

**Civile Sent. Sez. 2 Num. 3835 Anno 2019**

**Presidente: PETITTI STEFANO**

**Relatore: TEDESCO GIUSEPPE**

**Data pubblicazione: 08/02/2019**

### **SENTENZA**

sul ricorso iscritto al n. 29686/2015 R.G. proposto da

DURANTE Maria Rosaria, rappresentata e difesa, in forza di procura speciale in calce al ricorso dall'avv. Diego Manzo, con domicilio eletto in Roma, via dei Due Macelli 66, presso lo studio dell'avv. Alessandro Lanzi;

*-ricorrente-*

contro

DURANTE Raffaella;

*-intimata-*

avverso la sentenza della Corte d'appello di Napoli n. 2355 del 25 maggio 2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 4 luglio 2018 dal Consigliere Giuseppe Tedesco.

Udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Sergio Del Core che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'avv. Diego Manzo per la ricorrente.

2751/18

11

## FATTI DI CAUSA

Durante Maria Rosaria chiamava in giudizio davanti al Tribunale di Napoli la sorella Durante Raffaella, deducendo che fra le parti era stata stipulata una divisione consensuale, che imponeva alla convenuta di trasferire all'attrice, entro un anno dalla stipula e con il fine di pareggiare il valore delle quote, una superficie di mq 20 da distaccarsi dalla più ampia superficie di una cantina oggetto di assegnazione in proprietà esclusiva alla convenuta Durante Raffaella.

L'attrice precisava che il contratto di divisione prevedeva anche il distacco di una superficie minore, qualora il frazionamento originariamente previsto fosse stato di danno per la proprietà residua.

In base alla convenzione la valutazione e il frazionamento avrebbero dovuto essere eseguiti da un tecnico nominato dalla convenuta.

Lamentava che, in prossimità della scadenza del termine, Durante Raffaella le aveva recapitato una relazione tecnica a firma dell'arch. Raffaella Celentano, che escludeva la possibilità del frazionamento, argomentando dal danno che il distacco avrebbe comportato per la proprietà residua.

Ritenendo che tale comportamento integrasse inadempimento del contratto, l'attrice chiedeva al tribunale di disporre il distacco in conformità al contratto di divisione.

Il tribunale accoglieva la domanda e condannava la convenuta al risarcimento del danno per la mancata riscossione delle rendite della superficie che avrebbe dovuto costituire oggetto del distacco, determinando l'importo mensile che la convenuta avrebbe dovuto pagare dalla sentenza e fino alla data del rilascio.

Contro la sentenza proponevano appello principale Durante Raffaella e appello incidentale Durante Maria Rosaria, con il quale quest'ultima chiedeva altresì la correzione dell'errore materiale incorso nella indicazione della somma mensile dovuta per il ritardo,

pari a € 400,00 e non all'importo di € 4.000,00 indicato dal primo giudice.

La corte accoglieva l'appello principale di Durante Raffaella.

La corte di merito riteneva che, con la previsione fatta valere con la domanda, i contraenti avessero rimesso all'equo apprezzamento del terzo la determinazione dell'oggetto del contratto.

Ciò posto affermava che la scelta compiuta del terzo, di non procedere alla determinazione della superficie da distaccare, non era manifestamente iniqua, essendo coincidente con il parere del consulente tecnico d'ufficio sulla impossibilità del frazionamento.

Conseguentemente, poiché l'art. 1349 c.c. consente la impugnazione della determinazione del terzo solo in caso di manifesta iniquità, la corte negava la sussistenza dei presupposti per la determinazione giudiziale sostitutiva.

La corte rigettava l'appello incidentale di Durante Maria Rosaria, rilevando che la domanda intesa a ottenere l'equivalente monetario della superficie, proposta per il caso di accoglimento dell'appello principale in ordine all'impossibilità del frazionamento, era tardiva, perché proposta per la prima volta in grado d'appello.

Per la cassazione della sentenza Durante Maria Rosaria ha proposto ricorso, affidato a tre motivi.

Durante Raffaella è rimasta intimata.

La causa è stata rimessa in pubblica udienza con ordinanza interlocutoria della sesta sezione civile di questa Corte.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

Il primo motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1349 c.c. (art. 360, comma primo, n. 3, c.p.c.).

Sussistevano i presupposti per la determinazione giudiziale richiesta con la domanda, perché il terzo, nominato dalla parte cui competeva la nomina, non aveva operato la determinazione a lui

demandata, essendo nel contempo iniqua la scelta di non procedere al frazionamento.

Il secondo motivo denuncia omesso esame della istanza di correzione della sentenza.

Con il terzo motivo la ricorrente si duole della condanna al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, evidenziando che in primo grado la domanda era stata accolta.

Il primo motivo di ricorso è fondato.

La corte ha ritenuto di non poter determinare, al posto del terzo, la superficie da distaccare in base agli accordi di divisione perché la valutazione fatta dal soggetto designato non era manifestamente iniqua.

Il ragionamento trascura che la iniquità è un attributo della determinazione dell'oggetto contrattuale da parte del terzo che sia stata positivamente operata, mentre nella specie la determinazione è mancata.

«Qualora il terzo - cui sia stato demandato dalle parti il relativo compito - non addivenga alla determinazione della prestazione dedotta in contratto né ad essa provvedano le parti direttamente ed una di esse adisca il giudice chiedendo la condanna della controparte all'adempimento della detta prestazione, la relativa controversia - che ha per oggetto il predetto adempimento ed il necessario presupposto della determinazione della prestazione da eseguire - può essere risolta direttamente, anche per il principio generale dell'economia processuale, dal giudice nel suo duplice oggetto, con una decisione il cui risultato ha la funzione di integrare, quanto alla determinazione e secondo la *ratio* dell'art. 1349 c.c., il contratto nel suo manchevole elemento» (Cass. n. 5272/1983).

In applicazione di tale principio la corte di merito non poteva esaurire il giudizio nella valutazione di non manifesta iniquità della scelta operata dal terzo nel non determinare l'oggetto del contratto,

ma avrebbe dovuto accertare se sussistevano presupposti di quella determinazione, provvedendo, in caso positivo, a integrare il contratto mediante l'indicazione dell'elemento mancante.

In altre parole, nel caso di determinazione rimessa all'equo apprezzamento del terzo (ipotesi ricorrente nel caso di specie), il giudice può intervenire con sentenza determinativa non solo qualora la determinazione positiva sia manifestamente iniqua, ma anche quando il terzo non proceda alla determinazione, in conformità al principio di cui sopra (Cass. n. 5272/1983 cit.).

Gli altri motivi sono assorbiti.

La sentenza è pertanto cassata in relazione al primo motivo, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli, che provvederà a nuovo esame attenendosi ai principi di cui sopra e regolerà le spese del giudizio di cassazione.

#### **P.Q.M.**

*accoglie* il primo motivo; *dichiara* assorbiti gli altri; *cassa* la sentenza in relazione al motivo accolto; *rinvia* ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli anche per le spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione civile, il 4 luglio 2018.