

ANNO XIII - N. 4
Ottobre - Dicembre '91
Sped. abb. postale Gr. IV/70
Salerno



RASSEGNA
dell'EQUO
CANONE

locazioni e condominio

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DOTTRINA E
GIURISPRUDENZA

CEDAM

Ipotesi particolari di trasferimento e diritto di prelazione.

1. Con l'art. 38 della legge 27 luglio 1978, n. 392, è stato introdotto nel nostro ordinamento un nuovo diritto di prelazione a favore del conduttore di un immobile urbano adibito ad attività di tipo commerciale che comportino contatti con il pubblico degli utenti e dei consumatori per il caso in cui il proprietario locatore intenda alienarlo.

Il legislatore, nella fattispecie, al fine di consentire l'esercizio del diritto di prelazione impone al locatore di comunicare a mezzo ufficiale giudiziario (c.d. *denuntiatio*) le condizioni cui la vendita dovrebbe essere conclusa e dovrà, di conseguenza, invitare il conduttore ad esercitare la prelazione. Si è osservato che il diritto di prelazione rappresenta una limitazione del diritto di proprietà ed in particolare al diritto di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo: trattandosi di un limite ad un diritto costituzionalmente garantito, non può avere che natura eccezionale e il suo ambito di applicazione deve intendersi rigorosamente limitato alle fattispecie previste dal legislatore, senza alcuna possibilità di estensione analogica.

Invero, l'art. 38 della citata legge esplicitamente statuisce: "Nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato..."; sostanzialmente, dunque, il diritto di prelazione da parte del conduttore potrebbe essere esercitato solo nell'ipotesi di trasferimento oneroso di natura volontaria.

A tal proposito, la giurisprudenza della Cassazione ha negato il diritto di prelazione nel caso di permuta ove manca anche la possibilità di offerta di "condizioni uguali a quelle comunicategli" (art. 38, terzo comma) da parte del conduttore (sul punto: Cass. 14 gennaio 1988, n. 205, in *Foro it.* 1989, I, 203); nonché nell'ipotesi di vendita coattiva dell'immobile (nella specie a seguito del falli-

mento del locatore) trattandosi di vendita coatta e non volontaria, e che quel diritto è incompatibile con le finalità e le esigenze pubblicistiche proprie della procedura fallimentare, che non può tollerare intralci o remore derivanti da una norma regolante soltanto il rapporto privatistico tra locatore e conduttore.

2. Orbene, estranea all'istituto della prelazione è ovviamente la ipotesi di trasferimento del bene a titolo gratuito, sia per la personalità dei rapporti fra locatore donante e terzo donatario, sia per la inesistenza di una offerta da parte di quest'ultimo, alla quale il conduttore possa adeguare la propria.

Tuttavia, tale fattispecie troverebbe un rilievo giuridico nella ipotesi in cui il trasferimento a titolo di liberalità sia stato posto in essere fittiziamente per evitare che il conduttore possa esercitare il diritto di prelazione, tanto che, in tal caso, il conduttore potrebbe fare accertare la simulazione dell'alienazione, ex art. 1415 c.c., e di conseguenza una pronuncia diretta alla dichiarazione di onerosità del trasferimento e per l'effetto esercitare il diritto di prelazione leso.

La giustificazione del diritto di prelazione urbana trova fondamento in un principio di ordine pubblico economico quale è quello della tutela dell'interesse pubblico al potenziamento dell'attività produttiva ed indirettamente in quello della tutela dell'avviamento commerciale.

Si ritiene (v. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo, Milano 1987, 43) anche che il diritto di prelazione sia strettamente collegato al divieto contrattuale di alienazione e al divieto contrattuale di concorrenza.

Il diritto di prelazione, imponendo al proprietario di contrattare con un soggetto determinato, rappresenta altresì una limitazione della libertà dell'i-

niziativa economica privata, che trova espressione nel principio dell'autonomia contrattuale.

La circostanza, dunque, che il diritto di prelazione, in special modo quello previsto e regolato dall'art. 38 legge n. 392/78, trova il suo fondamento nella tutela dell'interesse pubblico al potenziamento delle attività commerciali comporta che il terzo acquirente dell'immobile locato sia portatore anch'egli di quell'interesse.

Orbene, siffatto orientamento, produce l'effetto che nell'ipotesi in cui il terzo non sia portatore dell'interesse innanzi descritto, il diritto di prelazione spetterebbe a maggior ragione al conduttore in ipotesi particolari di trasferimento dell'immobile.

Non vi sono dubbi che il legislatore del 1978 nel disciplinare il diritto di prelazione non si è limitato alle sole ipotesi di compravendita, tanto è vero che ha addotato un termine generale, quale appunto "... trasferimento a titolo oneroso ...". Il diritto di prelazione, dunque, di cui all'art. 38 legge n. 392/78, trova applicazione in tutte quelle ipotesi che implicano un trasferimento a terzi, a titolo reale ed oneroso, del godimento e della disponibilità dell'immobile.

3. Un'ipotesi particolare di trasferimento dell'immobile, ove il conduttore potrebbe esercitare il diritto di prelazione, è quella della c.d. transazione traslativa o costitutiva. Alcuni autori (v. STOLFI, *La teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, 57; FURNO, *Intorno alla natura della transazione*, in *Riv. dir. comm.* 1950, I, 458) sostengono che la transazione che ha per soggetto una *res litigiosa* di un bene immobile abbia un effetto traslativo, nel senso che poiché si ritiene per certo che il negozio modifica la preesistente situazione, l'effetto traslativo non può negarsi.

Invero, se si segue tale tesi non si può negare che in caso di un atto transattivo ove si trasferisca un immobile locato a titolo oneroso il conduttore potrebbe esercitare il diritto di prelazione.

A nostro giudizio, invece, tale tesi non appare convincente. Infatti, con il termine "traslatività" si

intende l'effetto scaturente da negozi con i quali le parti trasferiscono la proprietà o quegli altri diritti di cui è menzione all'art. 1376 c.c.

Tale concetto ha un presupposto logico insopprimibile, vale a dire che la certezza della titolarità del diritto da parte del soggetto a cui quella viene trasferita.

Poiché nella transazione sulla proprietà la lite cade proprio nella titolarità, si comprende come questo presupposto non sia configurabile: e certamente come non può acquistare chi è già probabilmente titolare, così non può trasferire chi probabilmente non lo è. Vi è, dunque, una inconciliabilità logica tra efficacia traslativa e funzione transattiva, per cui in quest'ultima ipotesi non potrebbe esercitarsi il diritto di prelazione ai sensi dell'art. 38 legge n. 392/78.

4. Un'ulteriore ipotesi di esercizio del diritto di prelazione da parte del conduttore in caso di trasferimento a titolo oneroso dell'immobile potrebbe riscontrarsi nella esecuzione specifica dell'obbligo a concludere un contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Tale ipotesi troverebbe un'applicazione pratica nel caso in cui, stipulato volontariamente un preliminare di vendita, successivamente il proprietario si rende inadempiente al trasferimento e nelle more del giudizio dell'esecuzione specifica di quest'ultimo stipuli un contratto di locazione.

Nella fattispecie, altresì, il preliminare deve prevedere, per accordo delle parti, che il pagamento debba essere effettuato nel momento della stipulazione del contratto definitivo: in questa ipotesi, la sentenza costitutiva degli effetti del contratto definitivo, premesso e non stipulato, dev'essere emessa senz'altro, ed il pagamento del prezzo dev'essere imposto solo come condizione per il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia.

In questo caso, dunque, a nostro avviso, il locatore proprietario dovrebbe dare comunicazione al conduttore affinché quest'ultimo possa esercitare il diritto di prelazione.

5. Il problema dell'applicabilità dell'art. 38 della

legge n. 392/78 è inerente anche al caso della cessione dei beni ai creditori (art. 1977 c.c.). Non sembra, comunque, che in tale ipotesi il conduttore potrebbe esercitare il diritto di prelazione. Infatti, quest'ultimo diritto, come innanzi precisato, trova la sua fonte in una alienazione a titolo oneroso, caratterizzata dalla natura reale e volontaria del trasferimento.

In sostanza, la cessione dei beni ai creditori costituisce una fattispecie di mandato irrevocabile a liquidare, in *re sua*, senza rappresentanza, e non un trasferimento a titolo oneroso al creditore. La prelazione del conduttore, invero, troverebbe applicazione nel caso in cui il creditore, quale mandatario del proprietario-locatore, aliena l'immobile a terzi a titolo oneroso. Questa fattispecie, comunque, è una normale compravendita che non ha niente a che fare con la cessione dei beni dei creditori alienanti, per cui il conduttore potrebbe esercitare il diritto di prelazione esclusivamente in questa ipotesi.

6. Suscita, altresì, interesse l'ipotesi della c.d. *datio in solutum*.

Si è detto che, dal punto di vista oggettivo, l'adempimento deve essere esatto, cosicché il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se il valore uguale o maggiore, nei limiti, peraltro, in cui il creditore vi acconsenta.

In tal caso le parti avranno stipulato un vero e proprio contratto di carattere solutorio denominato *datio in solutum*, ovvero prestazione in luogo dell'adempimento, con efficacia estintiva dell'obbligazione.

La problematica non appare di facile soluzione e data la natura necessariamente sintetica delle presenti riflessioni, bisogna ritenere che nella siffatta ipotesi il diritto di prelazione da parte del conduttore potrebbe trovare fondamento nell'istituto della *datio in solutum* a seconda se si segue la tesi della natura traslativa o meno del negozio.

Alla luce, dunque, di tali considerazioni in presenza di una *datio in solutum*, intesa come contratto

traslativo a titolo oneroso, non si può negare al conduttore l'esercizio di prelazione ai sensi dell'art. 38 legge n. 392/78.

A nostro avviso, comunque, appare preferibile ritenere che la *datio in solutum* non costituisce un trasferimento a titolo oneroso, bensì un negozio modificativo della prestazione originaria con cui si attribuisce al debitore un potere di sostituire, unilateralmente, l'oggetto dell'obbligazione, attraverso l'adempimento di una diversa prestazione.

Mancando, dunque, nella fattispecie il presupposto necessario affinché possa essere esercitato il diritto di prelazione di cui all'art. 38 legge n. 392/78, vale a dire il "trasferimento a titolo oneroso", si deve concludere che il conduttore non potrebbe esercitare la prelazione in siffatta ipotesi.

7. Il diritto di prelazione, inoltre, da parte del conduttore deve ritenersi esercitabile anche nella rendita vitalizia mediante l'alienazione di un bene mobile o immobile, o mediante cessione di capitale.

Tale ipotesi deve essere tenuta distinta dal c.d. vitalizio alimentare, sicché in quest'ultimo caso non potrebbe esercitarsi il diritto di prelazione da parte del conduttore sul presupposto della infungibilità della prestazione promessa dal vitalizante.

Infatti, il contratto avente ad oggetto la cessione di un immobile in corrispettivo di prestazioni alimentari ed assistenziali (c.d. vitalizio alimentare) si configura come un contratto innominato e atipico che, pur prestando affinità con il contratto di rendita vitalizia, se ne differenzia per il contenuto non meramente patrimoniale della prestazioni dell'obbligato, presupponente un *intuitus personae* nella scelta di tale soggetto e per l'elemento di incertezza costituito dalla variabilità e discontinuità di dette prestazioni in rapporto allo stato di bisogno del vitaliziando (vedi, su tale punto, ampiamente: Cass. 30 ottobre 1980, n. 5895).

Unica difficoltà, a nostro giudizio, circa l'esercizio del diritto di prelazione ai sensi dell'art. 38 legge n. 392/78 nel caso di rendita vitalizia, è ravvisabile nel fatto che per la rendita, come per la permuta, si può

porre un problema di determinazione del prezzo. Orbene in questo caso, ove il prezzo non risultasse dal contratto e non fosse determinato consensualmente tra le parti, dovrebbe essere stabilito autoritativamente dal giudice e, solo successivamente, il conduttore dell'immobile locato alienato dovrebbe esercitare il diritto di prelazione.

8. Peculiare, poi, è il caso di destinazione del bene locato al fondo patrimoniale per la famiglia (art. 167 c.c.) o il suo conferimento alla comunione fra coniugi (art. 177 c.c.); quest'ultima, essendo suscettibile anche di modifiche convenzionali (art. 210 c.c.), potrebbe in effetti essere direttamente incrementata, prescindendo dagli acquisti dei coniugi da terzi, che ne costituiscono l'ordinario alimento, mediante conferimenti diretti.

Resta da vedere se in tali ipotesi, per l'atto di conferimento, possa parlarsi di alienazione, e di alienazione a titolo oneroso da giustificare l'applicazione dell'art. 38 legge n. 392/78.

È stato, a tal proposito, da taluno (cf. BUSNELLI, *La comunione legale nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.* 1976, I, 38) sostenuto che nella comunione legale, il fine di sovvenzione familiare, che ne costituisce il fondamento, fa sì che l'istituto mal si concili con la comunione ordinaria, mentre si può ravvisare una analogia rispetto alla società di persone e in specie alla società semplice.

Può darsi, dunque, che in tali casi il conferimento costituisca alienazione a titolo oneroso, come nel caso del conferimento in società, in cui, dietro alla prestazione del socio, campeggia lo scopo di ritrarre utili.

A nostro avviso, invero, la comunione legale, e più ancora il fondo patrimoniale, a parte che non danno vita a società, servono di massima, come già si è accennato, a sostenere i pesi del matrimonio e della famiglia.

In sostanza, nelle predette ipotesi, ricorre una vera e propria liberalità, con la quale il costituente attribuisce ai coniugi, senza esservi obbligato, la proprietà del bene conferito, onde beneficiare i medesimi.

L'arricchimento, quindi, derivante dall'atto di liberalità consiste nel trasferimento della titolarità del diritto, da utilizzarsi a vantaggio della famiglia, con conseguente sgravio dei beni personali dall'obbligo contributivo senza per questo raggiungere finalità lucrative.

Non pare, pertanto, che il conferimento dei beni in tali masse si possa includere tra le alienazioni a titolo oneroso; con la conseguenza che, in tali casi, non sorgerà il diritto di prelazione a favore del conduttore.

9. Una ipotesi particolare di trasferimento, ove possa sorgere il diritto di prelazione a favore del conduttore, può configurarsi nella c.d. donazione mista quando debba ritenersi prevalente il profilo oneroso.

Questa ipotesi ricorre quando in un negozio oneroso una delle prestazioni è notevolmente inferiore a quanto dovuto e chi la riceve volontariamente intende in tal modo arricchire l'altra. Il caso più noto è quello della vendita per un prezzo minore del valore della cosa alienata.

Anche in questo caso, l'esercizio del diritto di prelazione a favore del conduttore trova fondamento e rilievo pratico a seconda dell'indirizzo che si intende seguire circa la natura giuridica di questo istituto.

Orbene, nel caso in cui si segue la tesi del contratto misto deve ritenersi prevalente la natura onerosa del trasferimento per cui sorge in capo al conduttore dell'immobile alienato il diritto di prelazione. Viceversa, se si segue la tesi della donazione indiretta, che a nostro avviso appare preferibile, nel senso che in questa figura una delle parti ha intenzione di arricchire l'altra, realizzando tale scopo attraverso atti diversi dalla donazione tipica senza realizzare scopo di lucro che giustifica l'onerosità della alienazione, manca il presupposto necessario affinché possa concedersi di esercitare la prelazione ai sensi dell'art. 38 legge n. 392/78.

10. In conclusione l'analisi, sia pure succinta, di alcuni fenomeni particolari di trasferimento ha messo in luce come l'interesse che le parti mirano

a realizzare, oltre che da un punto di vista soggettivo, deve essere confrontato anche con la *ratio* che sottende alla norma che accorda al conduttore il diritto di prelazione.

Si è osservato in apertura che il diritto di prelazione rappresenta una limitazione alla libertà di iniziativa economica privata e al diritto di proprietà che sono costituzionalmente garantiti. Si è anche detto

che, trattandosi di limitazione a diritti e libertà costituzionalmente garantiti, la sua applicazione deve avere carattere eccezionale, per cui, a nostro giudizio, un'applicazione non rigida dei criteri affermati dall'art. 38 della legge n. 392/78 comporta il rischio palese di un superamento del tutto ingiustificato e insensato di tale limite.

Francesco della Ventura