rispetto all'alienante è di natura reale: l'acquirente (sia esso primo, ovvero successivo avente causa) acquista un bene gravato dal vincolo prelatizio e che, finché

dell'azione giudiziaria per la realizzazione dell'effetto traslativo. In questo senso, allorché la prelazione è assistita dal c.d. retratto legale, il legislatore spagnolo recupera la struttura già nostrana della prelazione, valorizzando all'interno della fattispecie prelatizia i due momenti: quello strettamente di preferenza e quello di riacquisto del diritto di proprietà. Tuttavia, ad un apparente ordine nella strutturazione della fattispecie, là dove già all'interno del codice si ravvisa una disciplina specifica per il retratto, si riscontra una rilevante vastità di legislazione speciale circa le diverse ipotesi di prelazione nell'ambito agrario non sempre coerenti fra loro a cui si aggiunge la disciplina particolare tipica di un ordinamento frastagliato di autonomie regionali. Per un'analisi comparatistica della prelazione agraria fra Italia e Spagna e a riprova della stratificata disciplina spagnola si veda DE SIMONE - LO'PEZ Y LO'PEZ, *La prelazione agraria in Italia e in Spagna esperienze a confronto*, Napoli, 1998, 98 ss., anche per una critica circa la definizione codicistica del retratto. Sia in questa sede consentito notare che anche in Spagna, come sostiene la prassi maggioritaria italiana, il retratto viene assimilato dalla legge ad una surrogazione nel contratto di compravendita alle medesime condizioni stipulate fra le parti, cosicché l'esercizio del potere sostanziale non determina (direttamente) l'effetto acquisitivo del diritto di proprietà, ma solo un effetto sostitutivo del riscattante nella posizione contrattuale dell'acquirente, demandando poi all'efficacia traslativa del negozio privatistico l'acquisto del diritto di proprietà. D'altro canto, nonostante il dato normativo sopra ricordato anche nell'ordinamento spagnolo si può ricostruire la fattispecie acquisitiva in via di prelazione come unitaria, tanto che nell'ipotesi agraria, ove il retratto si innesta sulla violazione della prelazione, il primo costituisce una *manifestazione di quel diritto (idest: della prelazione) in seguito all'alienazione* così DE SIMONE - LO'PEZ Y LO'PEZ, *La prelazione agraria* cit., 97. Questo assunto conferma anche su un piano comparatistico (a fronte di un ordinamento che, peraltro, condivide la tradizione giuridica con quello italiano) la tesi sopra rappresentata dell'unicità del rapporto fra prelazione e retratto, ove il retratto è il potere sostanziale attribuito al prelazionario al fine di acquistare il diritto di proprietà sul bene compravenduto, con il quale il titolare della prelazione (affittuario o proprietario confinante) potesse vantare un rapporto qualificato.

non matura il termine annuale di decadenza, resta assoggettato al riacquisto da parte da parte del prelazionario pretermesso. Viceversa, la legislazione francese costruisce la fattispecie prelatizia non sulla base di un vincolo inerente al trasferendo bene, ma in forza di una precarietà del contratto stipulato, passibile di essere annullato. Si può, allora, ammettere che la tutela del prelazionario disciplinata dal *Code Rural*, sia di stampo prettamente contrattuale, la cui realizzazione deve necessariamente avvenire attraverso la pronuncia di una sentenza, che, ricorrendo alle categorie classificatorie italiane, si può definire costitutiva. D'altra parte, la scelta di attribuire alla sentenza l'efficacia traslativa è conforme alla tradizione francese di limitare le ipotesi di poteri sostanziali, ove i soggetti della fattispecie possano risolvere sul piano dell'autotutela le vicende acquisitive, modificative o estintive dei rapporti privati, lasciando, di contro, maggiore spazio alle ipotesi c.d. di poteri di azione costitutiva in cui sia il giudice ad intervenire modificando la realtà sostanziale¹⁷⁴.

Tuttavia, avanti alle profonde differenze insite nei due modelli ordinamentali resta ravvisabile un elemento comune, particolarmente valorizzato nelle pagine che precedono, ovvero l'unicità della situazione sostanziale facente capo al prelazionario, il quale a garanzia della propria qualità può chiedere che venga riconosciuta l'inefficacia del contratto traslativo e disposto il trasferimento del diritto di proprietà alle medesime condizioni contrattuali, così realizzando l'effetto acquisitivo che si sarebbe perfezionato, qualora il titolare del diritto di prelazione fosse stato messo nelle condizioni di esercitare la propria preferenza. Si noti, ancora, come quella ricordata ricostruzione dominante nella prassi italiana, secondo cui l'esercizio, ancorché in via stragiudiziale, del riscatto determini una surrogazione con efficacia retroattiva del retrattante nella posizione contrattuale del terzo acquirente è sorta

¹⁷⁴ CHIZZINI, *La tutela* cit., 753, l'autore nota la tendenza dell'ordinamento tedesco ad attribuire con maggiore frequenza al privato la possibilità di modificare la realtà sostanziale attraverso l'esercizio di un atto unilaterale, mentre nell'esperienza francese, complice anche il rigido accentramento nell'esercizio della giurisdizione, si nota una netta prevalenza per le ipotesi in cui la modificazione sostanziale deve essere mediata dalla sentenza. Nel medesimo senso anche MENCHINI, *I limiti* cit., 140 ove si evince che il sistema fondato sull'attribuzione di un potere sostanziale attraverso cui la modificazione della situazione giuridica soggettiva si attua tramite una dichiarazione unilaterale e recettizia è, invece, tipico dell'ordinamento tedesco. Cfr. però quanto riferito di recente circa la risoluzione del contratto nell'ordinamento francese da CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in CONSOLO, PAGNI, PAGLIANTINI, ROPPO, MAUGERI, (a cura di), *La risoluzione per inadempimento, poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 36, in particolare nota n. 6.

proprio in seno all'esperienza storica del retratto nell'ordinamento francese¹⁷⁵, laddove oggi questa tradizione riecheggia nella lettera della L. 412-10 *Code Rural* che dispone *et déclarer ledit bénéficiaire acquéreur aux lieu et place du tiers, aux conditions communiquées*, nonostante la diversa modalità di realizzazione dell'effetto, rispetto all'idea tradizionale di un potere sostanziale.

In conformità alle conclusioni che si sono raggiunte in senso all'analisi svolta circa l'oggetto del giudizio di retratto, si intendono ora analizzare le caratteristiche del processo che definisce il giudizio instaurato dal prelazionario pretermesso, giudizio. Potere e non diritto, come inteso secondo le tesi classiche, assodato che sussistono le premesse per ritenere che il riscatto si configuri come modalità attuativa del diritto di prelazione.

Nello studio che ci si accinge a svolgere a conclusione del lavoro sarà importante procedere da quella che risulta essere la situazione della prassi, già delineata nei primi paragrafi della presente trattazione, al fine di fare emergere quali siano le questioni maggiormente problematiche dei profili processuali della prelazione. Sarà questo il momento anche per dimostrare come il risultato raggiunto sia corretto anche alla luce della disciplina prevista per quanto riguarda il pagamento del prezzo, già più sopra analizzata per escludere la natura costitutiva della sentenza che definisce il giudizio di retratto.

¹⁷⁵ Ampiamente CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 107 ss., anche per il confronto storico della ricostruzione del retratto nell'ordinamento francese.

CAPITOLO III

IL GIUDIZIO DI RETRATTO

SOMMARIO: 3.1. L'azione di mero accertamento e la disciplina del pagamento del prezzo; a) La tesi giurisprudenziale della surrogazione retroattiva: la sentenza accerta il c.d. diritto di riscatto, che con il suo esercizio determina la sostituzione con efficacia *ex tunc* nella posizione contrattuale dell'originario terzo acquirente. Profili critici; b) *la conditio juris* "sospensiva" e l'inquadramento della sentenza di accertamento condizionato che sembra imporsi in base al dato normativo; c) (*segue*) l'ipotesi circa l'inapplicabilità dell'art. 8 co. 8 legge n. 590 del 1965 alla fattispecie di retratto. Conferma il risultato raggiunto: l'esercizio del riscatto determina l'immediata efficacia traslativa del diritto dominicale e oggetto del relativo giudizio è il diritto di proprietà; 3.2. L'efficacia del contratto traslativo stipulato in violazione della prelazione esclude la necessità di coinvolgere nel processo di retratto il venditore; 3.3. L'esclusione della tutela risarcitoria a fronte della violazione del diritto di prelazione.

3.1. L'azione di mero accertamento e la disciplina del pagamento del prezzo.

- a) La tesi giurisprudenziale della surrogazione retroattiva: la sentenza accerta il c.d. diritto di riscatto, che determina la sostituzione con efficacia *ex tunc* nella posizione contrattuale dell'originario terzo acquirente. Profili critici.

Individuato l'oggetto del giudizio di riscatto nel diritto di proprietà che, in forza dell'esercitato potere sostanziale viene trasferito al prelazionario pretermesso, è necessario ora confrontare le raggiunte conclusioni con i postulati della tesi giurisprudenziale, nei cui confronti già la dottrina sostanzialista aveva espresso le non secondarie notazioni critiche già accennate in apertura della trattazione.

Nel ricostruire dal punto di vista sistematico il c.d. rapporto di prelazione, si è ampiamente detto che soprattutto in giurisprudenza¹⁷⁶ la tesi prevalente riconosce all'esercizio del riscatto l'efficacia di una surrogazione retroattiva del riscattante

¹⁷⁶ Si veda quanto già precisato *supra* Cap. I, par. 1.3. In senso, invece, adesivo recentemente TOMMASINI, *Esercizio del riscatto* cit., 331 ss. ammette l'efficacia retroattiva del riscatto, afferma che non si possa inquadrare la medesima vicenda acquisitiva come un'ipotesi di risoluzione della compravendita effettuata in spregio alla violazione della prelazione che consenta il subentro del riscattante nella posizione contrattuale del riscattato.

nella posizione contrattuale del terzo acquirente, che per primo aveva acquistato il bene in violazione del diritto di prelazione.

In questo contesto ricostruttivo la dichiarazione del riscattante produce la sostituzione con efficacia *ex tunc* di quest'ultimo nella posizione che il primo terzo acquirente rivestiva nel negozio traslativo concluso¹⁷⁷; dichiarazione unilaterale¹⁷⁸ ritenuta sufficiente a determinare l'effetto traslativo in favore del retrattante.

Tuttavia, la giurisprudenza afferma che oggetto del giudizio di riscatto è il "diritto di riscatto" il cui (efficace) esercizio ha determinato la modifica soggettiva della relazione contrattuale instaurata fra il cedente il diritto dominicale e il terzo acquirente (o i suoi successivi aventi causa). Il riscattante ha perciò acquistato il diritto di proprietà sul bene compravenduto come se fosse il primo acquirente, rendendo irrilevanti nei suoi confronti tutti quegli effetti pregiudizievoli che hanno eventualmente coinvolto il suddetto bene nel periodo compreso fra la conclusione del contratto traslativo e l'esercizio del retratto.

¹⁷⁷ Così ancora GERMANO' in *Manuale di diritto agrario*, VIII ed., Torino, 2015, 167 e ss.

¹⁷⁸ La citata dichiarazione di riscatto si estrinseca nell'atto unilaterale e recettizio (che può essere contenuto tanto in una dichiarazione stragiudiziale, quanto nell'atto introduttivo del giudizio, cfr. *supra* Cap. II, par. 2.5, p. 86 testo e note), attraverso il quale, il prelazionario manifesta al terzo acquirente la propria volontà di acquistare la proprietà del bene a quest'ultimo ceduto in violazione della prelazione, dichiarazione che, per essere efficace, deve pervenire al terzo acquirente entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita, avente ad oggetto il cespite in questione. Particolare attenzione si nota tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza per delineare le caratteristiche della dichiarazione di retratto cfr. CASAROTTO, *La prelazione agraria*, cit., 540 e ss. Si ritiene che a pena di inefficacia la dichiarazione debba: essere redatta per iscritto, individuare con precisione il cespite per cui si agisce in retratto, deve indicare specificatamente il titolo giustificante l'esercizio del potere formativo (non si ritiene sufficiente il solo, ancorché necessario, riferimento al contratto di compravendita), in modo particolare deve essere chiaramente precisata la disponibilità del riscattante a pagare lo stesso prezzo, a cui il bene stato venduto nella contestata compravendita. Le sentenze della Suprema Corte intervenute a riguardo hanno individuato un parallelismo fra l'ipotesi di riscatto *ex art. 8 legge n. 590 del 1965* e quella prevista dall'art. 1503 c.c. in materia di riscatto convenzionale, in particolare è stata riconosciuta la nullità della dichiarazione orale di riscatto cfr. Cass. 13 maggio 2003, n. 7287. La Stessa Suprema Corte ha poi ammesso come la dichiarazione formulata senza l'indicazione della disponibilità del retraente di versare il prezzo pagato dall'acquirente (o dal suo avente causa) per l'acquisto del bene sia inefficace e se non rinnovata prima del termine annuale di decadenza, determina l'estinzione del potere di riscatto. Allo stesso modo inefficace è una dichiarazione fatta pervenire all'alienante del fondo, ormai, definitivamente spogliato, grazie alla compravendita, della disponibilità dell'immobile, si vedano rispettivamente: Cass. 22 novembre 1985, n. 5785 e Cass. 23 giugno 1999, n. 6401. Accanto a ciò è stato osservato da più parti che la dichiarazione di retratto nell'ipotesi della prelazione agraria si connota per un'efficacia tipicamente negoziale: nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario determina il perfezionamento della fattispecie traslativa in favore del dichiarante, dunque produce quegli che sono gli effetti di un negozio traslativo del diritto di proprietà cfr. ampiamente CASAROTTO, *La prelazione* cit., 210, conforme Cass. 3 gennaio 2014, n. 40 cit.

L'impostazione giurisprudenziale qui appena ricordata è essenzialmente funzionale alla tutela di esigenze spiccatamente pratiche: se l'esercizio del retratto non determinasse la sostituzione con efficacia retroattiva nella posizione contrattuale del primo acquirente, il prelazionario potrebbe ritrovarsi in una situazione artatamente pregiudizievole, poiché potrebbe acquistare un bene con caratteristiche differenti rispetto a quelle esistenti al momento della compravendita: si pensi alla costituzione volontaria da parte dell'acquirente di diritti reali parziali in favore di terzi sul bene, in pendenza del termine per l'esercizio del riscatto.

Non è questo temuto pregiudizio, tuttavia, che può giustificare la tenuta della tesi, che si espone ad un doppio ordine di critiche tanto in chiave sostanzialistica, quanto dal punto di vista processuale.

Il primo elemento critico deve notarsi nella carenza di un dato normativo che giustifichi un tale meccanismo di sostituzione avente efficacia retroattiva¹⁷⁹. Dalla lacunosità della norma di legge, l'unico dato che emerge circa gli effetti del riscatto è che il medesimo può essere esercitato nei confronti di tutti i possibili aventi causa del primo acquirente, ma nulla si dice circa l'efficacia retroattiva dell'istituto, in grado di travolgere gli effetti del contratto c.d. a monte¹⁸⁰.

Inoltre, si è già richiamata la denunciata artificiosità della tesi in parola¹⁸¹. Questa artificiosità emerge nel caso di pluralità di trasferimenti, successivi al primo;

¹⁷⁹ ROSSI, *La prelazione cit.*, 312 ss. testo e note

¹⁸⁰ Emerge dalla migliore dottrina civilistica come nel nostro ordinamento vige un principio secondo cui la retroattività di un negozio giuridico debba essere disposta da una disciplina specifica cfr. BETTI, *La teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 6. Espressa retroattività è, invece, prevista nelle ipotesi di riscatto c.d. convenzionale, in base agli artt. 1504 e 1505 c.c., i quali, tuttavia, disciplinano analiticamente le modalità con cui il riscattante può surrogarsi retroattivamente nella precedente posizione dallo stesso occupata nella qualità di alienante. Completamente silente da questo punto di vista è la disciplina della prelazione legale, cfr. anche ROSSI, *La prelazione cit.*, 312 testo e note e CARPINO, *L'acquisto cit.*, 16; cfr. anche CASAROTTO, *La prelazione cit.*, 123 ss. Ritiene ammissibile la retroattività del retratto GABRIELLI, *Il rapporto cit.*, 83 e ss. il quale non esclude che l'autonomia privata possa disporre di effetti retroattivi. L'autore, in particolare, distingue due ipotesi di retroattività: da un lato quella assoluta, ossia quella possibilità di travolgere la sfera giuridica di un soggetto terzo rispetto alle parti del negozio avente efficacia retroattiva, dall'altro un'ipotesi di retroattività relativa, in cui ad essere regolati con efficacia retroattiva sono soltanto i rapporti fra le parti del medesimo contratto. Di per sé l'unico elemento che necessiterebbe di una previsione normativa espressa all'interno del fenomeno della retroattività sarebbe soltanto l'efficacia *ultra partes*, aspetto quest'ultimo che nelle ipotesi di prelazione reale sarebbe pienamente soddisfatto dal dato normativo, laddove si riconosce l'efficacia dell'esercizio del diritto di retratto anche nei confronti dell'avente causa del primo acquirente (si vedano le più volte citate disposizioni normative).

¹⁸¹ CARPINO, *L'acquisto cit.*, 15 e ss.; CASAROTTO, *La prelazione cit.*, 109 ss.; ROSSI, *La prelazione cit.* 309 ss.

ovvero nel caso di intervenuto pagamento del prezzo in favore del riscattato, avente causa del primo acquirente.

È stato in primo luogo criticamente notato che il riscattante risulterebbe obbligato a versare il prezzo d'acquisto del bene al riscattato, ma si andrebbe al contempo a sostituire, con efficacia *ex tunc*, nella posizione di un altro soggetto, ovvero del primo acquirente. Sennonché, il prezzo che il riscattante sarà tenuto a versare è solamente quello corrisposto dal primo acquirente al cedente, restando inopponibili al titolare del riscatto gli eventuali aumenti di corrispettivo pattuiti nelle successive vendite.

Dunque, il riscattato potrebbe percepire dal riscattante un prezzo inferiore a quello che egli ha concretamente versato al proprio alienante, salva la possibilità di rivolgersi al suo dante causa per ottenere la ripetizione di quanto versato in eccedenza, oppure paradossalmente potrebbe percepire un pagamento dal riscattante a fronte di un trasferimento a titolo gratuito del proprio dante causa, successivo al primo. Non è infatti da escludere che il secondo acquisto si verifichi in base ad un titolo diverso rispetto ad un contratto di compravendita quale la donazione: tale acquisto successivo non pregiudica l'esercizio del riscatto nei confronti del donatario, in favore del quale andrebbe versato sempre il prezzo stabilito nel contratto a monte, ancorché il trasferimento in favore dell'attuale proprietario del bene sia avvenuto a titolo gratuito¹⁸². Si tratterebbe, allora, di una surrogazione parziale, poiché, per aversi una piena surrogazione il riscattante dovrebbe versare il corrispettivo direttamente all'originario venditore (soggetto passivo dell'obbligo di preferire), e quest'ultimo dovrebbe a sua volta rimborsare il retrattato¹⁸³.

Per questa ragione, la dottrina è giunta a ritenere che la tesi in esame sia da ricondurre ad una mera *fictio*¹⁸⁴ più coerente con esigenze di natura pratica, che aderente ad una corretta configurazione teorica: la ricostruzione in parola, infatti, avrebbe il pregio (da un lato essenzialmente pratico) di risolvere diverse questioni che, altrimenti, rimarrebbero aperte in apparente pregiudizio del retraente, tra cui

¹⁸² Non è, infatti, ostativo all'esercizio del diritto di riscatto il fatto che l'acquisto successivo al primo (che deve essere, invece, *ex lege* a titolo oneroso) si perfezioni attraverso una donazione cfr. CARPINO, *La prelazione nell'acquisto* cit., 420.

¹⁸³ Cfr. anche circa i rapporti fra cedente e cessionario riscattato, CARPINO, *L'acquisto* cit., 12.

¹⁸⁴ L'espressione si ritrova in CASAROTTO, *La prelazione* cit., 112.

l'inopponibilità degli eventuali diritti reali parziari costituiti dagli acquirenti in favore di soggetti estranei alla vicenda traslativa.

Ferme restando le critiche ora rappresentate, la stessa tesi risulta criticabile anche da un profilo di natura processuale, in conformità al risultato che si ritiene di aver raggiunto circa l'analisi dell'oggetto del giudizio di riscatto.

La tesi prospettata dalla giurisprudenza afferma che l'oggetto su cui cade l'efficacia di accertamento del giudicato coincida con lo stesso "diritto" di riscatto, ovvero con quello che si è visto, in realtà, costituire un tipico potere sostanziale, sorto dalla violazione del diritto di prelazione.

Senonché, nella misura in cui anche la prassi condivide l'idea del retratto quale potere sostanziale, il riscatto non può essere suscettibile di autonomo accertamento giurisdizionale, come già ampiamente sottolineato nel precedente capitolo.

Il potere di riscatto è mero fatto costitutivo della fattispecie acquisitiva, che dovrà essere provato da chi ne invoca in giudizio gli effetti¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Pacifico risulta anche nella giurisprudenza recente il principio per cui grava sul riscattante l'onere di dover provare, secondo il disposto dell'art. 2697 c.c., la sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi che assurgono a fatti costitutivi dell'acquisto in via di retratto del diritto di proprietà (fermo restando l'onere di specifica contestazione da parte della controparte cfr. Cass. 22 marzo 2013, 7253 e Cass. 18 maggio 2011, n. 10860, per cui i fatti ammessi, ovvero non specificatamente contestati *ex art. 115 c.p.c.*, non dovranno essere provati dalla parte che ne invoca in giudizio gli effetti) ivi compresi quei fatti c.d. negativi, la cui presenza esclude la spettanza del potere di retratto: si pensi a quanto previsto dalla legge n. 590 del 1965 (e così le successive modificazioni) che nell'attribuire il diritto di prelazione al coltivatore diretto del fondo prevede che il diritto non spetti a colui che [...] *abbia venduto, nel biennio precedente, altri fondi rustici di imponente fondiario superiore a lire mille, salvo il caso di cessione a scopo di ricomposizione fondiaria* [...] (Cfr. Cass. 9 marzo 2018, n. 5655), sempre la prassi ammette che tale prova possa essere fornita con ogni mezzo, ivi compreso il ricorso alla prova testimoniale ed alle presunzioni (in questi termini, si riconosce valore indiziario, ancorché qualificato, ai certificati rilasciati dai competenti Uffici della Conservatoria e del Territorio, Cass. 27 marzo 2015, n. 6247). Allo stesso modo è stato chiarito che incombe sul riscattante proprietario confinante l'onere di provare che sul bene riscattato non sussiste uno stabile insediamento da parte di un terzo coltivatore cfr. Cass. 11 marzo 2020, n. 7023. In questo caso, la Suprema Corte ha previsto che non può operare il c.d. principio di vicinanza della prova, poiché entrambe le parti si trovano nella concreta possibilità di conoscere la sussistenza o meno del requisito. L'onere di provare tale fatto deve, dunque, restare in capo a chi propone in giudizio la domanda. Peraltro, con riferimento ai requisiti soggettivi richiesti dalla legge per la spettanza del diritto di prelazione, si nota una granitica prassi tanto nell'ipotesi della prelazione urbana Cfr. Cass. 29 marzo 2012, n. 5069, quanto in quella agraria Cass. 22 marzo 2013, n. 7265, secondo cui la prova della necessaria qualifica soggettiva non può essere fornita dal riscattante sulla base di elementi formali (quali l'iscrizione come coltivatore diretto in appositi registri, ovvero che nel contratto di locazione commerciale sia espressamente indicato che l'attività avvenga a contatto con il pubblico), bensì deve essere provata nella sua effettività. Pertanto, il soggetto che vanta la qualifica deve anche dimostrare di svolgere effettivamente l'attività richiesta dalla legge, affinché il riscatto possa dirsi efficacemente esercitato.

Peraltro, la ricostruzione in parola manifesta le più importanti contraddizioni con riferimento alla disciplina normativa del pagamento del prezzo. Si ricorda che l'art. 8 della legge n. 590 del 1965 dispone che il pagamento del prezzo opera come condizione sospensiva del trasferimento del diritto di proprietà in capo al prelazionario, per cui fintanto che non interviene detto pagamento, l'efficacia traslativa resta sospesa¹⁸⁶.

Ad avviso della giurisprudenza, infatti, l'accoglimento della domanda del riscattante determina l'accertamento del diritto di riscatto, cristallizzandone la spettanza in capo all'attore - riscattante, ne riconosce sussistenti i presupposti e rituale la modalità di esercizio, ma non anche l'intervenuto perfezionamento della fattispecie acquisitiva, che si determina solo con il pagamento del prezzo d'acquisto. Pertanto, la ritenuta efficacia retroattiva della fattispecie acquisitiva discenderebbe non tanto dalla ricezione dell'atto contenente la dichiarazione di riscatto (sia essa stragiudiziale, ovvero giudiziale), bensì solo successivamente all'avverarsi della condizione sospensiva del pagamento del prezzo¹⁸⁷.

Conviene approfondire da vicino questa normativa relativa al pagamento del prezzo successivamente all'esercizio del riscatto, al fine di comprendere se nell'ipotesi del riscatto agrario la sentenza che definisce il giudizio accerti il già intervenuto trasferimento del diritto di proprietà, al pari di quanto si verifica nelle altre ipotesi di retratto (successorio e urbano) ovvero tale accertamento resti condizionato¹⁸⁸.

Si precisa fin da subito che il prezzo da pagarsi al terzo acquirente - retrattato, affinché si verifichi la condizione prevista dalla legge ai sensi dell'art. 8 legge n. 590

¹⁸⁶ Si noti come la tesi giurisprudenziale secondo cui la dichiarazione di riscatto produce efficacia retroattiva nella medesima posizione contrattuale del terzo acquirente sarebbe avvalorata dall'interpretazione letterale del dato normativo, poiché i riconosciuti effetti retroattivi della dichiarazione coincidono con l'efficacia dell'avverarsi dell'evento sottoposto a condizione, secondo la disciplina in materia di condizione apposta ai negozi conclusi fra soggetti privati: Cfr. NAPPI, *Tutela giurisdizionale* cit., 255 e ss. l'autore afferma come la Suprema Corte aderisce alla tesi secondo cui la dichiarazione di retratto produca la sostituzione retroattiva del retraente nella posizione del terzo, in quanto un medesimo effetto discenderebbe dall'avveramento della condizione sospensiva prevista per legge.

¹⁸⁷ Cass. 31 maggio 2018 n. 13788 in GARBAGNATI, NICOLINI, CANTU', *Contratti* cit., 183, e ancora Cass. 2 marzo 2012, n. 3248; Cass. 11 maggio 2010, n. 11375.

¹⁸⁸ Come ritenuto in dottrina da ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 115 ss.; si veda per le ipotesi di retratto successorio *ex art. 732 c.c.* DURANTE, *Prelazione e riscatto* (voce) cit., 6; per quello urbano *ex art. 39 legge n. 392 del 1978*: Cass. 14 aprile 1992, n.4535, in *Giust. civ.*, 1992, 1451 con nota di TRIOLA.

del 1965 è solo quello indicato nel primo contratto, rimanendo irrilevanti per il retraente le eventuali modifiche del prezzo, accordate in caso di successivi trasferimenti del fondo inopponibili *ex lege* al beneficiario del diritto.

- b) *conditio juris* “sospensiva” e l’inquadramento della sentenza di accertamento condizionato che sembra imporsi in base al dato normativo;

Prendere nuovamente in esame le norme che indicano le modalità attraverso le quali il prelazionario riscattante sia tenuto a versare il prezzo d’acquisto non è funzionale a definire la natura del potere di riscatto, ormai risolta in chiave sostanziale, bensì ad inquadrare i risvolti che la previsione di una *conditio juris* all’interno della fattispecie traslativa in via di riscatto determina sull’azione che accerta il realizzato effetto traslativo.

A questo fine è necessario svolgere un’accurata esegesi delle disposizioni, così da dimostrare come dall’applicazione pratica di tale normativa derivino non secondari problemi sugli aspetti processuali del riscatto.

La prima norma di riferimento è l’art. 8, co. 4 legge 26 maggio 1965, n. 590 che dispone come *ove il diritto di prelazione sia stato esercitato, il versamento del prezzo di acquisto deve essere effettuato entro il termine di tre mesi, [...]. in tutti i casi in cui il pagamento del prezzo è differito il trasferimento della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento stesso entro il termine stabilito*; nulla, invece, specificava la legge in merito al termine per effettuare il predetto pagamento nel caso in cui, violata la preferenza accordata al prelazionario, il beneficiario esercitasse il retratto.

Questa carenza di disciplina è stata colmata dal già ricordato articolo unico della legge 8 gennaio 1979, n. 2 il quale individua quale termine per effettuare il pagamento del prezzo di riscatto, il medesimo lasso temporale di tre mesi decorrente, dall’adesione del terzo alla dichiarazione di retratto, ovvero *dalla sentenza che riconosce il diritto*.

Quello che risulta fondamentale comprendere è se la condizione sospensiva prevista dalla formulazione letterale del citato art. 8 co. 8 della legge n. 590 del 1965 e non, invece, richiamata nella norma di interpretazione autentica, si applichi anche

all'ipotesi di esercizio del retratto e quali conseguenze ne possano derivare ai fini che qui interessano, poiché secondo questo assunto in tutti i casi in cui il pagamento del prezzo previsto nel contratto stipulato fra terzo acquirente e il primo alienante è differito rispetto alla dichiarazione, con cui si esercitano il diritto di prelazione o di riscatto, il perfezionarsi dell'efficacia traslativa della fattispecie è subordinato al pagamento medesimo¹⁸⁹.

La condizione viene espressamente qualificata dal legislatore come *suspensiva*, si tratta evidentemente di una *condicio juris*: è, infatti, la stessa disposizione normativa a subordinare il perfezionamento dell'efficacia traslativa all'evento, futuro ed incerto, del pagamento del prezzo da parte del prelazionario (o del retraente). Appare, peraltro, evidente che il verificarsi o meno dell'evento in questione dipenda dalla mera volontà del riscattante di pagare il prezzo previsto nel contratto di compravendita, stipulato fra il terzo acquirente ed il primo alienante¹⁹⁰.

Ciò posto, stando ad un'interpretazione letterale si deve osservare come solo il pagamento del prezzo d'acquisto sarebbe idoneo a determinare il perfezionamento della fattispecie prelatizia, senza che l'esercizio del riscatto tramite la dichiarazione unilaterale a cui seguirà o l'adesione del terzo riscattato, ovvero il provvedimento giurisdizionale sia sufficiente a produrre immediatamente l'effetto traslativo del diritto di proprietà¹⁹¹.

La questione assume profili particolarmente complessi sia sul piano teorico che su quello pratico qualora il terzo acquirente rifiuti il pagamento della somma di denaro pattuita nel contratto di compravendita, in forza del quale il medesimo ha acquistato il fondo: il rifiuto, ancorché immotivato, del terzo di ricevere il pagamento impedirebbe il perfezionamento della fattispecie traslativa in pregiudizio del

¹⁸⁹Nel paragrafo successivo si indagherà invece l'opposta ricostruzione secondo cui l'individuazione della condizione sospensiva non si applichi nei casi in cui vengano esercitati la prelazione ovvero il retratto, ma soltanto a quelle ipotesi in cui nel contratto di compravendita (stipulato fra terzo e alienante) sia previsto un differimento del pagamento rispetto a quello della stipula del contratto medesimo.

¹⁹⁰ La Suprema Corte ha espressamente qualificato come *condicio juris* meramente potestativa tale previsione in Cass. 8 giugno 2007, n. 13387; già rilevata come tale da Cass. 6 settembre 1999, n. 9401.

¹⁹¹ In questo senso espressamente ancora Cass. 8 giugno 2007, n. 13387 e Cass. 23 maggio 2001, n. 7030.

riscattante¹⁹², nonostante quest'ultimo si dimostri disponibile ad adempiere al proprio obbligo in modo tale da determinare l'avverarsi della condizione.

La legislazione non prevede norme specifiche in merito all'accennata questione per cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alle disposizioni generali in materia di obbligazioni, in modo particolare agli artt. 1209 e 1210 c.c. secondo cui è necessario che il volenteroso debitore proceda a formulare l'offerta reale nelle forme indicate dalla legge. Se nemmeno tale offerta viene accettata dal creditore - riscattato, il retraente dovrà procedere con il deposito liberatorio¹⁹³. Tuttavia, qualora il creditore (terzo acquirente - retrattato) non accetti neanche il deposito, il debitore (retraente) dovrà instaurare il giudizio c.d. di convalida e solo con il passaggio in giudicato della relativa sentenza il retraente può ritenere adempiuto il proprio obbligo, perfezionandosi così la fattispecie traslativa¹⁹⁴.

Il problema si complica ulteriormente stante la lettera della già citata legge n. 2 del 1979, secondo cui esercitato il retratto con la relativa dichiarazione, alternativamente dovranno seguire o la dichiarazione del terzo con la quale lo stesso aderisce alla pretesa del riscattante, ovvero il provvedimento giurisdizionale, se il retrattato contesti l'esercizio del potere.

Nel far propria l'interpretazione letterale due sarebbero i possibili scenari.

¹⁹² Il Supremo Collegio nelle sentenze citate alla nota precedente ha ammesso come anche il rifiuto pretestuoso da parte del retrattato di ricevere il pagamento obblighi il riscattante a procedere con il deposito liberatorio ex art. 1210 c.c., affinché possa ritenersi perfezionata la fattispecie traslativa del diritto di proprietà.

¹⁹³ Nello stesso senso la Suprema Corte ha negato che sia sufficiente per determinare il perfezionamento della fattispecie traslativa l'offerta non formale del prezzo previsto dal primo contratto di compravendita *dal momento che l'art. 1220 c.c. ricollega alla seria e tempestiva offerta soltanto il venir meno della c.d. mora debendi, mentre la liberazione del debitore[...] consegue soltanto dall'accettazione dell'offerta reale o dall'accettazione (in mancanza della prima) della somma depositata o in difetto anche di quest'ultima dell'accertata validità del deposito*, Cass. 6 dicembre 2005, n. 26688.

¹⁹⁴ Cass., 2 marzo 2012, n. 3248; Cass. 8 giugno 2007, n. 13387; Cass. 17 ottobre 2003; Cass. 27 gennaio 1999, n. 723, si noti quanto affermato da CASAROTTO, *La prelazione agraria de jure condendo*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, 66 e ss. testo e note, in cui l'autore, nel proporre una riforma integrale della disciplina in materia di prelazione agraria, propone anche la riformulazione della norma relativa al pagamento del prezzo d'acquisto poiché la precedente formulazione positiva ha dato adito ad un'interpretazione iniqua ma ormai consolidatissima della Cassazione (e tutt'altro che necessitata dalla disciplina normativa), che ritiene che il prelazionante debba in ogni caso pagare il prezzo nel termine stabilito (ovvero, in caso di rifiuto dell'alienante a riceverlo, provvedere all'offerta reale ai sensi dell'art. 1209 cod. civ. e al deposito ai sensi dell'art. 1210 cod. civ.) anche a fronte di una contestazione dell'alienante, ancorché pretestuosa, dell'esercitato diritto. Si vedano le critiche dello stesso autore per l'interpretazione in esame anche in Id., *La prelazione agraria*, in COSTATO, GERMANO', ROOK BASILE (a cura di), *Trattato cit.*, 582 ss.

Nel primo caso *nulla quaestio*: l'adesione del terzo (valevole come atto meramente ricognitivo)¹⁹⁵ comporta il sorgere dell'obbligo attuale per il retrattante di pagare il prezzo entro tre mesi dalla dichiarazione di adesione, pagamento che, se non viene effettuato, determina l'inefficacia della dichiarazione di retratto ed il terzo acquirente rimane proprietario del bene.

Qualora, invece, sorga contestazione e dunque diventi necessaria la sentenza che *ricosca* il diritto, si apre il problema legato al fatto che il retraente sia tenuto a pagare il prezzo di acquisto soltanto nel momento del *passaggio in giudicato* della sentenza.

Resta, però, da chiedersi cosa si verifichi qualora il riscattante offra in pendenza del processo la somma relativa al prezzo di acquisto del fondo rustico pattuita fra il retrattato ed il primo alienante.

Ancora una volta è la giurisprudenza¹⁹⁶ che, in assenza di una normativa *ad hoc*, ha chiarito tale situazione ammettendo l'irrilevanza ai fini del trasferimento della proprietà sul bene eventuali offerte prospettate dal retraente in un momento anteriore rispetto al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio instaurato dal retrattante (secondo la medesima giurisprudenza resta inefficace anche l'offerta reale *ex art. 1209 c.c.* effettuata pendente il giudizio).

Passata in giudicato la sentenza il retraente potrà formulare un'ulteriore offerta del corrispettivo dovuto al retrattato, ed in caso di ulteriore rifiuto, sempre entro il termine di tre mesi, dovrà instaurare il giudizio di convalida della precedente offerta.

La giurisprudenza ritiene, quindi, in forza di un'interpretazione strettamente letterale come la tempestività del pagamento del prezzo nell'ipotesi del riscatto agrario sia soddisfatta dal rispetto del termine trimestrale decorrente, però, in un caso dall'attività collaborativa del retrattato e nell'altro dal passaggio in giudicato della sentenza.

¹⁹⁵ Cfr. *supra* Cap. II, par. 2.2.

¹⁹⁶ In particolare, ancora Cass. 8 giugno 2007 n. 13387 che invita la Corte di Appello presso la quale la causa dovrà essere rimessa dopo la cassazione della sentenza ad attenersi al *principio di diritto* (richiamato nel testo) circa l'irrilevanza delle offerte formulate dal riscattante e non accettate dal riscattato, in pendenza del giudizio di retratto.

È evidente come il secondo momento, dal quale il legislatore individua l'inizio della decorrenza del termine, può ritardare di molti anni¹⁹⁷ il pagamento del prezzo ed il conseguente effetto perfezionativo della fattispecie rispetto al momento in cui il riscatto è stato esercitato. In ossequio alla disciplina civilistica della condizione sospensiva *ex. artt. 1360 e ss. c.c.* che riconosce l'efficacia retroattiva dell'avveramento della medesima, il perfezionamento della fattispecie acquisitiva dovrebbe retroagire al momento in cui il negozio è stato concluso, ossia si considera come se gli effetti dell'acquisto in prelazione si fossero prodotti fin dalla conclusione del negozio con il terzo acquirente.

Questa conseguenza è particolarmente rilevante nel caso in esame in quanto si è ribadito, fin dall'inizio della trattazione, che la legge prevede come l'esercizio del riscatto abbia efficacia *erga omnes*, per cui i successivi trasferimenti effettuati dal non pregiudicano la possibilità di acquisto per il riscattante, il quale farà valere il proprio diritto nei confronti dell'attuale proprietario del bene, quindi eventualmente nei confronti dell'avente causa del primo acquirente.

Tuttavia, sempre la giurisprudenza¹⁹⁸ ha precisato come la legge n. 590 del 1965, così come interpretata in via autentica dalla legge n. 2 del 1979, non prevede un obbligo gravante sul retrattato di rilasciare nella disponibilità del retraente il fondo a seguito della sola dichiarazione di retratto, ovvero in pendenza del relativo giudizio.

Allo stesso modo, è stato poi sottolineato come un tale obbligo non sia ricavabile dagli artt. 1360 e 1361 c.c.: l'efficacia retroattiva della condizione sospensiva non esclude l'eventualità che per *la natura del rapporto, gli effetti [...] debbano essere riportati ad un effetto diverso* ed, inoltre, che *l'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui in pendenza della condizione spettava l'esercizio del diritto*, nel caso in cui penda il giudizio di retratto il potere di amministrazione del fondo spetta al retrattato, ivi compreso il diritto all'appropriazione da parte dello stesso dei frutti del fondo durante il tempo del processo¹⁹⁹, il retraente nel caso in cui risulti vittorioso

¹⁹⁷ Nel caso esaminato dalla sentenza di cui alla nota precedente il passaggio in giudicato della sentenza tardava di 17 anni rispetto al momento in cui è stato esercitato il diritto di riscatto.

¹⁹⁸ Cfr. Cass. 23 maggio 2001, n. 7030.

¹⁹⁹ La citazione è sempre di Cass. 8 giugno 2007, n. 13387. In senso conforme Cass. 7 dicembre 2000, n. 15531, quest'ultima ha negato che qualora in forza del preliminare di

nel processo non avrebbe titolo di pretendere i frutti percepiti dal retrattato prima della definizione del giudizio²⁰⁰.

Da quanto sopra esposto, in conformità all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza si può ricavare il seguente assunto: la fattispecie traslativa del diritto di proprietà in favore del riscattante si perfeziona soltanto con il pagamento del prezzo al terzo retrattato e prima di tale pagamento (alternativamente dopo l'adesione del terzo alla dichiarazione, ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio ed in questo caso risultano essere irrilevanti le eventuali offerte della somma prima di tale momento) non matura l'obbligo di rilasciare il retraente nella libera disponibilità del fondo.

D'altro canto, la giurisprudenza (coesa sotto questo profilo con la letteratura giuridica)²⁰¹ riconosce natura di mero accertamento alla sentenza di retratto, ancorché individuando in maniera non corretta l'oggetto dell'accertamento nel potere sostanziale di riscatto, si tratta a questo punto di svolgere alcune non secondarie precisazioni sul rapporto fra l'oggetto del giudizio e la sussistenza nella fattispecie

compravendita il promissario acquirente fosse stato immesso nel godimento del fondo, la semplice dichiarazione del beneficiario del diritto di prelazione di esercitare il proprio diritto non legittima quest'ultimo a pretendere di entrare nel godimento del fondo medesimo ovvero di farne propri i frutti, dunque l'esercente la prelazione non ha titolo di pretendere la restituzione dei frutti raccolti dal promissario acquirente prima del pagamento del prezzo di acquisto del fondo.

²⁰⁰ Di contro, invece, si è ritenuto che se prima del pagamento del prezzo siano stati costituiti dal terzo acquirente diritti reali parziali a favore di terzi sul fondo su cui verte il contenzioso: essi sono a loro volta inopponibili al retraente nel caso di esito positivo della vicenda giudiziaria, non potendo gli stessi rientrare nella logica degli atti di amministrazione del fondo agrario Cass. 16 marzo 1984, n. 1809, nel caso di specie il diritto reale parziario si sostanziava nella costituzione di una servitù prediale sul fondo. In questo senso, infatti, i frutti percepiti dal terzo in relazione al primo contratto traslativo sarebbero da restituire non dal momento in cui è stata proposta la domanda da parte del soggetto riscattante risultato vittorioso nel processo, bensì solo dal momento in cui si verifichi la condizione, cosicché finché pende la condizione (dunque per tutta la durata del processo) i frutti raccolti rientrerebbero in quegli atti di amministrazione del bene *ex art. 1361 c.c.* che, come tali, possono essere trattenuti dal retrattato. Ora nell'ipotesi del riscatto agrario, trattandosi di un fondo rustico, è conseguenza logica prima che giuridica come gli atti di amministrazione si esauriscano nella coltivazione del medesimo ed in realtà individuano lo stesso fine per cui il riscattante maturerà l'interesse ad esercitare il proprio diritto, in questo caso l'efficacia retroattiva del giudicato dichiarativo pronunciato prima dell'avverarsi della condizione non fa sorgere il diritto per l'attore vittorioso alla restituzione dei frutti prima che sia intercorso il pagamento del prezzo, ancorché sia stata pronunciata sentenza dichiarativa di accertamento del c.d. diritto di retratto. Il pagamento del prezzo è espressamente dilazionato dal legislatore nel termine trimestrale dal passaggio in giudicato della sentenza, ciò per cui la concreta utilità del riscattato non si produrrebbe dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta il retratto, bensì soltanto dall'avveramento della condizione prevista dalla legge.

²⁰¹ In particolare, di recente cfr. Cass. ord. 14 ottobre 2019, n. 25758, inoltre Cass. 28 giugno 2011, n. 14257. In dottrina cfr. GABRIELLI, *Diritti di riscatto* cit., 699 ss. Si noti anche quanto affermato in senso critico da CASAROTTO, *Persistenti incertezze* cit., 471 ss.

sostanziale di una *conditio iuris* espressamente qualificata dal legislatore come sospensiva.

Si è già escluso che il riscatto agrario nella sua natura di potere sostanziale possa divenire oggetto del processo di accertamento. Anche a voler ammettere la particolarità della fattispecie della prelazione agraria nel prevedere il pagamento del prezzo quale co-elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva in via di riscatto, si cadrebbe nella obiezione di ammettere la formazione del giudicato su una posizione giuridica che risulta già esaurita sul piano sostanziale per consumazione, dunque, semplicemente affermando un'ipotetica situazione futura: chi agisce in giudizio chiede di accertare la sussistenza o meno del potere sostanziale (ed eventualmente il suo valido esercizio) di poter pretendere il trasferimento della proprietà a seguito del pagamento del prezzo del riscatto.

Tuttavia, se si aderisce alla tesi sopra prospettata secondo cui oggetto del processo possa essere solo l'effetto dell'esercitato potere sostanziale, letteralmente si sarebbe portati a riconoscere che lo stesso accertamento dell'effetto traslativo sia sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo in favore del terzo acquirente.

Sulla base dell'insegnamento della Suprema Corte²⁰² circa l'irrilevanza delle eventuali offerte di pagamento proposte e non accettate dal retrattato prima del passaggio in giudicato della sentenza, la statuizione mostrerebbe, allora, un contenuto di accertamento necessariamente parziale o comunque condizionato, non potendo essa accertare un effetto traslativo del diritto dominicale, che non si sia ancora perfezionato sul piano sostanziale.

Così discorrendo, la vicenda inerente all'esercizio del retratto agrario in questa seconda ipotesi si sostanzierebbe in una sorta di fattispecie a formazione progressiva, che vede il suo sorgere con la dichiarazione unilaterale e recettizia di esercizio del diritto, alternativamente alla dichiarazione faranno seguito o l'adesione del terzo, il quale accetta la propria situazione che lo porterà ad essere estromesso dalla proprietà del fondo, ovvero la sentenza dichiarativa circa l'esistenza del diritto alla pretesa di trasferimento, da ultimo con il versamento del prezzo di acquisto si andrà a perfezionare l'effetto traslativo del diritto di proprietà; per cui il giudizio di

²⁰² Si noti in particolare Cass. 8 giugno 2007.

accertamento istaurato prima del pagamento del prezzo, sarebbe volto ad accertare quella ‘parte’ della fattispecie già perfezionatosi con la dichiarazione di esercizio del riscatto, ma non ancora produttiva dell’effetto traslativo della proprietà sul bene²⁰³.

Che il giudizio di retratto possa assumere questi connotati sembrerebbe confermato dal dato positivo della legge n. 590 del 1965, laddove nel riconoscere il potere di riscatto in capo al coltivatore del fondo introduce la condizione sospensiva a cui resta subordinato il trasferimento del diritto di proprietà; allo stesso modo la legge n. 2 del 1979 individua come momenti rilevanti, alternativi fra loro, per il decorrere del termine previsto per il pagamento del prezzo il consenso del riscattato oppure la sentenza.

L’interrogativo che consegue a questo punto riguarda entro che ambito ermeneutico possa giustificarsi l’ammissibilità di una sentenza di accertamento c.d. condizionata.

È cosa ampiamente nota che il fine precipuo del provvedimento giurisdizionale di accertamento sia quello di stabilire l’esistenza (o l’inesistenza) di una determinata situazione giuridica così come accertata dal giudice, in modo da rimuovere l’ostacolo dell’incertezza nelle relazioni fra i privati²⁰⁴. Se il “fare certezza” può ritenersi il ‘fulcro’ della tutela dichiarativa, appare per lo meno discutibile l’ammissibilità di un giudicato di accertamento, la cui tendenziale stabilità dipenda dal verificarsi di un evento futuro e incerto, previsto dalla legge, ma il cui avveramento dipenda, tra l’altro, da una mera attività della parte privata.

A questo proposito, già la dottrina meno recente²⁰⁵ aveva proteso per l’impossibilità di riconoscere alle sentenze di mero accertamento un contenuto eventuale e, in particolare, di essere sottoposte a condizione, si trattava, però, di escludere la possibilità per il giudice di pronunciare una sentenza di mero

²⁰³ CARPINO, *L’acquisto*, cit. 40 e ss. ammette che il retratto si sostanzia in una fattispecie complessa la quale vede il suo sorgere con l’esercizio del diritto medesimo tramite la dichiarazione unilaterale e recettizia, anche GIUSTOZZI, *L’atto di adesione* cit., 209 e ss. ammette come alla dichiarazione di retratto debbano seguire come elementi integrativi della fattispecie in progressione o l’adesione del terzo, oppure la sentenza a cui deve conseguire alternativamente, ma necessariamente il pagamento del prezzo.

²⁰⁴ Cfr. in particolare il lavoro di ATTARDI, *L’interesse ad agire* cit., 45 ss. e Id., *Diritto processuale civile* cit., 94 ss. anche PROTO PISANI, *Lezioni* cit., 48; MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile, Parte generale*, Pisa, 2017, 36; già anche il BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936 (ristampa a cura di PERLINGERI), Napoli, 2018, 2 ss.; CHIZZINI, *La tutela* cit., 640 ss.

²⁰⁵ CALVOSA, *La sentenza* cit., 72 e ss.; si veda anche per la bibliografia più risalente CHIZZINI, *Sentenza* (voce) cit., 268 ss.

accertamento subordinandola alla condizione sospensiva (o risolutiva); parzialmente diverso sarebbe stato il caso in cui sottoposta alla condizione non fosse la sentenza, bensì la stessa situazione giuridica sostanziale²⁰⁶.

In questi casi, il soggetto attivo del processo deduce in giudizio una situazione soggettiva sottoposta di per sé a condizione ed il giudice sarà chiamato ad accertare un *rapporto giuridico illiquido*²⁰⁷: non sarebbe l'accertamento ad essere sottoposto a condizione, ma il rapporto accertato, che non potrebbe produrre effetti finché la fattispecie di riferimento non si sia completata con il prodursi dell'evento condizionato. Dunque, sarebbero gli effetti della situazione giuridica accertata ad essere condizionati non, invece, quelli della sentenza che, invece, risulterebbero condizionati soltanto di 'riflesso'²⁰⁸.

Orbene, si dovrebbe concludere che nell'ipotesi del riscatto agrario al riscattante sarebbe concesso agire in giudizio per vedere accertato un diritto alla pretesa del trasferimento del diritto di proprietà, che però si perfeziona soltanto in un momento successivo attraverso il pagamento del prezzo ed il giudicato che si viene a formare statuisce soltanto sulla porzione della fattispecie già verificatasi: l'ulteriore elemento perfezionativo opera allora quale fatto sopravvenuto rispetto al giudicato, che in un caso ne consolida gli effetti, nell'altro ne determina la caducazione per

²⁰⁶ FERRI, *Effetti costitutivi* cit., 573 ss., l'autore profila nel caso dell'esercizio del retratto per via giudiziaria una forma di giudicato sulla fattispecie che si formerebbe su quelli che sono gli elementi presupposti all'effetto traslativo dell'esercizio del retratto. Cfr. anche il non più recente studio di DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 1437.

²⁰⁷ Così espressamente CALVOSA, *Op. ult. cit.*, 77. Nell'ammettere l'azione di accertamento relativa a situazioni giuridiche sostanziali sottoposte a condizione, nega che sia ammissibile un'azione di condanna inerente alle medesime situazioni, in quanto in questo secondo caso risulta essere insussistente un interesse ad agire in quanto non può *alligarsi uno stato di insoddisfazione non avendo la stessa attitudine a definire l'ordine giuridico leso a mezzo dell'esecuzione coatta*. D'altra parte, già VASSALLI, *La sentenza condizionale*, Roma, 1918, 64, distingue fra *condizioni del diritto riconosciuto con la sentenza* e *condizioni del riconoscimento del diritto*, laddove sole le seconde sono condizioni ascrivibili alla sentenza, mentre le prime sono condizioni del diritto sostanziale del quale attraverso il processo si chiede tutela.

²⁰⁸ Si noti come la giurisprudenza ammetta un giudicato di accertamento condizionato in base ad una tratlatia impostazione secondo cui l'accertamento può cadere sulla situazione giuridica dedotta in giudizio nel caso in cui l'avverarsi dell'evento dedotto in condizione non necessiti di ulteriori accertamenti di fatto demandabili al giudice della cognizione, bensì idonei ad essere semplicemente fatti valere quale motivo di opposizione di merito all'esecuzione cfr. quanto sostenuto da Cass. 12 ottobre 2010, n. 21013 circa l'ipotesi di un preliminare sospensivamente condizionato alla concessione di un'autorizzazione amministrativa per perfezionare la vendita. Per una critica all'insegnamento giurisprudenziale si veda ZUFFI, *Sull'incerto operare del fenomeno condizionale nelle sentenze di accertamento e di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. III, 2006, 991 ss., anche per la giurisprudenza precedente ivi citata.

mancato verificarsi dell'ulteriore elemento perfezionativo della fattispecie, (solo) parzialmente coperta dal giudicato.

Alla luce della conclusione a cui porta l'interpretazione letterale del dato normativo in materia di retratto agrario è necessario ripercorrere la posizione giurisprudenziale sulla ricostruzione del retratto in chiave di surrogazione retroattiva.

In questo senso, la sentenza accerta la spettanza in capo al preferito del diritto di riscatto, ma l'efficacia retroattiva determinata dall'esercizio dell'accertato "diritto" si produrrebbe solo al momento del pagamento. Tuttavia, sempre la giurisprudenza a cui si è fatto cenno²⁰⁹ ha ammesso quella che sarebbe una deroga dall'efficacia retroattiva tipica della ricostruzione in esame, laddove ha escluso come fintanto che sia pendente il giudizio di riscatto e non si sia concluso con sentenza passata in giudicato l'eventuale giudizio di convalida dell'offerta reale, non sorge l'obbligo per il retrattato di rilasciare il fondo medesimo nella disponibilità dell'acquirente, né il riscattante potrebbe pretendere la restituzione dei frutti raccolti dal terzo sul fondo, in quanto gli stessi sarebbero i proventi di quegli atti di amministrazione, la cui validità non viene pregiudicata dall'avverarsi della condizione *ex art. 1361 c.c.*, poiché fino al pagamento del prezzo il terzo acquirente rimane proprietario del fondo²¹⁰.

Da quanto qui brevemente prospettato emerge come la tesi giurisprudenziale della c.d. surrogazione retroattiva abbia costruito un'ipotesi ibrida e da cui riemergono i criticati profili artificiosi anche sul piano sostanziale²¹¹: l'esercizio del retratto determina la sostituzione del riscattante nella posizione contrattuale del riscattato ed il prezzo che il primo sarà tenuto a versare in favore del secondo è soltanto quello previsto dal primo contratto traslativo, tuttavia il riscattante non potrebbe pretendere la restituzione dei frutti percepiti dal terzo acquirente in pendenza del giudizio²¹², si tratterebbe, dunque, di una surrogazione parziale, limitata ad alcuni soltanto degli effetti realizzati e accertati dalla sentenza, mentre altri ne restano esclusi. Inoltre, la predicata efficacia retroattiva sarebbe da

²⁰⁹ Cfr. *supra* nota 194

²¹⁰ Si vedano i più volte citati precedenti di Cass. 23 maggio 2001, n. 7030; Cass. 8 giugno 2007, n. 13387.

²¹¹ Si veda *supra* nota n. 180.

²¹² Laddove, invece, nell'aderire alla tesi della retroattività del retratto, gli effetti del suo esercizio investono anche i diritti del retrattato che dipendono dalla situazione giuridica di cui egli era titolare in forza del precedente acquisto, così MOTTO, *Poteri sostanziali* cit., 618, in particolare nota 698.

riconoscersi, più che all'esercitato potere, all'evento apposto *ex lege* come condizione del pagamento del prezzo, quasi a riconoscere la natura risolutiva e non sospensiva della condizione a cui la legge subordina l'effetto traslativo della proprietà.

Infatti, se l'efficacia retroattiva consegue all'esercizio del potere di riscatto la fattispecie si sarebbe già esaurita sul piano sostanziale e l'effetto acquisitivo perfezionato, tale effetto resterebbe però condizionato all'evento pagamento del prezzo, che se non si produce travolge l'efficacia dell'acquisto effettuato per via di riscatto.

Quello che emerge da un punto di vista strettamente processuale è che la tesi appena ripercorsa poggia sull'idea che il riscatto sia un'autonoma situazione giuridica soggettiva suscettibile come tale di accertamento, cosicché prima del pagamento del prezzo d'acquisto non si porrebbero particolari questioni: oggetto del giudizio coincide con il medesimo diritto di riscatto, la condizione riguarda un elemento ulteriore, per cui la *sentenza che riconosce il diritto* si limita ad accertare ciò che si è già prodotto sul piano sostanziale, cioè l'esercizio del retratto. Una volta accertato l'esistenza di tale "diritto" in capo al retrattante, soltanto con il pagamento del prezzo potrà perfezionarsi l'effetto traslativo²¹³.

Escluso, però, che il riscatto possa individuare una situazione sostanziale suscettibile di accertamento, nel rispetto dell'interpretazione strettamente letterale, si dovrebbe concludere per la natura condizionata della sentenza dichiarativa che accerta l'effetto dell'esercitato riscatto, ancorché sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo, salvo il caso che sia intervenuto, pendente il

²¹³ Sarebbe questa citata nel testo la logica conseguenza di quelle tesi anche dottrinali che intravedono nel riscatto un diritto soggettivo a tutti gli effetti, si ricordi in particolare CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 145 ss., che inquadra il retratto quale ipotesi di diritto reale all'acquisto. *Mutatis mutandis*, anche chi ritiene che, in realtà, il retratto non sia altro se non la nomenclatura tradizionale del diritto di prelazione esercitato non nei confronti della parte cedente, ma di quella acquirente il bene sarà portato a ritenere che l'oggetto del giudizio instaurato dal prelazionario abbia ad oggetto il diritto di prelazione in quanto tale, che una volta accertato produce il proprio effetto soltanto con il pagamento del prezzo d'acquisto cfr. in questi termini CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso* cit., 200 ss., più di recente Id, *Perduranti incertezze* cit., 478 ss. Tuttavia, ad avviso dell'autore cfr. anche Id, *La prelazione nell'accesso* cit., 343 ss. e anche Id., *La prelazione agraria* cit., 584 ss. secondo cui la fattispecie acquisitiva si perfeziona con l'efficace esercizio del retratto, laddove la condizione sospensiva costituisce un elemento esterno rispetto alla medesima fattispecie e successiva rispetto al proprio perfezionamento. Pertanto, il riscatto è efficacemente esercitato indipendentemente dall'avvenuto pagamento del prezzo, al quale resta soltanto subordinata l'efficacia traslativa.

giudizio, il pagamento integrale del prezzo d'acquisto²¹⁴. Tuttavia, ad una diversa soluzione potrebbe giungersi prendendo le mosse da un'interpretazione che si discosta dallo stretto dato normativo, ma rispettosa dell'ambito sistematico in cui si inserisce la normativa in tema di riscatto agrario, nonché di un particolare orientamento giurisprudenziale formatosi in seno alla medesima materia, sebbene sotto un diverso profilo.

c) *L'ipotesi circa l'inapplicabilità dell'art. 8 co. 8 legge n. 590 del 1965 alla fattispecie di retratto.*

Nel paragrafo precedente si sono affrontate le problematiche nascenti dalla apposizione della condizione, espressamente qualificata dal legislatore come sospensiva, alla fattispecie di retratto e si sono poste in evidenza le conseguenze che ne derivano sul piano processuale.

La conclusione a cui si dovrebbe giungere è, allora, la seguente: il trasferimento del diritto di proprietà non si perfeziona finché il retrattante non versi il prezzo previsto, per cui prima di tale momento non si potrebbe ammettere che egli sia divenuto proprietario del bene, ne consegue una situazione di incertezza determinata dall'attesa del verificarsi o meno del pagamento.

Questa ricostruzione ammette che la tutela giurisdizionale invocata, prima dell'avvenuto pagamento, si presenti come necessariamente condizionata al prodursi nella situazione sostanziale di un evento futuro ed incerto, il cui verificarsi è rimesso alla mera volontà del riscattante.

²¹⁴ Ritiene ammissibile un giudicato condizionato in caso sia apposta (come nella fattispecie in esame) al rapporto sostanziale una *conditio iuris* ZUFFI, *Sull'incerto operare* cit., 998 ss., per cui (come già sostenuto dal CALVOSA, *La sentenza* cit., 77) la sentenza risulta condizionata in senso derivativo, poiché è l'efficacia della situazione sostanziale di cui si chiede l'accertamento ad essere sottoposta a condizione. Nell'ipotesi della condizione sospensiva meritevoli di accertamento sarebbero quegli "effetti preliminari" che conseguono alla realizzazione parziale della fattispecie prima che si verifichi l'evento dedotto come condizione e che fanno capo ad un "rapporto fondamentale preliminare" idoneo ad addivenire oggetto di accertamento. Nel caso che ci occupa l'affermato rapporto fondamentale preliminare potrebbe individuarsi nel diritto di prelazione, ancorché nella ricostruzione che si presenta quest'ultimo assume non ad oggetto del giudizio, ma a questione pregiudiziale di merito.

Tanto premesso, ci si accinge ad analizzare un'ulteriore ipotesi ricostruttiva trascurata dalla giurisprudenza²¹⁵.

Il più volte ricordato articolo unico della legge n. 2 del 1979 dispone come la disciplina relativa al versamento del prezzo di acquisto, prevista dal sesto e settimo comma dell'art. 8 legge n. 590 del 1965 si intende riferita anche ai casi in cui il preferito riscatti il bene compravenduto.

Tuttavia, è importante notare come proprio la legge che si preoccupa di estendere la disciplina relativa al pagamento del prezzo previsto nell'ipotesi di esercizio della prelazione alla fattispecie di retratto, nulla preveda circa l'applicabilità della condizione sospensiva di cui al co. 8 della stessa disposizione, al caso in cui il beneficiario intenda riscattare il bene compravenduto²¹⁶.

Orbene, se il legislatore avesse ritenuto opportuno applicare la norma circa la condizione del pagamento del prezzo al fine di perfezionare il trasferimento della proprietà non avrebbe ommesso tale riferimento nella legge specificatamente preordinata a rendere applicabile alla fattispecie di retratto la normativa relativa al pagamento del prezzo, in caso di esercizio del diritto di prelazione.

D'altra parte, se la *ratio legis* dell'attribuzione del diritto di prelazione si sostanzia nel riconoscere una preferenza nell'acquisto del fondo da parte di un soggetto coltivatore, il fatto che l'esercizio del potere di riscatto possa produrre di per sé l'efficacia traslativa del diritto di proprietà in capo al riscattante, senza la necessità che tale effetto dipenda dal pagamento o meno del prezzo pattuito nel

²¹⁵ Si faccia riferimento in particolare a Cass. 8 giugno 2007, n. 13387; Cass. 6 dicembre 2005, n. 26688; Cass. 23 maggio 2001, n. 7030; Cass. 7 dicembre 2000, n. 1553. In questi casi la giurisprudenza ha ritenuto come la condizione di cui al comma art. 8, co. 8 legge n. 590 del 1965 sia riferibile all'ipotesi di retratto, tanto da negare che la semplice offerta formale attribuisse il diritto del riscattante ad ottenere il godimento del bene prima del passaggio in giudicato della sentenza (qualificata espressamente come di accertamento, ma costruita seguendo una logica affine alla struttura della c.d. sentenza costitutiva condizionata ricavata dalla prassi *ex art. 2932 c.c.* vedi *amplius supra* Cap. II, par. 2.3, nota n. 110) secondo quanto disposto dall'art. unico legge n. 2 del 1979.

²¹⁶ Cfr. *contra* espressamente CASAROTTO, *La prelazione*, cit. 339, nota n. 4, tuttavia l'autore nell'opera citata afferma espressamente: *la norma del co. II dell'art. un. della l. n. 2/1979 è univocamente diretta a garantire al coltivatore la certezza del suo acquisto prima di imporgli il pagamento*, cfr. *Id.*, *La prelazione* cit. 341, acquisto che però avverrebbe soltanto con il pagamento del prezzo. Questa affermazione appare criticabile ovvero incoerente con la premessa da cui muove lo stesso autore, in quanto ritenendosi applicabile l'art. 8 co. 8 legge n. 590 del 1965, non richiamato dalla legge n. 2 del 1979, alla fattispecie di retratto, l'acquisto del coltivatore non può stabilizzarsi prima dell'avvenuto pagamento del prezzo indicato nel contratto di compravendita, in quanto solo questo fatto determinerebbe il trasferimento del diritto di proprietà dal riscattato in favore del riscattante: non potrebbe profilarsi allora una certezza dell'acquisto prima del pagamento, proprio perché l'acquisto non si sarebbe ancora nemmeno perfezionato.

contratto di compravendita, certamente testimonia un rafforzamento della tutela prevista a favore del soggetto preferito. D'altra parte, la legge non ha voluto escludere la necessità di garantire una protezione anche al terzo acquirente, che si vede privato del relativo diritto, tanto che il legislatore ha fissato un termine per l'adempimento della prestazione a carico del riscattante.

In questo senso, si potrebbe, allora, ammettere come l'esercizio del potere di retratto sia da sé sufficiente a perfezionare il trasferimento del diritto di proprietà in capo al preferito, determinando, contestualmente, sul medesimo il sorgere dell'obbligo di versare entro tre mesi il prezzo previsto nel contratto²¹⁷.

Ad avvalorare la soluzione da ultimo proposta concorre anche un consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi, sempre nella materia della prelazione agraria, per quanto riguarda il rapporto di pregiudizialità sussistente fra il giudizio di retratto agrario e quello di rilascio del fondo rustico per intervenuta scadenza del contratto di affitto successivamente all'esercizio del retratto (il discorso sarebbe analogo, qualora fosse proposta dal terzo acquirente azione di risoluzione del contratto per morosità del conduttore).

L'ipotesi è la seguente: esercitato il riscatto da parte dell'affittuario coltivatore diretto *ex art. 8 legge n. 590 del 1965*, il terzo acquirente propone in un separato giudizio azione di rilascio del fondo per intervenuta scadenza del contratto di affitto agrario.

Pendenti contemporaneamente entrambi i giudizi la giurisprudenza ammette che quello instaurato dal terzo acquirente al fine di ottenere il rilascio del fondo debba essere sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c., stante il rapporto di pregiudizialità tra l'azione di riscatto e quella di rilascio^{218 219} il conduttore può essere condannato a

²¹⁷ Aderisce a questa tesi ORIANI, *Diritti potestativi cit.*, 113 e ss.

²¹⁸ Cfr. Cass. Sez. Un. 26 marzo 1992, n. 3730, in *Riv. dir. agr.*, 1992, 32 e ss., con nota di NAPPI, *Domanda di retratto e domanda di rilascio dalla sospensione per pregiudizialità alla continenza di cause il passo è possibile* e più di recente Cass. ord. 3 marzo 2017 n. 5463. In questo senso, solo ammettendo che il giudizio di riscatto tenda all'accertamento del diritto di proprietà in capo al prelazionario si può giustificare, come ora si vedrà nel testo, la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del processo tendente al rilascio del bene, poiché estinguendosi per confusione il rapporto locatizio nel diritto dominicale, il conduttore è più tenuto a rilasciare il bene acquistato in via di retratto.

²¹⁹ Particolarmente vivace fu il dibattito dottrinale attorno alla disposizione di cui all'art. 295 c.p.c. complice il *flagello* (il termine fu utilizzato da Tarzia nella *Relazione al XVI Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile*, tenutasi a Trieste, il 2-3 ottobre 1987, intitolata *Connessione di cause e processo simultaneo*, in NAPPI, *Tutela giurisdizionale cit.*, 265) che la sospensione determina sulla durata del processo civile. Ai fini che si intendono perseguire nel testo risulta utile ripercorrere le tesi dottrinali che hanno cercato di chiarire la portata

rilasciare il bene occupato, soltanto se non risulti vittorioso nel giudizio di riscatto²²⁰.
Affermano, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che l'accertamento del

precettiva dell'art. 295 c.p.c., spesso a dire il vero, limitandola in massima parte. Cfr. gli autorevoli studi di LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed "impropria" del processo civile*, in *Problemi di diritto processuale*, Milano, 1962, 291 e ss. il quale intravede nell'art. 295 una regola generale in materia di sospensione del processo, riconoscendo come la semplice pendenza del giudizio dipendente rispetto a quello pregiudiziale impedirebbe al primo giudice di pronunciare la sentenza che risolve *incidenter tantum* la questione pregiudiziale, oggetto a sua volta del secondo processo. Oltre a CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 275 e ss.; ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 419-420; nonché TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 420 e ss., in particolare 519 e ss., il quale una tesi particolarmente restrittiva circa l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. volta a limitare l'operatività della sospensione necessaria ai soli casi in cui l'accertamento incidentale della questione pregiudiziale sia richiesto con efficacia di giudicato da una disposizione di legge. Si veda anche MENCHINI, *Sospensione (voce), Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 13 e ss. e 36-37, secondo cui la disposizione in esame tenderebbe a tutelare una serie eterogenea di beni processuali tutti astrattamente meritevoli di protezione, per questo l'individuazione di quale fra gli anzidetti beni meriti una tutela nel caso singolo tale da necessitare la sospensione non può prescindere dalla prudente valutazione dell'interprete, una volta che è stato accertato il legame di pregiudizialità dipendenza sussistente fra i due rapporti dedotti in giudizio. Un'ultima notazione: ai sensi dell'art. 297 c.p.c. il processo dipendente resta sospeso fintanto che la sentenza che definisce quello pregiudicante non passi in giudicato. Soprattutto per questa ragione lo sforzo della dottrina sopra richiamata si riscontra nel tendere ad un'interpretazione restrittiva circa l'applicabilità della sospensione necessaria del processo a fronte dell'inevitabile lungaggine che l'attesa del passaggio in giudicato comporta. In una prospettiva evolutiva, si colloca l'arresto della Sezioni Unite della Suprema Corte del 19 giugno 2012, n. 10027, in *Corr. Giur.*, 2012, 11, 1322 con nota di ZUFFI, *Le sezioni unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, che hanno riconosciuto come il termine indicato dall'art. 297 c.p.c. sia solo il termine ultimo, trascorso il quale il processo dipendente non potrà più essere riassunto, ma con riferimento alla *ratio ex co.* 2, art. 337 c.p.c. le parti potranno riassumere il processo dipendente entro tre mesi dalla sentenza ancora suscettibile di impugnazione (dunque anche di quella che definisce il giudizio di primo grado), lasciando al giudice discrezionalmente, in questo caso, la possibilità di valutare l'opportunità di proseguire con il processo, anche se la sentenza pregiudicante non ha ancora efficacia di giudicato, oppure disporre nuovamente la sospensione qualora ritenga che l'impugnazione della sentenza possa stravolgere l'esito del primo grado, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni cit.*, I, 285 ss. Dunque, la Suprema Corte fa propria quell'intuizione già avanzata in dottrina da Liebman cfr. *Op. cit.*, 296, secondo cui non si debba attendere il passaggio in giudicato della sentenza definitiva sul giudizio pregiudiziale, ma il processo sospeso potrà essere riassunto già con la sentenza di primo grado, la cui efficacia *hic et nunc* vincolerebbe il giudice del processo dipendente, ancorché sia soggetta ad impugnazione.

²²⁰ Vi è, peraltro, chi ha ritenuto che in capo al giudice adito per la causa di retratto sussista comunque l'obbligo di decidere con efficacia di giudicato la questione attinente al contratto di affitto agrario per volontà di legge *ex art.* 34 c.p.c. cfr. NAPPI, *Tutela cit.*, 261 e ss., in particolare anche le note 93, 94 e 97. Il riferimento normativo si dovrebbe rinvenire nella legge di interpretazione autentica n. 2 del 1979 che, nell'estendere all'ipotesi di riscatto agrario le modalità previste per il pagamento del prezzo del fondo compravenduto dalla legge n. 590 del 1965 in materia di prelazione agraria, dispone come il termine trimestrale per il pagamento del prezzo a cui sarebbe subordinato il perfezionarsi della vicenda traslativa decorra o dall'adesione del terzo acquirente, ovvero *ove sorge contestazione dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il diritto*. Ad avviso dell'autore la stretta correlazione sussistente fra la contestazione del soggetto acquirente e la necessità del giudicato richiesto circa statuire sul diritto di riscatto agrario, determinerebbe l'obbligo per il giudice adito per la controversia di riscatto, di conoscere e risolvere con efficacia di giudicato anche la questione sulla sussistenza o meno del rapporto di affitto nel caso in cui il convenuto, terzo acquirente del fondo, contesti la sussistenza del contratto agrario, anche in assenza di una specifica domanda di parte. Pur nel rispetto dello sforzo interpretativo non sembra che il dato della legge n. 2

trasferimento della proprietà in capo al riscattante per effetto dell'esercizio del potere di retratto *costituisce l'indispensabile antecedente logico giuridico della decisione sulla causa di rilascio sullo stesso fondo promossa dall'acquirente* nei confronti del presunto affittuario riscattante²²¹. Quest'ultimo nell'esercitare il riscatto cessa di essere conduttore del fondo rustico, poiché ne è diventato proprietario: pregiudiziale risulta, allora, essere l'accertamento del trasferimento del diritto di proprietà in capo al riscattante, poiché estinguendosi per confusione il rapporto locatizio nel diritto dominicale, in capo al prelazionario non sussiste alcun obbligo di rilasciare il bene precedentemente condotto in affitto, del quale ne ha conseguito il legittimo possesso, quale proprietario.

Precisato nei termini precedenti, occorre rilevare che la necessità di sospensione del giudizio di rilascio trova giustificazione solo se si ammette che il trasferimento della proprietà avvenga immediatamente per effetto dell'esercitato

del 1979 possa lasciar concludere per la necessità di un accertamento incidentale *ex lege* circa il rapporto pregiudiziale contestato nella causa dipendente di riscatto, ma il dato letterale, pur nella sua ambiguità, sembra soltanto riconoscere la necessità di subordinare l'obbligo per il riscattante di pagare il prezzo convenuto nel contratto all'accertamento con efficacia di giudicato dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà del fondo, in ragione della particolare stabilità che connota il giudicato. D'altra parte, la ricostruzione proposta porterebbe alla soluzione per cui il processo di riscatto dovrebbe essere sempre sospeso in attesa che venga definito quello di rilascio, stante la differenza dei riti previsti per le due controversie (rito del lavoro *ex art. 409 c.p.c.* per il giudizio di rilascio, rito ordinario per quello di riscatto).

²²¹ Cass. Sez. un. 26 marzo 1992, n. 3730 cit., le Sezioni unite, nel riconoscere la pregiudizialità dell'azione di riscatto, affermano: *il retratto quale diritto potestativo con effetti retroattivi preclude ab initio al terzo acquirente di acquisire la qualifica di concedente e di esperire i diritti che alla stessa si collegano. Correlativamente, il retraente, divenendo proprietario ex tunc del fondo, perde contestualmente, per evidente incompatibilità logica e giuridica, la veste di affittuario del medesimo fondo* cit. in NAPPI, *Tutela* cit., 253; così anche GARBAGNATI, NICOLINI, *Controversie in materia agraria*, in *Estratto dal volume di aggiornamento IV della Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1995, 6. L'intervento delle Sezioni Unite della Corte fu reso necessario stante il conflitto fra le sezioni semplici in ordine alla pregiudizialità fra il rapporto di affitto agrario e quello di riscatto. La prima tesi contraria si fondava sulla garanzia del *simultaneus processus* e l'assenza di pregiudizialità si argomentava escludendo che la decisione sul riscatto potesse esporre al pericolo di contraddittorietà fra i giudicati stessi: rigettata la domanda di riscatto, il terzo acquirente vittorioso nel processo avrebbe dovuto restituire il possesso del fondo al soccombente, qualora il giudice specializzato avesse accertato la vigenza del rapporto di affitto, cfr. Cass. 11 marzo 1973, n. 1273; Cass. 27 aprile 1982, n. 2601; Cass. 11 febbraio 1988, n. 1483. Per l'orientamento favorevole alla sospensione, invece, fra le due cause sussisteva il rapporto di pregiudizialità, poiché il positivo esito del giudizio di riscatto avrebbe accertato la sostituzione del riscattante nella posizione contrattuale del terzo acquirente, determinando necessariamente l'estinzione del rapporto di affitto, consolidando in capo all'affittuario il diritto di proprietà. Questa seconda tesi faceva propria a sua volta la ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie di retratto in chiave di surrogazione retroattiva del riscattante nella posizione contrattuale del terzo acquirente cfr. Cass. 28 giugno 2011, n. 14257; così ancora Cass. 20 ottobre 2009, n. 22177. Questo secondo orientamento venne condiviso dalle Sezioni Unite che riconobbero la sussistenza del rapporto di pregiudizialità fra il riscatto agrario e la controversia sull'affitto del fondo venduto. Si veda anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, NAPPI, *Tutela* cit., 249 ss.

retrato, poiché, se il trasferimento si perfezionasse solo con il versamento del prezzo, il riscattante finché non effettua tale pagamento non può ritenersi proprietario, né, dunque, l'affittuario è tenuto a liberare il bene occupato. Infatti, qualora persista nell'occupazione del bene, il giudizio di rilascio non dovrebbe essere sospeso, bensì vedere vittorioso il terzo acquirente, attuale proprietario del bene, salvo poi accertare che il medesimo conduttore sia divenuto proprietario in caso di esito favorevole del giudizio di retratto e di versamento del prezzo nel termine previsto dalla legge. Tanto precisato e forte anche dell'appena ricordato orientamento giurisprudenziale, nella fattispecie della prelazione agraria può concludersi che non sussista una correlazione necessaria fra il versamento del prezzo e il perfezionarsi dell'effetto traslativo del diritto di proprietà in favore del riscattante²²². Ne consegue il corollario secondo cui il pagamento del prezzo da parte del prelazionario costituisce un effetto obbligatorio, che sorge in conseguenza del perfezionato effetto traslativo. A questo proposito, il terzo retrattato potrà agire per il recupero della somma allo stesso spettante con gli ordinari mezzi previsti a garanzia della soddisfazione del credito, senza che, però, si riconosca all'obbligo di pagamento in questione alcun effetto condizionante l'acquisto in prelazione.

Peraltro, ad ulteriore tutela del credito vantato dal riscattato nei confronti del riscattante si noti che un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che l'eventuale trasferimento a terzi del bene acquistato in via di retratto a poca distanza dall'esercizio del potere di riscatto determini la nullità tanto dell'acquisto in via di retratto, quanto dell'atto di rivendita. Pertanto, il riscattato può contare sulla capienza patrimoniale del riscattante, poiché il bene acquistato non può essere ulteriormente trasferito per un certo lasso di tempo, pena la nullità dell'intera vicenda acquisitiva e di rivendita²²³.

²²² In senso conforme, come già accennato in precedenza ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 115. *Contra* oltre a CARPINO, *Op. ult.* cit. 130 ss., Id. *Riscatto* (voce) cit., 1113, anche CASAROTTO, *La prelazione* cit., 337 ss., così anche FERRI, *Effetti costitutivi* cit., 572 ss. L'autore ritiene che la fattispecie prelazia nell'ipotesi in questione individui due momenti scomponibili fra loro: nel caso di esercizio del retratto attraverso l'azione giudiziaria, qualora il retrattante non provveda al pagamento del prezzo lite pendente oppure a farne offerta nei modi di legge, si limita ad accertare quelli che sono i presupposti affinché si produca l'efficacia traslativa del diritto reale, effetto quest'ultimo che consegue soltanto successivamente al pagamento del prezzo.

²²³ Cfr. Cass. 29 gennaio 2010, n. 2044, in *Dir. e giur. agr. alim. e ambiente*, 2010, 246 ss., con nota di CINQUETTI, *Affittuario inadempiente e diritto di prelazione*; Cass. 16 novembre 2005, n. 23079; Cass. 10 novembre 1994 n. 9402; Cass. 10 agosto 1988 n. 4923, la ragione addotta affinché l'intera vicenda acquisitiva (tanto quella avvenuta in via di riscatto, quanto il successivo atto di

Questa breve digressione per dimostrare come anche nella prassi applicativa sussista l'idea (forse latente) che la fattispecie di riscatto agrario si perfeziona con il medesimo esercizio del potere, senza che il versamento del prezzo individui un elemento costitutivo della fattispecie traslativa²²⁴.

trasferimento) risulti viziata da nullità viene ravvisata in giurisprudenza nella frode alla legge cfr. anche ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 118: il diritto di prelazione viene attribuito al preferito per garantire continuità o implementare il progetto produttivo e non per una finalità speculativa. Per cui l'esercizio del diritto di prelazione o del rimedio del retratto per finalità diverse rispetto a quelle attinenti all'attività imprenditoriale svolta rende nullo l'acquisto effettuato in prelazione. Nella materia agraria sussiste, peraltro, un ulteriore disincentivo ad alienare il bene dopo un ristretto lasso temporale rispetto all'acquisto, ossia la disciplina in materia di agevolazioni fiscali previste per l'acquisto di terreni agricoli da parte di soggetti coltivatori. Infatti, ai sensi dell'art. 4 *bis* legge n. 258 del 2010, come modificato e integrato dall'art. 1 legge n. 208 del 2015, il trasferimento di terreni agricoli acquistati con i benefici fiscali previsti dall'appena citata disciplina prima che siano decorsi cinque anni dall'avvenuta compravendita, determina la decadenza dai benefici stessi, costringendo il coltivatore trasferente a versare la differenza fra quanto pagato e quanto avrebbe dovuto pagare in assenza dei benefici fiscali. Anche da questo punto di vista il riscattante sarà disincentivato a trasferire a terzi il bene prima del quinquennio dall'acquisto, cosicché il bene resti nel proprio patrimonio a garanzia del debito sussistente in favore del riscattato per il pagamento del prezzo.

²²⁴ Analogo risultato interpretativo è stato raggiunto per quanto riguarda la disciplina del riscatto c.d. urbano, laddove, contrariamente a quanto si è visto verificarsi nella speculare ipotesi della prelazione agraria, la dottrina in linea con la giurisprudenza Cfr. ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 115 ss., si veda anche la giurisprudenza ivi citata in particolare Cass. 4 settembre 1998, 8809, l'autore ritiene che già nell'ambito della prelazione agraria il pagamento del prezzo non costituisca una condizione sospensiva (o meglio risolutiva dell'intervenuto acquisto, in forza del riscatto) nonostante la tesi prevalentemente contraria in dottrina e giurisprudenza. Tale soluzione deve valere a maggior ragione nell'ipotesi appena citata, poiché non sussiste un dato normativo affine alla diversa ipotesi della prelazione agraria, ha ritenuto che il pagamento del prezzo di acquisto non costituisca elemento condizionante per il perfezionarsi dell'efficacia traslativa della fattispecie prelazione. Infatti, il mancato pagamento del prezzo di acquisto a seguito dell'esercizio del retratto ai sensi dell'art. 39 legge 27 luglio 1978, n. 392 determina solamente il sorgere di un credito pecuniario in capo al retrattato. Si noti, infatti, che nella fattispecie di prelazione urbana, il citato art. 39 dispone che ove sia stato esercitato il riscatto, il termine di tre mesi previsto per il pagamento del prezzo di compravendita decorre, a seconda che vi sia o meno opposizione da parte del retrattato, dalla prima udienza del *relativo giudizio*, oppure dalla notifica dell'atto introduttivo, qualora, invece, il riscattato faccia opposizione all'esercitato riscatto, il suddetto termine decorre dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. Una volta escluso²²⁴ che il criptico dato normativo possa far concludere per una natura processuale del riscatto, si è ritenuto che la disciplina di cui all'art. 39 citato sia soltanto funzionale all'individuazione del *dies a quo*, previsto per la decorrenza del pagamento del prezzo, e, dunque l'effetto traslativo si perfeziona in forza della dichiarazione unilaterale. In questo primo senso si noti CARPINO, *Riscatto (voce)* cit., 1113, oltre a CASAROTTO, *I Nuovi problemi della prelazione urbana*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 644. Oltre alla giurisprudenza prevalente che ritiene che il giudizio instauratosi ai sensi dell'art. 39 legge n. 392 del 1978 sia un giudizio di mero accertamento Cass. 17 novembre 1988, n. 6222 e, ancora Cass. 14 aprile 1992, n. 4535 in *Foro It.*, 1993, 167 ss, con nota di PIOMBO, la stessa pronuncia precisa, come sopra da noi prospettata nella materia del retratto agrario, che il pagamento del prezzo fissato nell'atto traslativo stipulato in violazione della prelazione legale, costituisce una obbligazione gravante sul riscattante e non condiziona l'effettivo trasferimento del diritto di proprietà in favore del medesimo. Sarà, dunque, interesse del riscattato agire in giudizio al fine di fare accertare che non si è mai modificata la titolarità del diritto di proprietà. Fermo restando che in caso di esito negativo del giudizio instaurato dal riscattato, quest'ultimo potrà pretendere il pagamento non prima che siano decorsi tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza Tale tesi è sostenuta da TRIOLA, *La prelazione urbana* cit., 150 ss. e anche da FINOCCHIARO, *Esercizio del diritto di riscatto* cit., 2089. Questo esito interpretativo consente di uniformare la disciplina della prelazione prevista dalle leggi speciali, all'altra ipotesi codicistica di cui all'art. 732 c.c., ovvero di

Sul piano del processo, riconosciuta la natura dichiarativa della sentenza di riscatto, essa si limita ad accertare il perfezionarsi della fattispecie traslativa, senza che si debba ammettere una sentenza di accertamento condizionato, in quanto il trasferimento della proprietà si è già ultimato sul piano sostanziale ad opera della dichiarazione di retratto e la sentenza restituisce certezza, laddove sia sorta contestazione da parte del soggetto che subisce il retratto, ma che al contempo diventa creditore della somma di denaro dallo stesso pagata al suo dante causa, per l'acquisto del fondo riscattato.

Non pare, peraltro, che nell'ordinamento si possa identificare una sorta di *conditio sine qua non* per cui l'effetto traslativo di un diritto reale, che non sia sorretto dalla volontà di entrambe le parti, debba essere accompagnato dal versamento del prezzo d'acquisto, o comunque di una forma di indennità, in favore del cedente²²⁵. Si noti, a conferma di quanto appena sostenuto, che con riferimento alle ipotesi di retratto né la disciplina del c.d. retratto successorio né, di quello c.d. urbano, individuino un'esplicita disposizione che subordini il trasferimento della proprietà al pagamento del prezzo d'acquisto del cespite alienato in violazione del rapporto prelatizio.

Allo stesso modo, anche nell'ambito di altre fattispecie costitutive dei diritti reali non sussiste una disposizione che subordini l'effetto costitutivo alla dazione di una somma di denaro, quale forma di corrispettivo: si notino, per restare nelle fattispecie prese in esame, le ipotesi in cui viene riconosciuto sussistere la correlazione fra una situazione giuridica c.d. potestativa e l'effetto traslativo o costitutivo di un diritto reale²²⁶. Si prenda il caso della costituzione di una servitù di passaggio coattivo *ex art. 1032 c.c.*, la legge espressamente dispone che il

prelazione dei coeredi. In quest'ultimo caso, infatti, nulla dispone la norma circa il pagamento del prezzo, per cui si deve escludere che l'efficacia dell'effetto traslativo nell'ipotesi *de quo* possa essere subordinata al versamento del prezzo di acquisto della quota ereditaria, trasferita in violazione della prelazione Cfr. in giurisprudenza Cass 16 agosto 1990, n. 8304; si veda, inoltre, sempre ORIANI, *Diritti potestativi* cit., 118.

²²⁵ Per un orientamento dottrinale contrario si veda quanto riferisce CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 134 ss. testo e note ove viene riportata giurisprudenza che aderisce all'insegnamento citato nel testo. L'autore ritiene che analoghi effetti si verifichino nel caso di cui all'art. 874 c.c., poiché il proprietario confinate al fine di ottenere la comunione forzata del muro deve versare il relativo prezzo di acquisto, che in caso di mancato accordo fra le parti, dovrà essere stabilito dal giudice; finché detto prezzo non viene versato al proprietario -edificatore non si potrà determinare in favore dell'altro l'effetto costitutivo del diritto di proprietà.

²²⁶ I riferimenti sono sempre all'opera di CARPINO, *Op. loc.* ult. cit., 45 ss., nonché CASAROTTO, *La prelazione* cit., 202 ss.

proprietario del fondo servente può *opporsi all'esercizio* prima che venga pagata dal proprietario del fondo dominante l'indennità che il giudice ha commisurato nella sentenza costitutiva. Dalla lettera della norma appare che la sentenza costituisca il diritto indipendentemente dal pagamento dell'indennità da parte del beneficiario, tanto che la possibilità di opporsi per il proprietario del fondo servente presuppone l'avvenuta costituzione del diritto di servitù, indipendentemente dal versamento dell'indennità.

Conformemente, dunque, con le citate ipotesi e sulla base dei risultati raggiunti nelle pagine precedenti, è ben possibile ritenere che anche la sentenza che definisce il c.d. giudizio di retratto accerta il verificatosi effetto traslativo del diritto di proprietà, senza che la statuizione su tale effetto resti condizionata al verificarsi o meno del pagamento del prezzo.

In questo senso e sempre con riferimento alla materia dei diritti reali, si giunge a quella medesima soluzione avvallata dalla Suprema Corte in materia di giudizio di divisione della comunione ereditaria, laddove nei casi in cui, stante l'impossibilità di procedere alla divisione in natura di uno o più cespiti, ovvero alla formazione di quote di pari valore, debbano essere disposti dei conguagli in denaro in favore dei coeredi che risultino assegnatari di una quota di minor valore, rispetto a quanto attribuito agli altri coeredi in sede di formazione delle singole quote. La giurisprudenza anche in questo caso ha stabilito che l'efficacia costitutivo - liquidatoria²²⁷ della sentenza non resti condizionata all'effettivo pagamento dei conguagli, stabiliti nel dispositivo. Il coerede - dividente non assegnatario potrà agire attraverso gli ordinari mezzi previsti per la tutela del credito, al fine di ottenere

²²⁷ Circa la natura della fase tipicamente liquidatoria del giudizio divisorio si veda PAVANINI, *Natura* cit., 107 ss., l'autore ritiene che la sentenza di divisione della comunione affianchi ad una statuizione tipicamente dichiarativa circa l'esistenza del diritto potestativo di pretendere la divisione, un'altra avente natura costitutiva in cui l'autorità giudiziaria provveda alla formazione delle quote ed alla ripartizione delle medesime fra i dividendi, con l'eventuale previsione dei conguagli. Così ricostruita la sentenza di divisione si atterrebbe come un provvedimento costituito da una doppia efficacia, dichiarativa da un lato, costitutivo attuativa dall'altro (nonché eventualmente condannatoria, nel caso in cui siano previsti dei conguagli in denaro). Tale tesi autorevolmente sostenuta si scontra con quella contrapposta secondo cui deve negarsi in capo alle sentenze costitutive una doppia efficacia (dichiarativa e costitutiva) poiché l'unico effetto della sentenza è quello costitutivo, cfr. in questo senso CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale* cit., 142 ss., in forza del quale si determina sul piano sostanziale lo scioglimento di una situazione di comproprietà e la contestuale attribuzione di una pluralità di diritti in capo a ciascun dividente.

l'adempimento della prestazione, senza che il mancato pagamento del conguaglio condizioni l'efficacia costitutiva della sentenza²²⁸.

Svolto in questi termini lo studio circa i risvolti processuali della *conditio pagamenti* prevista dalla legge nelle diverse fattispecie di prelazione, si ritiene di aver dimostrato come sussistano le basi per escludere che la sentenza conclusiva del giudizio di riscatto abbia natura di accertamento condizionato dell'effetto traslativo. Questa conclusione conferma la tesi raggiunta nella trattazione precedente circa la struttura sostanziale del potere di retratto, che attraverso il suo esercizio in via unilaterale determina il trasferimento del diritto di proprietà, così ristabilendo quell'assetto di interessi lesa con la violazione del diritto di prelazione. Ulteriore conferma si ritrova nell'impostazione che il processo instaurato in seguito all'esercizio del retratto si concluda con un provvedimento dichiarativo sull'avvenuto o meno trasferimento del diritto di proprietà, situazione giuridica che individua l'oggetto della c.d. azione di retratto.

Chiarito come sia l'esercizio del potere a determinare l'effetto traslativo, il prelazionario, che si avvale del riscatto, acquista la proprietà sul bene nel momento in cui esercita il potere, mentre la sentenza si limita ad accertare la già modificata situazione sostanziale. Pertanto, contrariamente a quanto viene affermato in giurisprudenza, il prelazionario avrà diritto ad ottenere la restituzione dei frutti e degli accessori percepiti o raccolti dal riscattato per tutta la durata del processo, viceversa sarà tenuto a versare al terzo l'indennità relativa alle eventuali migliorie dallo stesso eseguite sul bene compravenduto, in spregio al diritto di prelazione. Allo stesso modo resteranno inopponibili al prelazionario gli eventuali diritti reali parziali costituiti dal terzo acquirente successivamente all'acquisto (precario) del diritto di

²²⁸ Cfr. in questi termini Cass. 23 gennaio 2017, n. 1656: la Suprema Corte espressamente esclude che al giudice possano essere attribuiti poteri integrativi nell'ipotesi *de qua*, tali da poter condizionare l'efficacia costitutivo - traslativa tipica di tale sentenza al pagamento dei conguagli previsti. Peraltro, la pronuncia appena citata distingue espressamente la sentenza resa *ex art. 713 c.c.* (così come *ex art. 1111 c.c.*) da quella pronunciata ai sensi di cui all'*art. 2932 c.c.* Infatti, nel secondo caso l'adempimento della contro prestazione è previsto come ipotesi di condizione dalla disposizione normativa, per cui fintanto che la parte promissaria non abbia adempiuto alla propria prestazione l'effetto corrispettivo (nella tipica logica sinallagmatica del contratto definitivo di cui la sentenza tiene luogo) non si produce. Il mancato avveramento dell'evento futuro ed incerto dedotto in condizione determina, ad avviso sempre della giurisprudenza, l'inefficacia della sentenza. Viceversa, nell'ipotesi della sentenza di divisione l'effetto è prodotto con il passaggio in giudicato della sentenza, non rappresentando il conguaglio una condizione *ex lege* alla produzione dell'effetto, ma senza nemmeno che al giudice sia concesso subordinare l'efficacia traslativa alla condizione del pagamento dei conguagli.

proprietà sul bene. Quest'ultimo effetto si spiega non perché l'esercizio del riscatto sia connotato da un'efficacia retroattiva (della quale non è dato riscontrare traccia nelle diverse disposizioni normative), bensì sulla base del rapporto di strumentalità che lega il potere di riscattare al diritto di prelazione: con l'esercizio del retratto si realizza quell'effetto d'acquisto tutelato dalla norma attributiva del diritto di prelazione, tale per cui resteranno inopponibili all'acquirente in via di riscatto, tutte quelle situazioni giuridiche sopravvenute rispetto al sorgere del diritto di prelazione, quale situazione giuridica principale su cui si innesta il potere di riscatto²²⁹.

3.2. L'efficacia del contratto traslativo stipulato in violazione della prelazione esclude la necessità di coinvolgere nel processo di retratto il cedente del bene.

Dimostrato come sussistano i presupposti per affermare che il giudizio di retratto si contraddistingua per il carattere di accertamento del già intervenuto effetto traslativo sul piano sostanziale, nella parte conclusiva del presente lavoro appare utile affrontare quelle tematiche che più da vicino riguardano la dinamica processuale.

Per prima cosa, occorre chiarire quali sono i soggetti coinvolti nel giudizio.

Nello studio che ci ha impegnato fin d'ora, sovente si è fatto riferimento ad una trilogia di soggetti potenzialmente coinvolti: il venditore che trasferisce il cespite in violazione del diritto di prelazione, il terzo acquirente e il prelazionario che agisce in riscatto.

Tuttavia, parti necessarie del giudizio di retratto sono solamente il riscattante, che propone in giudizio la domanda di accertamento dell'effetto traslativo del diritto di proprietà e il terzo acquirente del bene (primo, ovvero i successivi aventi causa, stante il disposto della legge) attuale proprietario del cespite compravenduto. Se più

²²⁹ Cfr. anche CARPINO, *Riscatto di immobili urbani* (voce) cit., 9, e Id., *La prelazione* cit., 421 ss., secondo cui l'inopponibilità citata nel testo discende dalla stessa previsione di legge, senza la necessità di introdurre un'ibrida figura di surrogazione retroattiva. L'autore ritiene che l'esercizio del retratto determini un acquisto a titolo derivativo del fondo offerto in vendita in violazione della prelazione, ammettendo come il retraente acquisti il fondo dal soggetto (terzo acquirente o suo avente causa) che ne risulta essere attualmente proprietario senza che venga sostituito nella posizione contrattuale ricoperta dal terzo nel primo contratto traslativo, ammettendo non un'ipotesi di surrogazione retroattiva con efficacia *ex tunc*, bensì un acquisto che da quel momento produce i propri effetti, da ciò l'opponibilità al retraente delle modifiche sopravvenute circa la destinazione del fondo, stante infatti l'efficacia *ex nunc* dell'acquisto i requisiti previsti dalla legge dovrebbero essere verificati al momento in cui il riscatto viene esercitato, a nulla rilevando il fatto che sussistano nel momento della conclusione del contratto fra primo alienante e terzo acquirente.

sono gli acquirenti dell'unico bene trasferito, allora la domanda di riscatto dovrà essere proposta nei confronti di tutti coloro che ne risultano attualmente proprietari²³⁰. Certamente, lo si è già precisato, ben può accadere che avanti all'esercizio stragiudiziale del riscatto sia il terzo acquirente a proporre in giudizio una domanda di accertamento negativo dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà in capo al retrattante.

Viceversa, non è litisconsorte necessario del processo di riscatto, che dunque può nascere e proseguire soltanto su un piano bilaterale, l'alienante (tanto l'originario, quanto gli eventuali successivi) che nel trasferire il diritto di proprietà abbia omesso di garantire la preferenza accordata al prelazionario²³¹.

La ragione per cui si esclude che nel processo di riscatto il venditore sia parte necessaria risiede nella piena efficacia del negozio traslativo, ancorché concluso in violazione del diritto di prelazione. Trasferito il bene al terzo acquirente, il venditore si è definitivamente spogliato del diritto di proprietà, di modo che unico proprietario del bene è l'acquirente, il quale solo è esposto all'eventuale esercizio del retratto da parte del preferito pretermesso. Infatti, se l'azione di riscatto mira ad accertare l'avvenuto trasferimento della proprietà in favore del prelazionario, la relativa domanda giudiziale dovrà essere proposta nei confronti di chi risulti attuale proprietario del bene, in favore del quale andrà anche versato il prezzo d'acquisto.

²³⁰ Caso sottoposto all'attenzione della giurisprudenza è quello in cui all'acquisto del bene compravenduto senza l'osservanza della prelazione procede un coniuge in regime di comunione legale dei beni, anche in questa ipotesi è stato chiarito che l'azione di riscatto dovrà essere proposta nei confronti di entrambi i coniugi, trattandosi di un'ipotesi di litisconsorzio necessario cfr. Cass. 15 giugno 2016, n. 12295, precedentemente si veda l'arresto delle Sezioni Unite in materia di prelazione c.d. urbana: Cass. Sez. un., 22 aprile 2010, n. 9523 secondo cui, peraltro, la tempestiva integrazione del contraddittorio esclude il maturare del termine annuale di decadenza, qualora il riscatto sia stato esercitato tempestivamente nei confronti di almeno uno dei litisconsorti, mentre non rileva che all'atto dell'integrazione nei confronti del pretermesso il termine previsto dalla legge per l'esercizio sia già maturato. Anche nella materia del retratto agrario la giurisprudenza ribadisce che la domanda si deve ritenere proposta al momento della notifica dell'atto introduttivo del giudizio nei confronti di uno (o più) dei litisconsorti necessari, considerando l'atto di integrazione del contraddittorio dotato di efficacia *ex tunc*, dunque sana nei confronti dei (temporaneamente) pretermessi le eventuali preclusioni maturate a carico dell'attore, in questo senso PROTO PISANI, *Lezioni cit.*, 295. Con riferimento al riscatto agrario Cass. 30 dicembre 2011, n. 30424, dubita, invece, sulla correttezza di questa impostazione CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, 117.

²³¹ Cfr. l'orientamento costante in giurisprudenza *ex multis*: Cass. 24 luglio 2012, n. 12893; Cass. 4 giugno 2007, n. 12934; Cass. 27 marzo 2007, n. 7501.

In questo senso, si è coerentemente escluso che in seno al giudizio di riscatto si potesse inquadrare qualunque finalità impugnatoria del negozio concluso, senza l'osservanza della prelazione²³².

Anche la tesi giurisprudenziale, secondo cui l'esercizio del riscatto opera la sostituzione del riscattante nella posizione contrattuale del terzo acquirente, ha come presupposto l'efficacia del contratto traslativo, sul quale, appunto, per effetto dell'esercitato potere interviene soltanto una modificazione sul piano soggettivo, restando pienamente efficaci gli altri effetti contrattuali. Se al riscatto fosse riconosciuta un'efficacia anche caducatoria o risolutiva del negozio traslativo, allora si sarebbe dovuto ammettere la necessità dell'esercizio processuale del potere in questione, quale strumento solo mediamente traslativo. Dunque, sarebbe da riconoscersi in capo alla sentenza conclusiva del processo di riscatto l'efficacia traslativa del diritto di proprietà, previa caducazione del negozio concluso in violazione della prelazione. Solo ammettendo che il giudizio di riscatto abbia una dimensione anche impugnatoria, allora si dovrebbe ritenere necessaria la partecipazione in giudizio dell'alienante, in quanto parte del contratto che verrebbe caducato.

Tuttavia, nulla toglie che il processo di riscatto possa divenire soggettivamente cumulato attraverso la chiamata in causa, ovvero l'intervento volontario dell'alienante.

In prima istanza, sussiste l'interesse del terzo acquirente a coinvolgere l'alienante nel processo pendente attraverso la chiamata in garanzia reale²³³ ai sensi

²³² Cfr. *ex multis* Cass. 17 aprile 2013, n. 9238; Cass. 25 luglio 2008, n. 20428; Cass. 11 dicembre 2012

²³³ Bisogna chiedersi se si tratta di una garanzia reale propria o impropria. Come noto, la distinzione si fonda rispettivamente sull'unicità, ovvero sulla diversità del rapporto sostanziale dedotto in giudizio dall'attore, rispetto a quello fatto valere dal chiamante: infatti, solo nel primo caso la sorte della domanda di garanzia è strettamente legata a quella della domanda principale, tanto che normalmente il diritto ad essere garantiti viene dedotto in giudizio in via condizionata. In questo senso, il giudice sarà chiamato a valutare la sussistenza del diritto ad essere garantiti, solo nel caso in cui la parte garantita risulti soccombente, diversamente la domanda di garanzia proposta in via condizionata resterà assorbita. Viceversa, nel caso di garanzia impropria le due domande proposte (quella principale e quella di garanzia) restano fra loro indipendenti, poiché il legame sussistente fra i rapporti giuridici dedotti in giudizio è di mero fatto, pertanto, indipendente risulta essere la vicenda processuale dell'una, rispetto a quella dell'altra. Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., II, 82 ss. Nonostante la giurisprudenza propenda per la natura impropria della garanzia invocata dal riscattante nei confronti del venditore cfr. Cass. 6 dicembre 2005, n. 26690; Cass. 4 giugno 2001, n. 7514; Cass. Sez. un. 1 luglio 1997, n. 5859, pare più corretto inquadrare l'ipotesi in esame nella garanzia propria: unico è, infatti, il rapporto sostanziale che si deduce in giudizio, ovvero quello attinente al diritto di prelazione

dell'art. 106 c.p.c. per ottenere il ristoro delle spese effettuate al fine di formalizzare l'atto traslativo, oltre al risarcimento dei possibili danni che l'attuale proprietario rischia di dover subire per la possibile privazione del bene (in particolare di un bene produttivo, se si pensa alla fattispecie di prelazione agraria e urbana). In questo caso, il venditore verrà chiamato in giudizio quale garante in evizione²³⁴, infatti: l'accoglimento della domanda di riscatto accerta l'intervenuto acquisto del diritto di proprietà sul bene da parte del riscattante, acquisto che priva il terzo acquirente della titolarità del bene a causa della mancata preferenza attribuita al prelazionario da parte dello stesso alienante. Anzi, sotto questo punto di vista in capo al terzo acquirente sussiste un vero e proprio onere di chiamare in giudizio il venditore secondo quanto disposto ai sensi dell'art. 1485 c.c.

Allo stesso modo, il proprietario alienante potrebbe intervenire in giudizio ai sensi dell'art. 105 c.p.c., con un intervento adesivo dipendente, ossia finalizzato a sostenere in giudizio le ragioni della parte che ha subito il riscatto, al fine di evitare che si formi un giudicato di accertamento circa il trasferimento del diritto di proprietà favorevole al riscattante. Ancorché tale accertamento non gli sia direttamente opponibile, l'interesse che spinge il proprietario ad intervenire si spiega alla luce dell'appena accennata disciplina dell'evizione: il terzo interviene volontariamente in giudizio al fine di evitare di dover subire un autonomo processo instaurato dall'acquirente soccombente nella causa di riscatto; autonomo processo che inevitabilmente lo vedrebbe pregiudicato, stante il particolare vincolo probatorio

dalla cui violazione sorge il potere di riscatto. Tanto che solo l'accoglimento della domanda di riscatto determina il sorgere del diritto di essere garantito in favore del riscattante avverso il proprietario venditore. Forse, l'orientamento giurisprudenziale citato risente di quella radicata idea per cui il rapporto di prelazione sussistente fra prelazionario e proprietario del bene e quello di riscatto, che involge il prelazionario pretermesso ed il terzo acquirente, siano rapporti sostanziali fra loro diversi, tuttavia, nella precedente fase del lavoro si è dimostrato che tale ricostruzione bipartita del binomio prelazione - riscatto è priva di fondamento. D'altro canto, la medesima giurisprudenza ricorre alla garanzia per evizione (ipotesi pacificamente riconducibile alla garanzia propria) per inquadrare la pretesa che il riscattato fa valere nei confronti del riscattante cfr. Cass. 3 maggio 2016, n. 8692; Cass. 11 dicembre 2012, n. 22625; Cass. 26 giugno 2007, n. 14754; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3465. Per queste diverse ragioni esposte, si ritiene che il c.d. rapporto di garanzia che si instauri fra il riscattato (garantito) e il venditore (garante) sia inquadrabile quale ipotesi di garanzia propria.

²³⁴ Cfr. la giurisprudenza citata alla nota precedente, in particolare Cass. 3 maggio 2016, n. 8692 che afferma come la responsabilità a titolo di evizione dipende per il solo fatto che il riscattato perda il diritto acquistato dal venditore cosicché risulterà necessario ristabilire la situazione economica in capo al primo, come risultante anteriormente rispetto alla vendita. Cfr. anche Cass. 10 luglio 2014, n. 15754; nello stesso senso si veda la già citata Cass. 17 aprile 2013, n. 572; Cass. 11 maggio 2010, n. 11375 cit. che esclude come dal prelazionario possano essere proposte azioni diverse rispetto a quella di retratto. Più lontana nel tempo Cass. 2 aprile 1996, n. 3020 nell'ipotesi della prelazione urbana.

previsto dall'art. 1487 c.c., secondo cui l'alienante può evitare la declaratoria di responsabilità a titolo di evizione solo se sia in grado di dimostrare che qualora fosse stato chiamato nel processo di riscatto, avrebbe potuto impedire l'accoglimento della domanda avversaria.

Peraltro, il riscattante potrebbe decidere di convenire ai sensi dell'art. 103 c.p.c. in un unico giudizio tanto il venditore, quanto il terzo acquirente, al fine di ottenere un giudicato che contestualmente vincoli entrambi i soggetti, ancorché oggetto del giudizio sia solo l'effetto traslativo, mentre restano escluse, salvo espressa domanda di parte, le questioni inerenti al contratto di compravendita stipulato.

Una volta assunta la qualità di parte, il proprietario alienante potrà limitarsi a contestare i fatti costitutivi del diritto di prelazione, così come l'efficacia della dichiarazione di riscatto, ovvero proporre una domanda di accertamento incidentale circa la spettanza del diritto di prelazione in capo al riscattante, oppure ancora chiedere che venga accertato con efficacia di giudicato, la sussistenza del rapporto sostanziale legittimante il diritto di prelazione, quale ad esempio l'efficacia del contratto di affitto²³⁵. Con particolare riferimento a quest'ultimo caso è necessaria una precisazione di non secondaria importanza: il cumulo oggettivo sopravvenuto di

²³⁵ La questione presenta profili discussi per quanto riguarda l'interventore solo *ad adiuvandum*, poiché il medesimo interviene come parte accessoria, senza dedurre in giudizio una propria situazione giuridica soggettiva. Per rispondere al quesito appena posto è necessario comprendere se all'intervenuto possa riconoscersi la qualità di parte in senso proprio del processo a cui spettino i poteri che la legge processuale garantisce alle parti, oppure l'interventore in via adesiva occupi nel processo soltanto una posizione strettamente accessoria e subordinata a cui rimane precluso l'esercizio dei poteri, che spettano alle parti principali. La questione è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina cfr. anche per i riferimenti bibliografici CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, cit., II, 889 e ss., con particolare riferimento alla domanda di accertamento incidentale, 921, nota n. 266 e Id. *L'intervento adesivo, Premesse generali*, I, 6 ss., nota n. 6, l'autore, a fronte di un'approfondita analisi storica e comparata, conclude nel senso di riconoscere in capo all'intervenuto la qualità di parte a cui sia garantito anche il potere di proporre domanda di accertamento incidentale. Si noti in particolare il tendenziale riconoscimento del potere di impugnare la sentenza in capo all'interventore in via adesiva cfr. CONSOLO, *Spiegazioni* cit., II, 61 con riferimento all'arresto delle Sezioni unite 4 dicembre 2015, n. 24707 in *Giur. It.* con nota di CONSOLO, BACCAGLINI, GODIO, *Le sezioni unite e il venir meno della distinzione tra garanzia propria e garanzia impropria, cosa muta (e cosa no) nella dinamica processuale*. Anche la recente giurisprudenza (sebbene in materia di assoggettamento dell'interventore adesivo al pagamento delle spese di lite) riconosce all'intervenuto in via adesiva la qualità di parte del processo cfr. Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2019, n. 27846; Cass. 18 aprile 2000, n. 5025. Nel caso che ci occupa, l'intervento del venditore in via adesiva si innesta, come appena ricordato nel testo, sul rapporto di garanzia sussistente con l'acquirente del bene compravenduto, che subisce l'azione di riscatto. Dunque, il venditore potrà chiedere che venga accertata con efficacia di giudicato la questione pregiudiziale attinente alla sussistenza in capo al riscattante del diritto di prelazione, la cui violazione fonda il potere di acquisto della proprietà in via di retratto.

domande determina il sorgere di una controversia che appartiene alla competenza per materia inderogabile, ai sensi dell'art. 409 c.p.c. e art. 11 D.lgs. n. 150 del 2011, della Sezione specializzata agraria, dunque si pone il problema di come coordinare la decisione sulla domanda principale di riscatto, con quella incidentale riguardante un contratto agrario.

La soluzione è offerta dalla disciplina di cui all'art. 34 c.p.c.: stante la sopravvenuta carenza di competenza del giudice del riscatto per la domanda inerente alla sussistenza in capo al riscattante del rapporto agrario, l'intera controversia dovrà essere riassunta davanti al giudice specializzato, il quale deciderà anche sulla domanda di riscatto del fondo rustico, applicando, in forza del requisito di prevalenza del rito speciale *ex art. 40 c.p.c.*, il rito laburistico a cui la legge espressamente assoggetta la decisione sulle questioni inerenti la materia dei contratti agrari²³⁶.

La distinzione di competenza trova giustificazione sulla base delle differenti situazioni giuridiche dedotte: se per la prelazione agraria la controversia riguarda il trasferimento del diritto reale di proprietà si dovrà ammettere la competenza del giudice ordinario, a norma degli artt. 9 e 15 c.p.c.²³⁷; mentre la materia dei contratti agrari regolata ai sensi della legge n. 203 del 1982 ed art. 9 legge n. 29 del 1990,

²³⁶ In questi termini Cass. 2 marzo 1998, n. 2269; conforme Cass. 1 dicembre 2000, n. 15365, pur potendo condividere il risultato a cui giungono le due sentenze citate, risulta errato definire come riconvenzionale la domanda di accertamento proposta dal convenuto circa la sussistenza del rapporto agrario, in quanto la questione sull'affitto agrario ha carattere di pregiudizialità rispetto alla controversia del riscatto, atteggiandosi come questione pregiudiziale di merito di per sé conosciuta *incidenter tantum* dal giudice ai soli fini di pronunciare la sentenza sulla causa di riscatto. La formulazione all'uopo di una domanda comporterebbe l'applicazione dell'art. 34 c.p.c. poiché la domanda di accertamento incidentale nulla aggiunge alla cognizione del giudice, ma si limita a richiedere che una questione avente carattere pregiudiziale venga decisa con efficacia di giudicato. Non si conviene, inoltre, con quella parte della dottrina cfr. TISCINI, *Della modificazione della competenza per ragioni di connessione, artt. 31 - 40, Accertamento incidentale*, in CHIARLONI, *Commentario al Codice di procedura civile* (diretto da), Bologna, 2016, 156 ss. che ritiene che la qualifica di affittuario del fondo rivesta solo il ruolo di un presupposto di fatto e, dunque non individui elemento idoneo ad essere oggetto di accertamento giurisdizionale. Tale conclusione viene giustificata sulla base della diversa competenza fra le sezioni specializzate agrarie e il giudice ordinario in ordine alle due questioni. Ma come affermato da altra dottrina PROTO PISANI, *Lezioni cit.*, 326 e ss., il rapporto di pregiudizialità dipendenza è da ricondursi al diritto sostanziale, se il nesso sostanziale costituisce il *substrato del fenomeno processuale* la sussistenza del rapporto di pregiudizialità dipendenza, fra due fattispecie sostanziali, non potrebbe essere negata in ragione di una mera disposizione processuale, vertente circa la diversa ripartizione di competenze fra giudice specializzato e giudice ordinario.

²³⁷ Si veda ancora di recente Cass. 27 settembre 2010, n. 19748.

oggi abrogato, ma integralmente richiamato dal co. 1, art. 11 D.lgs. n. 150 del 2011 è devoluta alla competenza del giudice specializzato agrario²³⁸.

Dunque, per concludere circa le possibili dinamiche soggettive inerenti al processo di riscatto è possibile affermare in prima istanza che l'azione di retratto non costituisce un'ipotesi di litisconsorzio necessario fra riscattato, terzo acquirente e alienante, poiché valido ed efficace è il contratto traslativo "a monte" e l'esercizio del retratto determina un diverso acquisto nei confronti dell'attuale proprietario del bene.

Il processo sorto come bilaterale potrà divenire litisconsortile per effetto della chiamata in causa proposta da parte del terzo convenuto nei confronti del venditore, oppure a seguito di intervento adesivo da parte di quest'ultimo, al fine di scongiurare il rischio di venire successivamente coinvolto in un'autonoma causa di evizione.

Sussiste, invece, un'ipotesi di litisconsorzio necessario dal lato passivo tutte le volte in cui ad acquistare il bene in spregio al diritto di prelazione siano più soggetti. In questo caso tutti gli attuali proprietari dovranno essere convenuti nell'unico processo di riscatto.

Una precisazione conclusiva sempre con riferimento al piano soggettivo dell'azione di retratto: non sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario nemmeno qualora il diritto di prelazione spetti a più soggetti. Si pensi al caso di più intestatari

²³⁸ Stante la differente competenza (i.e. per materia), nel caso in cui nel processo pendente per l'esercizio dell'azione di riscatto il convenuto proponga domanda riconvenzionale per l'accertamento della insussistenza del rapporto di affitto agrario in capo all'attore, ex art. 36 II parte c.p.c., richiamando l'art. 34 c.p.c., l'intera controversia dovrà essere riassunta davanti al giudice specializzato, il quale deciderà anche sulla domanda di riscatto del fondo rustico, cfr. Cass. 27 maggio 2011, n. 11748; conformi Cass. 1 dicembre 2000, n. 15365 e Cass. 2 marzo 1998, n. 2269. Fra gli autori vi fu chi, dopo la legge n. 29 del 1990, che con generica locuzione attribuisce alla competenza del giudice specializzato "*tutte le controversie in materia di contratti agrari o conseguenti alla conversione dei contratti associativi in affitto sono di competenza delle sezioni specializzate agrarie di cui alla Legge 2 marzo 1963 [...]*", ritenne che le controversie in materia di prelazione e riscatto agrario dovessero essere devolute alle Sezioni Specializzate, in quanto sia il diritto di prelazione sia quello di riscatto si pongono in immediata connessione con l'attività di coltivazione del fondo rustico a norma dell'art. 8 l. 590/1965, cfr. NAPPI, *Tutela cit.*, 249 e ss. Condivide questa posizione MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, XXV ed., Torino, 2016, 375, con giurisprudenza contraria in nota n. 58. Rileva, però, correttamente GERMANO, *Il diritto processuale dell'agricoltura* in COSTATO, GERMANO, ROOK BASILE, *Trattato di diritto agrario*, (a cura di), I, Torino, 2011, 821 e ss. come, oltre a risultare *ius receptum* in giurisprudenza, l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie in materia di prelazione e riscatto assicura il non secondario vantaggio di evitare il frazionamento fra la competenza del Tribunale e del giudice specializzato nell'ipotesi di prelazione del confinante, non affittuario, coltivatore diretto ex art. 7 legge n. 817 del 1971, rispetto ai quali certo non rileva la sussistenza del contratto di affitto. Ribadisce l'estraneità delle cause in materia di riscatto agrario dalla competenza delle Sezioni Specializzate Cass. 22 luglio 2016, n. 15136.

di un contratto di affitto agrario, oppure alla pluralità di confinanti nell'ipotesi di prelazione agraria del proprietario confinante. In tutte queste ipotesi, l'azione di riscatto non determina la necessità di convenire in giudizio tutti gli altri beneficiari pretermessi, poiché la situazione sostanziale dedotta nel processo dal singolo riscattante è una situazione giuridica singola ed autonoma non, invece, plurilaterale, tanto che la modifica favorevole della realtà incide soltanto nei confronti del soggetto riscattante²³⁹.

3.3. L'esclusione della tutela risarcitoria a fronte della violazione del diritto di prelazione.

Analizzati gli aspetti relativi alla dinamica processuale del c.d. giudizio di riscatto prima di concludere il lavoro si ritiene utile prendere in esame ancora una questione. Si è visto nelle pagine che precedono come il riscatto individui quello strumento di tutela specificatamente previsto dal legislatore al fine di reintegrare quell'interesse all'acquisto leso, laddove si è perpetrata la violazione del diritto di prelazione. Il quesito che ci si pone è se il prelazionario può agire in giudizio per chiedere la condanna al risarcimento del danno, subito stante la violazione del diritto di prelazione.

In prima istanza, occorre chiarire che il c.d. legittimato passivo della prospettata azione risarcitoria dovrà individuarsi nel proprietario venditore del cespite, unico soggetto su cui incombe l'onere di comunicare al titolare del diritto di prelazione la proposta volta a garantire la possibilità d'acquisto in prelazione, nessun dovere, al contrario, è imposto dalla legge al terzo acquirente²⁴⁰.

²³⁹ In pari tempo la giurisprudenza ha correttamente precisato che non sussiste nemmeno un'ipotesi di litisconsorzio necessario c.d. processuale, per cui il processo nato come litisconsortile può cessare di esserlo in ogni sua fase. È il caso (deciso dalla giurisprudenza) in cui ci si deve chiedere se, concluso il giudizio di primo grado, la parte soccombente debba impugnare la sentenza (o i capi della sentenza) nei confronti di tutte le parti del giudizio di primo grado ai sensi dell'art. 331 c.p.c., oppure soltanto di alcune, notificando alle altre l'atto di impugnazione ai soli fini di *denuntiatio litis*. La risposta corretta si deve ritenere la seconda poiché non sussiste nessun nesso di inscindibilità sostanziale nell'ipotesi in cui il diritto di prelazione spetti a più soggetti sul medesimo fondo, né di connessione per pregiudizialità dipendenza, stante l'autonomia di ciascuna situazione giuridica di prelazione, infatti, ben potrà essere accertato che il trasferimento si sia perfezionato solo nei confronti di un soggetto beneficiario del riscatto e non, invece, nei confronti degli altri cfr. Cass. 19 aprile 2011 n. 8989.

²⁴⁰ Discusso è in dottrina se la notifica della proposta d'acquisto (c.d. *denuntiatio*) configuri una vera e propria proposta contrattuale, ovvero un semplice atto comunicativo della volontà del proprietario di alienare il cespite. Nel primo senso, dottrina e giurisprudenza sono coese nel

Così come posta, la soluzione che si intende fornire alla domanda prospettata dipende dalla proposta ricostruttiva del rapporto prelazione - retratto alla quale si intende aderire. Infatti, se si propende per la concezione bipartita, secondo cui sussistono due autonome situazioni giuridiche soggettive, di cui la prelazione è attribuita a presidio dell'interesse ad essere preferiti, mentre il riscatto a quello

riconoscere natura negoziale alla comunicazione che il cedente deve trasmettere al prelazionario nelle ipotesi della prelazione agraria, così come in quella successoria. Dunque, la citata comunicazione costituirebbe a tutti gli effetti una proposta contrattuale, la cui accettazione determina il perfezionamento del contratto di compravendita; di conseguenza attraverso l'esercizio della prelazione si produce l'effetto traslativo del diritto di proprietà in favore del preferito cfr. in giurisprudenza nella materia della prelazione agraria si veda *ex multis* Cass. 22 giugno 2016, n. 12883, 432; Cass. 12 novembre 2013, n. 24419; Cass. 5 febbraio 2013, n. 2648, in *Dir. e giur. agr. alim. e ambiente*, 2013 con nota di JESU, *Sulla necessità della forma scritta della denuntiatio nella prelazione agraria*. Si noti come tale soluzione è particolarmente radicata nella fattispecie della prelazione agraria, poiché la legge n. 817 del 1971 all'art. 8, nel riformare ed integrare la più volte citata previsione della legge n. 590 del 1965 ha previsto che unitamente alla *denuntiatio* debba essere trasmesso anche il preliminare di compravendita, già stipulato con un soggetto terzo, in modo che il prelazionario in caso di esercizio della prelazione. Per la prelazione c.d. successoria cfr. Cass. 11 settembre 2017, n. 21050, in *Diritto&Giustizia*, 2017, 12 ss., con nota di PALEARI, *Lite tra coeredi per la prelazione*. Viceversa, a diverse conclusioni si giunge con riferimento alla prelazione c.d. urbana ai sensi dell'art. 38 legge n. 392 del 1978, norma dalla infelice dizione letterale (si esprime in questi termini CARPINO, *Prelazione e riscatto, Immobili urbani* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, 5 ss.). La norma citata, infatti, dispone che il locatore debba dare comunicazione della volontà di vendere l'immobile locato al conduttore con l'indicazione del prezzo stabilito. Il preferito che intenda esercitare la prelazione deve trasmettere la relativa dichiarazione nelle forme indicate dalla legge e provvedere al pagamento del prezzo nel termine ivi indicato, ovvero contestualmente alla *stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare*. Questo riferimento alla stipula di un contratto, in un momento necessariamente successivo rispetto all'esercizio della prelazione, lascia trasparire che il legislatore nell'ipotesi *de qua* abbia optato per un meccanismo particolare di operatività dello strumento prelatizio, in cui la dichiarazione di esercizio della prelazione non produca l'immediato effetto traslativo, ma soltanto l'obbligo per il cedente di stipulare un successivo contratto di compravendita con il prelazionario e non con un soggetto diverso, TRIOLA, *La prelazione urbana*, Milano, 1990, 103. Tale previsione, fin dalla sua introduzione, ha sollecitato diverse interpretazioni in dottrina. Infatti, ad autori che ritenevano meramente ricognitivo l'atto successivo all'esercizio della prelazione, di per sé sufficiente a determinare l'effetto traslativo (cfr. CASAROTTO, *I nuovi problemi cit.*, 633 e Id. *La prelazione cit.*, 216 ss., testo e note), se ne accostavano altri che, nell'interpretazione letterale della disposizione, invece, ritenevano come l'esercitato diritto di prelazione determinasse l'obbligo in capo al proprietario di stipulare il contratto traslativo con il prelazionario, che restava obbligato al pagamento del prezzo, si veda ancora di recente ROSSI, *La prelazione cit.*, 192 ss., anche per la bibliografia ivi citata. La giurisprudenza, dopo un'iniziale incertezza, si orientò in questo secondo senso (Cfr. Cass. 17 aprile 1986, n. 2726 e Cass. 14 marzo 1988, n. 2427, che ammettevano la natura negoziale della proposta di vendita formulata ai sensi dell'art. 38 legge n. 392 del 1978, si veda però quanto statuito dalla Cass. Sez. Un. 4 dicembre 1989, n. 5359.). Come sopra esposto a più riprese e qui richiamato, la tesi maggioritaria individua nella trasmissione della *denuntiatio* l'adempimento dell'obbligo gravante sul proprietario di preferire nell'acquisto il prelazionario con tutte le conseguenze che si sono or ora analizzate. In realtà, se come si è accennato la natura della *denuntiatio* quale proposta contrattuale non risulta essere una conseguenza obbligata sulla base della disciplina normativa, così perlomeno pare avendo riguardo alla disciplina della prelazione c.d. urbana in cui la comunicazione del locatore - cedente pare atteggiarsi come un atto di interpello, è necessario, tuttavia, evidenziare che la *denuntiatio* ha come obiettivo fondamentale quello di mettere nelle condizioni il preferito di poter esercitare la prelazione attraverso la comunicazione di una volontà definitiva di alienare il bene (sul contenuto della *denuntiatio*, nonché sulle differenze fra l'ipotesi della prelazione agraria e di quella c.d. urbana si veda Cass. 12 novembre 2013, n. 25419 cit.).

relativo al riacquisto del bene trasferito, allora si propenderà per la soluzione affermativa, poiché il diritto al risarcimento del danno sorge per la violazione di un interesse diverso ed autonomo rispetto a quello che spinge il prelazionario ad agire in via di riscatto. Si potrebbe in questo senso ammettere anche una tutela risarcitoria autonoma: il prelazionario non esercita il riscatto, ovvero lascia spirare il termine di decadenza per l'efficace esercizio del potere, tuttavia, in forza della violata prelazione propone in giudizio domanda di risarcimento del danno subito per non essere stato posto nelle condizioni di poter esercitare il diritto di prelazione.

Viceversa, se si propende per la teoria unitaria del rapporto prelazione e retratto in cui dall'unica situazione giuridica soggettiva sorge il potere di riscattare il bene, allora si dovrebbe ammettere che il legislatore ha già individuato una tutela specifica in favore del prelazionario, la quale è sufficiente a ristorare quest'ultimo del pregiudizio subito, grazie alla riconosciuta possibilità di acquistare in via di riscatto il bene trasferito.

È questa la soluzione che, anche sulla base della conclusione circa la natura rimediabile del riscatto rispetto alla situazione giuridica soggettiva di prelazione, si deve preferire.

Il legislatore, difatti, ha attribuito al prelazionario pretermesso uno specifico strumento di tutela, il retratto appunto, che garantisca la possibilità per il preferito di ristabilire quell'assetto di interessi leso nel poter acquistare il bene direttamente nei confronti del terzo acquirente. Riconoscere accanto al riscatto il diritto di credito per il risarcimento dei danni subiti stante la mancata comunicazione preventiva della proposta d'acquisto significherebbe ammettere una duplicazione delle tutele garantite al riscattante, avanti alla lesione di un unico interesse tutelato dalla disciplina sostanziale²⁴¹.

Questo sia in pendenza del termine annuale previsto per l'esercizio del riscatto, poiché non è dato comprendere come fintanto che il prelazionario è nella concreta ed effettiva possibilità di riscattare il bene, questi, da un lato, possa optare per invocare una tutela alternativa, rispetto a quella specifica prevista dal legislatore

²⁴¹ Ammette, invece, la tutela risarcitoria CARPINO, *L'acquisto coattivo* cit., 32 ss.; Id. *Riscatto di immobili urbani* cit., 10.

e dall'altro il pregiudizio concretizzatosi nell'impossibilità di acquistare il bene trasferito viene integralmente ristorato dall'attribuzione del potere di riscatto²⁴².

Peraltro, in seno alla conclusione raggiunto nel lavoro che qui si è svolto e contrariamente a quanto ritenuto in giurisprudenza, il fatto che l'effetto acquisitivo si produca con la dichiarazione unilaterale e recettizia di riscatto determina il sorgere per il riscattante del diritto a ottenere la restituzione dei frutti e degli accessori inerenti al bene e maturati fino al giorno della materiale consegna del cespite in favore del riscattante, dunque anche l'eventuale pregiudizio per la mancata tempestiva fruibilità del bene resta assorbito dagli effetti della dichiarazione di riscatto.

La stessa conclusione vale, a maggior ragione, qualora il termine annuale previsto per l'esercizio del potere sia lasciato spirare, decorso tale periodo temporale e consolidandosi definitivamente l'acquisto del diritto di proprietà da parte del terzo acquirente, nessun pregiudizio potrebbe vantare il riscattante che, pur potendo avvalersi del potere di riscatto, ne ha lasciato scadere il termine di esercizio. Si noti, peraltro, come detto termine decorra non dalla conclusione dell'atto stipulato in violazione della prelazione, bensì dalla trascrizione del medesimo nei registri immobiliari, a garanzia della pubblicità e conoscibilità dell'acquisto da parte del pretermesso. Dunque, nessuna tutela di tipo risarcitorio potrà spettare al riscattante, che abbia lasciato maturare il termine decadenziale per l'esercizio del potere.

Sussiste, tuttavia, un'ipotesi in cui il riscattante possa legittimamente vantare una pretesa risarcitoria nei confronti delle parti del negozio traslativo, che abbiano inteso fraudolentemente concludere il contratto di compravendita, in pregiudizio al preferito: si pensi al caso in cui, durante la fase di trattativa, le parti si accordino per indicare nell'offerta d'acquisto da trasmettere al prelazionario un prezzo superiore, rispetto a quello concordato ed effettivo d'acquisto²⁴³: il prelazionario può essere

²⁴² Cfr. ampiamente CASAROTTO, *La prelazione* cit., 142 ss. in giurisprudenza: Cass. 17 aprile 2013, n. 9238 cit., che statuisce l'unicità della tutela in via di riscatto nei confronti della prelazione violata; precedentemente si notino Cass. 29 settembre 1999, n. 10760; Cass. 14 gennaio 1984, n. 310.

²⁴³ Questa possibilità di agire in riscatto è espressamente prevista dalla legge in forza della medesima norma attributiva del diritto di prelazione: [...] *Qualora il proprietario non provveda a tale notificazione o il prezzo indicato sia superiore a quello risultante dal contratto di compravendita, l'avente titolo al diritto di prelazione può, entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita, riscattare il fondo dell'acquirente e da ogni altro successivo avente causa* [...] e

indotto a non esercitare la prelazione e a dover successivamente avvalersi del retratto per acquistare il bene, nel momento in cui si avveda della differenza fra il prezzo indicato nella *denuntiatio* e quello effettivamente pagato. In questo caso, l'accordo "simulatorio" sulla differenza fra il valore d'acquisto e quello indicato nella proposta comunicata giustifica il riconoscimento in capo al riscattante anche della pretesa al risarcimento dei danni subiti per il tardivo acquisto della proprietà sul bene.

Nessun ostacolo pare sussistere, se si esclude l'ipotesi accennata dell'accordo simulatorio, a riconoscere la sussistenza del diritto al risarcimento dei danni in capo al terzo acquirente risultato evitto in seguito all'efficace esercizio del potere di riscatto da parte del pretermesso. Fermo restando che, in conformità alla tesi fatta propria nelle pagine precedenti, il terzo acquirente può pretendere dal riscattante il pagamento in restituzione degli esborsi sostenuti per effettuare le eventuali migliorie, egli potrà pretendere il risarcimento del danno subito per la perdita del bene acquistato nei confronti del proprio dante causa.

In questo senso, la responsabilità del venditore nei confronti del terzo acquirente deve essere regolata, secondo quanto previsto anche dalla giurisprudenza, nell'ambito della disciplina in materia di garanzia per evizione *ex artt. 1479 e 1483 c.c.*, con la particolarità che il riscattato non potrà pretendere dal venditore la restituzione del prezzo pagato, poiché l'obbligo circa il versamento del prezzo d'acquisto spetta ai sensi di legge al riscattante. Peraltro, qualora il venditore abbia fraudolentemente celato la presenza di uno o più soggetti a cui spettava il diritto di prelazione, allora si deve ammettere che l'acquirente che subisce il riscatto possa pretendere dal venditore anche il ristoro del c.d. lucro cessante, da inquadrarsi come la perdita economica relativa allo sfruttamento produttivo del bene (questo emerge in maniera chiara nel caso in cui il bene sia intrinsecamente produttivo, come, appunto, il fondo rustico)²⁴⁴.

Un'ultima chiosa: nelle ipotesi di prelazione reale, la legge assicura la possibilità al preferito di riscattare il bene anche dai successivi aventi causa del primo acquirente. Potrebbe, tuttavia, verificarsi che acquistato il bene, l'acquirente lo trasferisca ad un diverso soggetto per un prezzo superiore rispetto a quello previsto

confermato in giurisprudenza Cass. 4 giugno 2013, n. 14046; già precedentemente Cass. 2 ottobre 1984, n. 4867.

²⁴⁴ Cfr. in questi termini Cass. 11 dicembre 2012, n. 22645.

nella prima compravendita. Si è già ribadito che il riscattante adempie il proprio obbligo versando il prezzo pattuito fra le parti del negozio la cui conclusione ha determinato la violazione del diritto di prelazione. Tuttavia, i successivi aventi causa del primo acquirente potranno agire nei confronti del rispettivo venditore al fine di ottenere la restituzione della somma versata in eccedenza, rispetto a quanto pagato dal riscattante secondo il disposto dalla citata disciplina in materia di garanzia per evizione.