

GIURISPRUDENZA ITALIANA

► edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Novembre 2016

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiaroni
Claudio Consolo - Gastone Cottino
Francesco Palazzo - Mattia Persiani
Pietro Rescigno - Giorgio Spangher
Francesco Tesauro

Infortunio stradale e responsabilità solidale

Revocatoria fallimentare nel diritto UE

Dolo dell'arbitro reticente e revocazione del lodo

Delitto di strage e crimine contro l'umanità

Percorsi di giurisprudenza

Soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti

Dottrina e attualità giuridiche

Dimensioni dell'impresa e diritto societario



GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Claudio Consolo - Gastone Cottino - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher - Francesco Tesoro

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Pasquale Costanzo - Vincenzo Cuffaro - Madia D'Onghia - Maria Cecilia Fregni - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Valerio Maio - Michel Martone - Mariano Protto - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Achille Saletti - Marcella Sarale - Marco Sica - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Ettore Battelli - Angelo Bertolotti - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Mia Callegari - Roberto Calvo - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano A. Cerrato - Daniela Chinnici - Alessandro Ciatti - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Elena D'Alessandro - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Margherita Dominici - Emanuela Fiata - Giorgio Frus - Domenico Garofalo - Filippo Giunchedi - Silvia Ingegnatti - Katia La Regina - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Enrico Marelli - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Luciano Oliviero - Massimo Francesco Orzan - Paolo Patrito - Barbara Petrazzini - Rossella Rivaro - Alberto Ronco - Marco Russo - Riccardo Russo - Anna Saraceno - Nicola Sartori - Marina Spiotta - Eugenia Tonello - Alessandro Turchi

Recentissime

Daniele Amoroso - Paolo e Vincenzo Carbone - Claudio Contessa - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Luigi Balestra - Angelo Barba - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - Guido Bonfante - David Brunelli - Piera Campanella - Francesco Caprioli - Angelo Carmona - Federico Carpi - Giuseppe Cataldi - Gino Cavalli - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Silvia Cipollina - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Giovanni D'Amico - Giovannangelo De Francesco - Maria Vita De Giorgi - Francesco Delfini - Enrico Del Prato - Maria Valeria Del Tufo - Pasquale De Sena - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Paola Ferrari - Franco Fichera - Luigi Fiorillo - Carlo Focarelli - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Enrico Gabrielli - Novella Galantini - Alberto Gargani - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Enrico Gragnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Enrico Marzaduri - Agostino Meale - Elena Merlin - Fabio Merusi - Paolo Montalenti - Paolo Morozzo della Rocca - Filippo Olivelli - Stefano Pagliantini - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Marco Pellissero - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Laura Salvaneschi - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Giovanna Visintini - Giuseppe Zanarone



Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile	<p>Senza mandato scritto della P.A. l'attività dell'ingegnere non ha diritto a compenso Cassazione civile, Sez. II, 25 ottobre 2016, n. 21537 2309</p> <p>Responsabilità dei soci delle associazioni non riconosciute Cassazione civile, Sez. III, 19 ottobre 2016, n. 21066 2310</p> <p>L'<i>animus possidendi</i> è la volontà di comportarsi come titolare del diritto reale Cassazione civile, Sez. II, 18 ottobre 2016, n. 21015 2311</p> <p>L'Asl non indennizza il medico convenzionato per l'uso del suo mezzo per visite fiscali Cassazione civile, Sez. lav., 14 ottobre 2016, n. 20808 2313</p> <p>Tutela del lavoro: il datore di lavoro risarcisce il danno biologico differenziale Cassazione civile, Sez. lav., 14 ottobre 2016, n. 20807 2314</p> <p>Equitalia può ipotecare il fondo patrimoniale solo per debiti dovuti a bisogni familiari Cassazione civile, Sez. lav., 14 ottobre 2016, n. 20799 2315</p> <p>Obbligazioni solidali: il giudicato non si applica nel giudizio di regresso con altre parti Cassazione civile, Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 20653 2316</p> <p>Il riscatto agrario va chiesto dal coltivatore diretto anche se esercita agriturismo Cassazione civile, Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 20638 2318</p> <p>Nulli gli aumenti del canone locativo di immobili adibiti ad uso non abitativo Cassazione civile, Sez. III, 11 ottobre 2016, n. 20384 2319</p> <p>Eccezione della convivenza triennale "come coniugi" ostativa alla nullità canonica Cassazione civile, Sez. I, 4 ottobre 2016, n. 19811 2320</p>
Cassazione penale	<p>Misura cautelare del divieto di espatrio e pericolo di cd. reiterazione criminosa Cassazione penale, Sez. I, 24 ottobre 2016 (ud. 15 luglio 2016), n. 44727 2322</p> <p>Udienza preliminare, restituzione degli atti per citazione diretta e termini cautelari di fase Cassazione penale, Sez. II, 14 ottobre 2016 (ud. 8 settembre 2016), n. 43666 ... 2323</p> <p>Legittimo impedimento difensivo, deduzione e rilevanza nel camerale in appello Cassazione penale, Sez. un., 3 ottobre 2016 (ud. 21 luglio 2016), n. 41432 2323</p>
Consiglio di Stato	<p>Valutazione numerica nelle pubbliche gare Consiglio di Stato, Sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911 2325</p> <p>Acquisizione coattiva sanante come ipotesi di ultima istanza Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 settembre 2016, n. 3905 2326</p> <p>Distacco di comuni e partecipazione delle popolazioni interessate Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2016, n. 3679 (ordinanza) 2327</p> <p>Termine lungo per l'impugnativa e computo a mesi Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 agosto 2016, n. 3537 2328</p>
Corti Europee	<p>Meccanismo di stabilità e rispetto del diritto dell'Unione europea Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 a C-10/15 2330</p> <p>Concessioni nel settore di giochi e scommesse: inapplicabile la disciplina degli appalti Corte di giustizia dell'Unione europea (Sez. II), 8 settembre 2016, causa C-225/15 2331</p> <p>Quesito di diritto (nel ricorso per cassazione) e accesso al giudice ex art. 6 CEDU Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 15 settembre 2016, ricorso n. 32610/07 2333</p> <p>Diritto di visita del figlio minore da parte del coniuge separato e diritto alla vita familiare Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 15 Settembre 2016 2334</p>

Diritto Civile

Clausola risolutiva espressa	<p>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 23 febbraio 2016, ricorso n. 6845/13 2336</p> <p>Rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari anche a partner dello stesso sesso di Cecilia Sperti</p>
Trattamento dei dati personali	<p>Cassazione civile, Sez. II, 5 luglio 2016, n. 13663 2342</p> <p>Privacy e videosorveglianza di Marco Rizzuti</p>
Responsabilità solidale	<p>Cassazione civile, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 8643 2345</p> <p>Infortunio stradale e responsabilità (equa e) solidale di Stefano Cherti</p>

Diffida ad adempiere	Cassazione civile, Sez. II, 3 marzo 2016, n. 4205 Il conteso effetto risolutivo nella diffida ad adempiere: indisponibilità o rinuncia- bilità? di Valentina Viti	2351
Retratto successorio	Cassazione civile, Sez. II, 26 novembre 2015, n. 24151 L'intrasmissibilità del diritto di prelazione ereditaria di Marco Forina	2359
Clausola risolutiva espressa	Cassazione civile, Sez. I, 23 novembre 2015, n. 23868 Clausola risolutiva espressa, buona fede <i>in executivis</i> e controllo giudiziale sul- l'adempimento di Davide Achille Le clausole risolutive espresse alla prova della buona fede di Ilaria Pepe	2364
Successione	Cassazione civile, Sez. II, 22 ottobre 2015, n. 24151 Sulla intrasmissibilità all'erede del coerede del diritto alla prelazione ereditaria di Paolo De Martinis	2378

Diritto Processuale Civile

Esecuzione forzata	Cassazione civile, Sez. III, 20 aprile 2016, n. 7780 Sulla forma dell'intervento del cessionario del credito nel processo esecutivo di Chiara Mastracchio	2382
Decreto ingiuntivo opposto	Cassazione civile, Sez. II, 30 marzo 2016, n. 6155 Opposizione a decreto ingiuntivo e domanda riconvenzionale di Laura Moretti	2387
Spese giudiziali	Cassazione civile, Sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3438 Soccombenza reciproca per accoglimento parziale nel <i>quantum</i> della domanda in unico capo e compensazione delle spese di Alberto Renzi	2391
Ricorribilità in Cassazione della sentenza d'appello	Cassazione civile, Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774 Sull'immediata ricorribilità per cassazione della sentenza d'appello meramente rescindente ex artt. 353 e 354 c.p.c. di Alberto Ronco	2407
Procedimento civile	Corte d'appello di Napoli, Sez. I civile, 23 giugno 2016 (ordinanza) La sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado: orientamen- ti a confronto di Marta Barafani	2417

Diritto Commerciale

Insolvenza internazionale	Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. VI, 15 ottobre 2015, causa C-310/14 Certezza dei traffici e limiti al <i>law shopping</i>: la revocatoria fallimentare nel diritto UE di Luca Boggio	2421
S.r.l. – Prelazione statutaria	Cassazione civile, Sez. I, 21 marzo 2016, n. 5507 Prelazione statutaria: intestazione fiduciaria delle partecipazioni e loro conferi- mento di Sergio Luoni e Maurizio Cavanna	2429
Società di persone	Cassazione civile, Sez. I, 25 gennaio 2016, n. 1261 Note sull'applicazione analogica dell'art. 2395 c.c. nelle società di persone di Edoardo Morino	2436
Procedimenti sanzionatori Banca d'Italia	Cassazione civile, 14 dicembre 2015, n. 25142 Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l' "insostenibile leggerezza" dei termini di Eva Desana	2440

Diritto del Lavoro

Controllo a distanza del <i>quantum</i> della prestazione	Cassazione civile, Sez. lav., 13 maggio 2016, n. 9904 Brevi riflessioni in tema di controllo a distanza del <i>quantum</i> della prestazione di Marco Marazza	2451
Licenziamento disciplinare	Cassazione civile, Sez. lav., 23 marzo 2016, n. 5777 Cassazione civile, Sez. lav., 30 marzo 2016, n. 6165	2455 2455

	Licenziamento illegittimo e tipizzazioni collettive di Carlo Cester	
Assistenza sanitaria integrativa	Trib. Monza, Sez. lav., 26 aprile 2016	2460
	Rapporto di lavoro dirigenziale, assistenza sanitaria integrativa e norme collettive di Alessandro Giuliani	
Trasferimento d'azienda	Trib. Taranto, Sez. lav., 6 luglio 2015, n. 21490	2462
	Trib. Taranto, Sez. lav., 13 agosto 2015, n. 5522	2464
	Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c. di Claudia Carchio	
Arbitrato		
	Dolo dell'arbitro reticente e revocazione del lodo Cour de cassation, I Chambre Civile, 18 décembre 2014, pourvoi n. 15-13755, 15-13904, 15-14145	2474
	Sulla revocabilità del lodo emesso dall'arbitro dolosamente reticente e parziale di Federica Porcelli	
Diritto Amministrativo		
Appalti pubblici	Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 813	2479
	Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche di Gian Domenico Comporti	
Partecipazione alle decisioni ambientali	T.A.R. per il Lazio, Sez. I ter, 5 maggio 2016, n. 5274	2487
	La partecipazione che fa bene all'ambiente: oltre Aarhus per una scienza di comunità di Lara Fornabaio e Margherita Poto	
Diritto Penale		
Stupefacenti	Corte costituzionale, 20 aprile 2016, n. 94	2492
	Et in pulverem reverteris. Demolito un altro pilastro della legge Fini-Giovanardi di Edoardo Mazzanti	
Qualificazione del delitto di strage	Cassazione penale, Sez. II, 11 febbraio 2016 (dep. 12 aprile 2016), n. 15107	2497
	La qualificazione del delitto di strage come crimine contro l'umanità di Francesca Capone	
Diritto Processuale Penale		
Garanzie difensive nell'esecuzione dell'alcoltest	Cassazione penale, Sez. IV, 30 maggio 2016 (ud. 5 aprile 2016), n. 22711	2504
	Le modalità di accertamento del tasso alcolemico e il rispetto delle garanzie difensive di Teresa Alesci	
Opposizione alla richiesta di archiviazione	Cassazione penale, Sez. I, 29 marzo 2016 (1 dicembre 2015), n. 12742	2509
	Ammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione del convivente della persona offesa deceduta di Raffaella Atzori	
Percorsi di giurisprudenza		
Soccorso istruttorio	Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti di Andrea Manzi	2520
Dottrina e attualità giuridiche		
Bilancio in forma abbreviata	Dimensioni dell'impresa e diritto societario a cura di Gastone Cottino	2527

Indice degli Autori

- Davide Achille**, *Clausola risolutiva espressa, buona fede in executivis e controllo giudiziale sull'inadempimento*, 2367.
- Teresa Alesci**, *Le modalità di accertamento del tasso alcolemico e il rispetto delle garanzie difensive*, 2504.
- Raffaella Atzori**, *Ammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione del convivente della persona offesa deceduta*, 2512.
- Marta Barafani**, *La sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado: orientamenti a confronto*, 2417.
- Luca Boggio**, *Certezza dei traffici e limiti al law shopping: la revocatoria fallimentare nel diritto UE*, 2421.
- Oreste Cagnasso**, *Tipi societari, categorie, "varianti" e la rilevanza delle dimensioni dell'impresa. Il "caso" del bilancio in forma abbreviata*, 2527.
- Francesca Capone**, *La qualificazione del delitto di strage come crimine contro l'umanità*, 2498.
- Claudia Carchio**, *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, 2465.
- Carlo Cester**, *Licenziamento illegittimo e tipizzazioni collettive*, 2457.
- Stefano Cherti**, *Infortunio stradale e responsabilità (equa e) solidale*, 2347.
- Gian Domenico Comporti**, *Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*, 2479.
- Paolo De Martinis**, *Sulla intrasmissibilità all'erede del coerede del diritto alla prelazione ereditaria*, 2379.
- Eva Desana**, *Procedimenti sanzionatori della Banca d'Italia: l'"insostenibile leggerezza" dei termini*, 2442.
- Marco Forina**, *L'intrasmissibilità del diritto di prelazione ereditaria*, 2360.
- Lara Fornabaio e Margherita Poto**, *La partecipazione che fa bene all'ambiente: oltre Aarhus per una scienza di comunità*, 2487.
- Alessandro Giuliani**, *Rapporto di lavoro dirigenziale, assistenza sanitaria integrativa e norme collettive*, 2461.
- Sergio Luoni e Maurizio Cavanna**, *Prelazione statutaria: intestazione fiduciaria delle partecipazioni e loro conferimento*, 2432.
- Andrea Manzi**, *Il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti*, 2520.
- Marco Marazza**, *Brevi riflessioni in tema di controllo a distanza del quantum della prestazione*, 2452.
- Chiara Mastracchio**, *Sulla forma dell'intervento del cessionario del credito nel processo esecutivo*, 2385.
- Edoardo Mazzanti**, *Et in pulverem reverteris. Demolito un altro pilastro della legge Fini-Giovanardi*, 2492.
- Laura Moretti**, *Opposizione a decreto ingiuntivo e domanda riconvenzionale*, 2387.
- Edoardo Morino**, *Note sull'applicazione analogica dell'art. 2395 c.c. nelle società di persone*, 2438.
- Ilaria Pepe**, *Le clausole risolutive espresse alla prova della buona fede*, 2372.
- Federica Porcelli**, *Sulla revocabilità del lodo emesso dall'arbitro dolosamente reticente e parziale*, 2477.
- Alberto Renzi**, *Soccombenza reciproca per accoglimento parziale nel quantum della domanda in unico capo e compensazione delle spese*, 2397.
- Marco Rizzuti**, *Privacy e videosorveglianza*, 2343.
- Alberto Ronco**, *Sull'immediata ricorribilità per cassazione della sentenza d'appello meramente rescindente ex artt. 353 e 354 c.p.c.*, 2411.
- Cecilia Sperti**, *Rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari anche a partner dello stesso sesso*, 2336.
- Valentina Viti**, *Il conteso effetto risolutivo nella diffida ad adempiere: indisponibilità o rinunciabilità?*, 2351

prevenire il sindacato sull'effettività dell'inadempimento mediante un'accorta stipulazione della clausola risolutiva espressa²¹.

Non ultimo, accedere ad una lettura che consenta quanto meno il sindacato di gravità oggettiva dell'inadempimento in caso di clausola risolutiva espressa potrebbe anche evitare le aporie sistematiche che di converso si determinano a seconda che un medesimo inadempimento sia oggetto di indagine nell'ambito di un giudizio *ex art. 1456 c.c.* ovvero, nel caso in cui la parte non intenda avvalersi della clausola risolutiva espressa stipulata, nell'ambito di un giudizio *ex art. 1453 c.c.*²².

Non risulta infatti agevole ipotizzare una ricostruzione sistematica nella quale il medesimo inadempimento sia ritenuto automaticamente grave ovvero di scarsa rilevanza rispetto all'interesse perseguito dalle parti a seconda del tipo di giudizio dalle stesse coltivato; il tutto a tacere dell'ulteriore casistica originata dalle c.d. clausole semantiche, ovvero dalle clausole mediante cui i contraenti nella loro autonomia sottraggono al giudice il potere di valutare la non scarsa importanza dell'inadempimento senza però avvalersi dello strumento della clausola risolutiva espressa.

Conclusioni

Ammettere il sindacato *ex art. 1455 c.c.* anche in caso di clausola risolutiva espressa può consentire di pervenire ad un assetto dotato di maggiore coerenza intrinseca, sul presupposto che le parti, allorché stipulano una clausola risolutiva espressa, non modificano in realtà il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento (giacché in tal caso verrebbe a risultare indirettamente alterata la stessa alternativa tra rimedi risolutivi e manutentivi del negozio di cui all'*art. 1453 c.c.*), ma specificano unicamente cosa per loro sia non

scarsamente importante in un'ottica più descrittiva che quantitativa della gravità dell'inadempimento e, soprattutto, senza la possibilità di dare rilievo ad un inadempimento di entità eccessivamente lieve²³.

In altri termini: laddove le parti fissino nella clausola risolutiva espressa una soglia di rilevanza dell'inadempimento superiore rispetto a quella oggettiva, la parte adempiente potrà comunque trovare tutela tramite la risoluzione *ex art. 1453 c.c.* proprio grazie alla valutazione anche oggettiva dell'entità dell'inadempimento che in tale sede può pacificamente essere compiuta; di contro, laddove le parti fissino nella clausola risolutiva espressa una soglia di rilevanza eccessivamente lieve rispetto a quella oggettiva, la parte inadempiente potrà comunque trovare tutela a fronte della dichiarazione della controparte di volersi avvalere della clausola sempre grazie alla valutazione oggettiva e secondo buona fede che, proprio per il tramite del giudizio *ex art. 1455 c.c.*, dovrà compiersi in relazione all'entità dell'inadempimento.

In conclusione, assunto come non possano più ritenersi sussistenti degli ambiti di esplicazione dell'autonomia privata dei contraenti rispetto a cui sia estraneo il parametro della buona fede, è auspicabile che tale parametro entri a pieno titolo anche nel tradizionale rapporto tra l'*art. 1455 c.c.* e l'*art. 1456 c.c.*, in quanto proprio la valutazione oggettiva della non scarsa rilevanza dell'inadempimento può, da un lato, delineare e tutelare maggiormente il ruolo riservato alla sola autonomia delle parti in caso di stipulazione di una clausola risolutiva espressa e può anche, dall'altro lato, costituire un valido argine alla crisi della fattispecie che il canone di buona fede ha prodotto nell'ordinamento, in assenza di una sistematizzazione delle c.d. figure sintomatiche della sua violazione²⁴.

Successione

Cassazione civile, Sez. II, 22 ottobre 2015, n. 24151 – Pres. Mazzacane – Rel. Picaroni – P.M. Capasso (conf.) – S.N. (avv.ti Cerquetti, Giacomelli) – L. S.p.A. in liquidazione (avv.ti Ciardo, Gei). *Conferma App. Trieste 26 novembre 2010, n. 528.*

Successione legittima e testamentaria – Diritto di prelazione – Estraneo – Soggetto titolare del diritto – Personalità e intrasmissibilità del diritto – Erede del coerede – Prosecuzione del giudizio già introdotto – Insussistenza di un analogo diritto di prelazione

²¹ Si consideri del resto che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia Europea (Corte giust., 27 aprile 1999, causa C-69/1997), le parti già possono validamente escludere, allorché stipulano una clausola risolutiva espressa, la necessaria ricorrenza del presupposto dell'imputabilità dell'inadempimento.

²² Risulta infatti arduo ipotizzare che l'ordinamento abdicò ad una valutazione uniforme dell'oggettiva entità dell'inadempimento secondo il canone di buona fede, esponendosi con ciò al rischio vuoti di giudicare grave o non grave lo stesso fatto di inadempimento a seconda del tipo di giudizio instaurato vuoti, ancora, di non dare ingresso alla tutela risolutoria *ex art. 1453 c.c.* solo perché le parti hanno fissato una soglia ancora maggiore di gravità dell'inadempimento nell'ambito di una c.r.e. vuoti, infine, di dare ingresso alla tutela risolutiva *ex art. 1453 c.c.* anche a fronte di un inadempimento manifestamente irrilevante solo perché le parti hanno fissato una soglia infinitesimale di gravità dell'inadempimento nell'ambito di una c.r.e.; deve peraltro sottolinearsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, la stipulazione di una

clausola risolutiva espressa non preclude la risoluzione del contratto *ex art. 1453 c.c.*, rimanendo tuttavia fermo il principio per cui, per i casi già previsti dalle parti nella clausola risolutiva espressa, la gravità dell'inadempimento non deve essere valutata dal giudice, Cass., 16 maggio 1997, n. 4369.

²³ Fa ad esempio riferimento ai profili temporali, quantitativi o qualitativi della prestazione Bertino, *op.cit.*, 117 e segg.; sempre il medesimo autore sostiene peraltro che la clausola risolutiva espressa si compone a ben vedere di due patti, il primo integrante un c.d. accordo semantico mediante cui le parti interpretano la regola di cui all'*art. 1455 c.c.* rispetto ad uno specifico inadempimento ed il secondo attributivo della facoltà di risolvere automaticamente il negozio per mezzo della dichiarazione di volersi avvalere della clausola medesima.

²⁴ Sulla c.d. crisi della fattispecie si veda in dottrina, tra gli altri, Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2015, 4, 1115.

Con il diritto di prelazione di cui all'art. 732 c.c., che ha carattere personale ed è intrasmissibile, si vuole assicurare la persistenza e l'eventuale concentrazione della titolarità dei beni comuni in capo ai primi successori, facilitando la formazione delle porzioni ed impedendo che nei rapporti tra coeredi si inseriscano estranei, tali dovendosi ritenere quelli che non sono compartecipi della comunione ereditaria in qualità di eredi del de cuius. (Massima non ufficiale).

Omissis. – Con il primo motivo è dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 732 cod. civ. e 345 cod. proc. civ., nonché vizio di motivazione.

Si assume che la Corte d'appello avrebbe erroneamente ritenuto nuova, e come tale inammissibile, la domanda della sig.ra Sedmak di accertare la sua legittimazione, in qualità di erede di Livio Zuliani, a chiedere che fosse accertato l'esercizio della riscatto ex art. 732 cod. civ. da parte del predetto Zuliani.

In realtà, già nel giudizio di primo grado la sig.ra Sedmak aveva fatto riferimento alla lettera in data 21 ottobre 2004, con la quale Livio Zuliani aveva esercitato il diritto di riscatto, sicché era chiaro che l'attrice si limitava a far valere iniziativa del de cuius. In ogni caso, vertendosi in tema di diritti autodeterminati, l'eventuale mutamento del titolo – sul quale la Corte d'appello non aveva adeguatamente motivato – non sono giaceva alla preclusione di nova in appello.

La doglianza è infondata.

Atteso il carattere personale e intrasmissibile del diritto di prelazione previsto dall'art. 732 cod. civ. nell'ambito della disciplina della divisione ereditaria, il soggetto che succede al coerede retraente può proseguire il giudizio già introdotto dal o nei confronti del retraente, ai sensi dell'art. 110 cod. proc. civ., al fine di accertare l'avvenuto riscatto (ex plurimis, Cass., sez. II, sentenza n. 17673 del 2012).

Diversamente, nel caso di specie, la domanda proposta dall'odierna ricorrente nel giudizio di primo grado aveva ad oggetto l'accertamento del proprio – inesistente, per quanto appena detto – diritto di riscatto, e solo nel giudizio di

appello risulta richiesto l'accertamento del già avvenuto riscatto da parte del dante causa Livio Zuliani.

Sussiste, pertanto, la nullità della domanda, come rilevato correttamente dalla Corte distrettuale, e la preclusione non è superata per effetto dell'inconferente richiamo della ricorrente ai diritti autodeterminati.

Appartengono alla categoria dei diritti autodeterminati la proprietà e gli altri diritti reali di godimento, in quanto si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto e non per il titolo che ne costituisce la fonte, donde la conseguenza che la deduzione del titolo non assolve ad una funzione di specificazione della domanda o dell'eccezione, e non incontra quindi preclusioni (ex plurimis, da ultimo, Cass., sez. II, sentenza n. 40 del 2015).

Senonché, come già detto, il diritto di prelazione tra coeredi è diritto personale, non reale, e tale affermazione, contenuta nella sentenza d'appello, è sufficiente a giustificare il rigetto implicito della tesi di parte appellante.

Con il secondo motivo è dedotta violazione dell'art. 732 cod. civ.

Si contesta l'affermazione della Corte distrettuale, secondo cui la vendita fatta da Rita Rabusini – in quanto erede di Renato Zuliani, già compartecipe della comunione ereditaria – alla società Lucioi non era comunque soggetta a retratto. La ricorrente assume, infatti, che il presupposto di operatività dell'istituto invocato è la sussistenza dell'originaria comunione ereditaria, che viene meno soltanto a seguito dello scioglimento e della divisione dei beni.

La doglianza è infondata.

Per la giurisprudenza consolidata, la ratio dell'istituto previsto dall'art. 732 cod. civ., e della limitazione alla libertà negoziale che da esso discende, risiede nell'esigenza di assicurare la persistenza e l'eventuale concentrazione della titolarità dei beni comuni in capo ai primi successori, facilitando la formazione delle porzioni ed impedendo che nei rapporti tra coeredi si inseriscano estranei, tali dovendosi ritenere quelli che non sono compartecipi della comunione ereditaria in qualità di eredi del de cuius (ex plurimis, Cass., sez. II, sentenza n. 5374 del 1993; più di recente, Cass., sez. II, sentenza n. 6142 del 2010; sez. VI-II, ordinanza n. 4277 del 2010). – *Omissis.*

Sulla intrasmissibilità all'erede del coerede del diritto alla prelazione ereditaria

Paolo De Martinis

La Suprema Corte, aderendo ad un indirizzo oramai consolidato, riafferma il principio della intrasmissibilità del diritto di prelazione ex art. 732 c.c. all'erede del coerede deceduto prima dello scioglimento della comunione ereditaria. L'autore pone in rilievo le ragioni effettive della detta intrasmissibilità.

Sulla trasmissibilità o meno della prelazione ereditaria

Sulla questione della trasmissione o meno del diritto di prelazione a favore dell'erede del coerede che, prima dello scioglimento della comunione ereditaria, sia a sua volta deceduto, la giurisprudenza ha più volte

affermato che il diritto di prelazione e retratto spetta esclusivamente ai coeredi del *de cuius* e non anche all'erede, o agli eredi, del coerede defunto¹.

Si è, dunque, alla presenza di un indirizzo pressoché consolidato, fatta eccezione per alcune isolate e risalenti decisioni², fondato sulla interpretazione letterale dell'art. 732 c.c., sul carattere personalissimo del di-

¹ Cass., 22 ottobre 1992, n. 11551, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1993, I, 687, con nota di Giardini, *In tema di trasmissibilità della prelazione ereditaria ex art. 732 cod. civ. agli eredi dei coeredi*; Cass., 11 maggio 1993, n. 5374, *ivi*, 1993, I, 901, con nota di Iudica, *Ancora sulla trasmissibilità del diritto di prelazione ereditaria*; Cass., 28 gennaio 2000, n. 981, *ivi*, 2000, I, 682, con nota di D'Angiolella, *L'«estraneo» nel retratto successorio*. Cass., 12 marzo

2010, n. 6142, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2011, 262, con nota di Ghidoni, *La prelazione ereditaria tra profili d'incostituzionalità, secrets de famille, tradizione e luoghi comuni*.

² Pret. Pozzuoli, 18 giugno 1948, in *Arch. Giur.*, 1949, 44; Pret. Termini Imerese, 19 dicembre 1956, in *Rep. Foro It.*, 1958, voce "Divisione", n. 55; Trib. Vallo della Lucania, 1 agosto 1957, in *Dir. e Giur.*, 1958, 315, con nota di Lupo, *Sulla nozione di estra-*

ritto di prelazione (e di retratto) previsto a favore del coerede e sulla impossibilità di procedere ad una interpretazione analogica o anche meramente estensiva dell'art. 732 c.c., stante il carattere eccezionale della norma in questione.

In senso contrario³, si è avanzato il dubbio che una interpretazione rigorosamente letterale e dunque restrittiva dell'espressione "coerede" di cui all'art. 732 c.c. – secondo la quale il diritto di prelazione competerebbe esclusivamente al partecipante "originario" alla comunione ereditaria – non sia affatto scontata, in quanto il legislatore avrebbe usato in molte norme tale espressione in senso generico, per indicare, cioè, colui che partecipa alla comunione⁴.

Si pensi all'art. 713 c.c., che attribuisce il diritto di domandare la divisione ai coeredi intesi come coloro che partecipano a qualunque titolo alla comunione; e, più in generale, agli artt. 715 c.c. e segg.

In contrario, si è giustamente rilevato come le norme richiamate riguardino la divisione, "e ciò spiega perché in esse la parola "coerede" non possa che interpretarsi in modo estensivo, come riferita a chiunque abbia titolo per partecipare alla divisione, ma questo argomento non vale per l'art. 732 c.c., che come si sa non riguarda la divisione"⁵.

Del resto, la criticata dottrina, nel ricordare come la Suprema Corte abbia avuto modo di affermare che "la comunione ereditaria non si trasforma in comunione ordinaria nemmeno per la circostanza che alcuni coeredi abbiano ceduto ad estranei le loro quote", trascura di rilevare che "anche in tale ipotesi la divisione deve aver luogo in conformità alle norme sulla divisione ereditaria"⁶ solo relativamente ai beni residui, e dunque ancora in comunione, il cui titolo sia l'unica e originaria successione a causa di morte.

In altri termini, le norme sulla divisione ereditaria non operano né in caso di divisione parziale (per i beni assegnati ad un coerede ovvero, anche congiuntamente, a più coeredi⁷), né nel caso di cessione della

quota ad un estraneo⁸, in cui l'acquirente diviene comunista ma non è "coerede", mentre resta ereditaria la comunione fra gli altri coeredi.

E neppure può condividersi l'obiezione secondo cui il considerare estranei agli effetti dell'art. 732 c.c. gli eredi del coerede contrasti con l'affermazione, pacifica in letteratura, che il diritto di prelazione spetta, invece, all'erede che sia succeduto per rappresentazione o per sostituzione, dal momento che in questi casi non vi è trasmissione del diritto di prelazione: i rappresentanti, subentrando *iure proprio*, sia pure in virtù di una delazione indiretta, nell'eredità del primo *de cuius*, divengono coeredi degli originari delati all'eredità; e, analogamente, i sostituiti, in forza di una delazione condizionata alla mancata accettazione dei primi istituiti, subentrano a questi ultimi prima che essi diventino partecipi della comunione mediante acquisto dell'eredità. In altri termini, i rappresentanti e i sostituiti succedono direttamente al *de cuius*.

Diversamente, in caso di trasmissione del diritto di accettare l'eredità, che configura un'ipotesi di vocazione indiretta, il diritto di prelazione non spetterà al trasmissario perché costui ha un titolo di acquisto – la successione del trasmittente – diverso da quello preso in considerazione dall'art. 732 c.c., e cioè dalla successione dell'originario *de cuius*⁹.

In altri termini, il trasmissario, diversamente dai rappresentanti e dai sostituiti, non succede, neppure in via indiretta, al dante causa a titolo universale del coerede, ma direttamente a quest'ultimo, nei cui confronti, e non del primo, dovrà essere capace e degno.

Si osserva, inoltre, che la prelazione è un diritto di natura patrimoniale e quindi, come tale, trasmissibile *mortis causa*¹⁰.

Ma anche l'argomento della patrimonialità non risulta essere decisivo, in quanto "se la trasmissione della prelazione ereditaria fosse legata alla sola natura patrimoniale del diritto, dovrebbe darsi la trasmissibilità di esso anche per atto tra vivi, il che non avviene"¹¹.

neo nel retratto successorio; Trib. Ascoli Piceno, 2 marzo 1981, in *Giur. Agr. It.*, 1984, 111, con nota di Cappiello, *Sull'esperibilità del retratto successorio da parte dell'erede del coerede*.

³ Per l'orientamento favorevole alla trasmissione della prelazione, v. Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Vassalli, XII, 5, Torino, s.a., ma 1980, 54 e segg.; Calabrese, *È ammissibile il riscatto ex art. 732 c.c. nei confronti degli eredi di uno dei coeredi originari?*, in *Giur. Agr.*, 1982, 606 e segg.; Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 706 e segg.; Bergamo, *Alcune note sulla trasmissibilità all'erede del coerede del diritto di prelazione e di retratto successorio*, in *Giur. It.*, 2001, 950; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014, 417-418; e, per la dottrina più risalente nel tempo, Cariota Ferrara, *Trasmissibilità del diritto di prelazione ai successori a titolo universale del coerede*, in *Foro It.*, 1951, c. 116 e segg., in nota a Trib. Avellino, 24 aprile 1950.

Contra, per l'impostazione restrittiva, cfr. Cimato, *La nozione di "estraneo" nel retratto successorio*, in *Dir. e Giur.*, 1971, 412 e segg.; Villani, *Morte di un coerede e sorte del diritto di prelazione ex art. 732 cod. civ.*, in *Foro Pad.*, 1973, I, c. 209 e segg., in nota ad *App. Napoli*, 16 aprile 1970; Giannattasio, *Delle successioni. Divisione-Donazione*, in *Comm. Cod. Civ.*, 3, Torino, 1980, 75; De Cupis, *Sull'applicabilità della prelazione ereditaria all'erede del coerede*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, II, 613 e segg.; Forchielli-Angeloni, *Della divisione, Delle successioni, Artt. 713-768*, in *Comm. Cod.*

Civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2000, 235 e segg.; e, per la dottrina meno recente, Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XLII, Milano, 1961, 356; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962, 583.

⁴ Iudica, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1981, II, 472.

⁵ Venosta, *Art. 732*, in V. Cuffaro e F. Delfini (a cura di), *Delle successioni*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 164.

⁶ Cass., 9 marzo 1970, n. 604, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 1400.

⁷ Cass., 6 maggio 2005, n. 9522, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 418.

⁸ Cass., 12 ottobre 2007, n. 21491; Cass., 20 aprile 1994, n. 3745, in *Vita Not.*, 1995, 317. Cfr. Basini, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. Bonilini*, 11.

⁹ *Contra*, Giardini, *op. cit.*, 692, secondo cui nel caso in cui il trasmissario non rinunci all'eredità del trasmittente e acquisti così l'eredità del primo *de cuius*, "sarà nei suoi confronti 'trasmessa' la prelazione ereditaria".

¹⁰ Sebastiani, *Può l'erede del coerede esercitare il diritto di prelazione stabilito dall'art. 732 c.c.?*, in *Riv. Notar.*, 1984, 585.

¹¹ Giardini, *op. cit.*, 691, secondo cui "la patrimonialità di un diritto non comporta necessariamente la sua trasmissibilità, ove in particolare esso sia dalla legge riconnesso alla sussistenza di una qualità determinata in capo al suo titolare".

Le ragioni della intrasmissibilità

Si è ancora aggiunto che “la dialettica tra ‘generale’ e ‘speciale’, tra ‘normale’ ed ‘eccezionale’, tra *ius commune* e *ius singulare*, appare spesso troppo schematica e superata da una realtà normativa ben più complessa ed articolata”, e che “in questo ordine di idee, la c.d. ‘eccezionalità’ del meccanismo di cui all’art. 732 (...) perde gran parte della sua enfasi, riducendosi, in ultima analisi, alla mera constatazione che le regole della comunione ereditaria non possono applicarsi (...) a fattispecie diverse”¹².

In realtà, l’art. 732 c.c. non riguarda l’oggetto e quindi il bene; non prescrive, cioè, uno statuto per la quota in comunione ereditaria, ma sancisce il principio della non modificabilità delle ipotesi di concorso tra coeredi rispetto a quelle esistenti al momento dell’apertura della successione.

Diversamente, però, dall’accrescimento in senso tecnico, così come disciplinato anche in materia di successione legittima¹³, l’incremento della quota che deriva al preferito non è immediato e automatico, in quanto non incide sulla delazione, ma è rimesso all’apprezzamento del soggetto titolare dell’interesse dalla norma protetto.

Se per le norme imperative l’inderogabilità, acquistando un significato in chiave teleologica, non equi-

vale necessariamente a “conformità”, come per le norme ordinarie, ma a “indisponibilità del risultato” e, quindi, degli effetti avuti di mira dal legislatore¹⁴, l’art. 732 c.c. è norma imperativa in quanto, in ogni caso, è il risultato con tale disposizione perseguito ad essere indisponibile: la possibilità, cioè, del preferito di sostituirsi al terzo mediante il riscatto del bene trasferito in violazione della preferenza¹⁵.

Se le norme imperative – a cui possono appartenere anche quelle ordinarie purché assiologicamente individuate – sono espressione di un giudizio di valore (e non di un mero interesse, seppur generale) fatto proprio dall’ordinamento, che si manifesta anche tramite la tutela del risultato protetto, esse non hanno, tuttavia, una validità generale, e quindi assoluta, ma particolare; e ciò in quanto sono “la risposta che il legislatore dà a problemi di natura transeunte e destinati perciò ad operare non oltre i casi previsti e i tempi in cui sono rilevanti”¹⁶.

È questa, a nostro avviso, la ragione principale per la quale deve negarsi la trasmissibilità *mortis causa* della prelazione legale in ambito successorio, il diritto alla quale non sorge neppure nel caso di acquisto da parte del coniuge in comunione legale con il coerede acquirente¹⁷.

¹² Iudica, *op. cit.*, 473-474.

¹³ Sull’argomento, sia consentito rinviare a De Martinis, *Sull’accrescimento nelle successioni legittime*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, 1012 e segg., in cui si rileva come, tramite l’art. 522 c.c., il legislatore non si limiti a disciplinare l’accrescimento ma sancisca anche il principio della non modificabilità delle ipotesi di concorso – rispetto a quelle previste dalla legge al momento dell’apertura della successione –, impedendo così che un chiamato possa trovarsi a concorrere con un soggetto appartenente ad una categoria diversa da quella con cui egli concorreva *ab initio*.

¹⁴ La ricostruzione prospettata, secondo cui il carattere dell’imperatività della norma si desume dalla *indisponibilità del risultato* e, quindi, *degli effetti* avuti di mira dal legislatore, sembra trovare un espresso riconoscimento normativo con il Codice del consumo, laddove l’art. 134, intitolato “Carattere imperativo delle disposizioni”, al 1° comma, dispone: “È nullo ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente paragrafo”.

¹⁵ Per tale ragione, la rinuncia al diritto di prelazione di fonte legale è sempre affetta da nullità, senza che possa operarsi una distinzione tra prelazioni, agraria, urbana ed ereditaria. Il fondamento di tale nullità non risiede nella illiceità della causa né, più in

generale, del negozio, che non viola di per sé alcun divieto, e neppure nella indeterminatezza o indeterminabilità dell’oggetto, ma nella impossibilità giuridica di realizzare una deroga alla disciplina prevista dalla legge, non avendo i privati il potere di stabilire conseguenze giuridiche diverse, nel caso in cui il procedimento disciplinato dalle norme in materia di prelazione urbana, agraria e, anche, ereditaria, non venga rispettato. Alla prelazione avente fonte legale, il preferito, dunque, non potrà validamente rinunciare, e ciò indipendentemente dal momento in cui la dismissione del diritto avviene rispetto alla *denuntiatio*; sarà, invece, legittimo il “rifiuto” della vicenda derivante dall’atto di interpello.

¹⁶ Leonardo, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1992, 98.

¹⁷ Cass., 4 maggio 2005, n. 9231, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2006, 218, con nota di Avondola, *Retratto successorio e comunione legale*. In questo senso, per la letteratura, cfr. Azzariti, *La riforma del diritto di famiglia e la normativa di cui all’art. 732 c.c.*, in *Giur. di Merito*, 1985, 71 e segg.; Pappa Monteforte, *Tutela del coerede nel caso di vendita della quota ereditaria a terzi dopo l’esercizio della prelazione*, in *Notariato*, 1995, 271 e segg.; Rizzì, *Questioni in tema di retratto successorio; la qualità di “estraneo” alla comunione ereditaria e l’alienazione di quota*, in *Giur. di Merito*, 2007, 2610 e segg. (nota a Trib. S. Angelo dei Lombardi, 10 gennaio 2007).