

13 APRILE 2019

**CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN  
MAGISTRATURA**

2018/2019

**GIAPPICHELLI EDITORE**

**Responsabile scientifico  
Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DEL 13 APRILE 2019  
di Vincenzo Lopilato

**Diritto civile**

**SUCCESSIONI E DIRITTI REALI**

DISPENSA

13 APRILE 2019

Argomento 25

**Distanze tra le costruzioni:  
forme di tutela pubbliche e private, con particolare riferimento alla derogabilità  
convenzionale delle distanze e alla usucapibilità di una distanza diversa**

**1. Proprietà edilizia e distanze tra le costruzioni. Rinvio alla lezione e al Manuale di diritto amministrativo per l'inquadramento generale.**

**Nota:** le norme rilevanti sono artt. 871, 872, 873, 875 c.c.; art. 41-quinquies, commi 8 e 9, della legge n. 1150 del 1942; d.m. 2 aprile 1968, n. 1444.

**1.1. Distanza tra le costruzioni, derogabilità delle norme codicistiche e usucapione.**

**Primo orientamento: Cass. civ., sez. II, 3 ottobre 2007, n. 20769.**

Fatto

C.Q. e B.V. costruirono in box ad uso deposito, a distanza inferiore a quella prescritta dallo strumento urbanistico dal confine della proprietà di D.A., D.R. e D.D., i quali, pertanto, li convennero da innanzi al Tribunale di Forlì per sentirli condannare all'arretramento del manufatto ed al risarcimento del danno.

I convenuti, nel costituirsi, sostennero di avere usucapito il diritto a mantenere la costruzione a distanza inferiore a quella legale.

Il Tribunale, accertò che il box si trovava a distanza di trenta centimetri dal confine e che il piano regolatore prevedeva una distanza di tre metri, poi elevata a cinque (dopo il 1978), che il box era stato costruito "non prima, del 1975 e poi modificato nel 1985, sino a raggiungere l'aspetto odierno"; ritenne inoltre che, non essendo i regolamenti edilizi derogabili dalla volontà privata non poteva darsi neppure l'usucapione del diritto a mantenere la costruzione a distanza inferiore a quella da essi prescritta. Condannò i convenuti ad arretrare la costruzione a distanza di metri cinque "dal confine o dalla maggiore distanza di rispetto dell'indice di visuale libera uguale a metà dell'altezza del box" o, in caso di impossibilità di arretramento, a demolire il manufatto. Condannò i convenuti ai danni e respinse la loro domanda riconvenzionale di usucapione.

L'appello dei soccombenti è stato rigettato dalla Corte di Appello di Bologna con sentenza del 14.2.2003 nella quale, rilevato che lo strumento urbanistico prescrive una specifica distanza dal confine ed altresì la natura pubblicistica del limite, si ribadisce la impossibilità della usucapione vantata dagli appellanti. La Corte ha anche ritenuto inapplicabile il principio della prevenzione laddove la disciplina regolamentare prevede una determinata distanza dal confine.

Avverso detta sentenza C.Q. e B.V. hanno proposto ricorso per cassazione con cinque motivi. A., R. e D.D. resistono con controricorso.

Diritto

*1. E' logicamente prioritario l'esame del primo motivo.*

*In esso si denuncia vizio di motivazione su un punto decisivo delle controversie. Si sostiene che le norme dello strumento urbanistico applicate nella specie non sarebbero inderogabili. Esse, infatti, fanno salvo il precedente allineamento ed il C.T.U. aveva accertato che la stessa P.A. aveva consentito deroghe alle distanze prescritte dal Piano Regolatore Generale.*

*La censura non è fondata.*

*Dalla lettura dell'art. 22, dello strumento urbanistico (pacificamente applicabile nella specie) emerge con chiarezza che, nella zona interessata dalla costruzione oggetto di causa, la distanza dal confine è prescritta in maniera assoluta.*

*E' fatto salvo solo il precedente allineamento che nella specie non rileva non essendo dimostrato che ne ricorrano i presupposti poichè, anzi, proprio la deroga dimostra che, ove non sussista (o*

13 APRILE 2019

*non sia dimostrato) un assetto originario consolidato difforme, è obbligatorio il rispetto della distanza stabilita.*

*Neppure rilevano - evidentemente - nè la dedotta prassi illegittima contraria del Comune, tratta da una breve notazione del consulente tecnico, nè il fatto, asserito ma non dimostrato, che la P.A. abbia consentito costruzioni poste a distanza inferiore.*

*In definitiva, gli argomenti addotti a sostegno della tesi opposta a quella della Corte di Appello non appaiono dirimenti.*

*2. Col primo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 1158, 1061, 1165 e 2934 c.c., nonché motivazione insufficiente e contraddittoria. Si sostiene la possibilità dell'usucapione della servitù a mantenere la costruzione a distanza inferiore a quella legale a prescindere dalla circostanza che la distanza sia quella prescritta dal codice civile o quella imposta dalle norme regolamentari integrative di esso. Il dibattito dottrinale e la giurisprudenza relativi alla ammissibilità o meno di convenzioni che derogano alla disciplina delle distanze non ha mai posto in dubbio la possibilità dell'usucapione, che costruisce un modo di acquisto a titolo originario della proprietà o dei diritti reali ed ha una portata più ampia rispetto all'acquisto a titolo derivativo. Potendo essere usucapita anche una costruzione abusiva la cui è vietata la vendita, pena la nullità.*

*Il motivo non è fondato.*

*2.a. L'azione che si propone di ottenere il rispetto delle distanze legali è modellata sullo schema dell'"actio negatoria servitutis", essendo rivolta non ad accertare il diritto di proprietà dell'attore, bensì a respingere l'imposizione di limitazioni a carico della proprietà, suscettibili di dar luogo a servitù. L'azione reale così modellata è, quindi, imprescrittibile.*

*2.b. Resta da stabilire se il diritto del vicino a richiedere il rispetto delle distanze o la riduzione in pristino di un manufatto che si trovi a distanza inferiore a quella obbligatoria secondo gli strumenti urbanistici comunali, integrativi delle norme sulle distanze previste dal codice civile, col decorso del termine ventennale decorrente dalla data di realizzazione della costruzione, sia vanificato dal sorgere per usucapione, in capo al proprietario della stessa, del diritto reale di servitù di mantenerla nello stato in cui si trova.*

*2.c. Il Collegio ritiene di confermare la decisione dei giudici di merito che hanno escluso la possibilità dell'usucapione.*

*Ed, invero, è noto, per pacifica giurisprudenza di questa Corte, che le norme degli strumenti urbanistici locali, che prescrivono inderogabilmente le distanze tra le costruzioni sui fondi finitimi, ad integrazione di quella previste del codice civile, sono dettate a tutela sia dell'interesse del privato proprietario del fondo finitimo sia, essenzialmente, a tutela dell'interesse pubblico, che trascende quello dei privati, essendo espressione del potere che è dato all'Ente locale di adottare, nell'interesse generale, norme preordinate all'ordinato sviluppo urbanistico del territorio comunale (cfr., ex multis, Cass. Sez. 2<sup>a</sup> n. 11633/2003; Cass. Sez. 2<sup>a</sup>, 31/05/2006, n. 12966).*

*2.d. La finalità insita nella natura di dette norme comporta che esse non siano derogabili proprio per la natura pubblicistica dell'esigenza di garantire, in ogni caso, un certo distacco tra fabbricati così che si versa nell'ambito dei diritti indisponibili dai proprietari dei fondi confinanti, con la conseguenza che una eventuale convenzione tra costoro per la costruzione dei loro edifici in violazione delle distanze prescritte dalle norme integrative contenute nei regolamenti edilizi o piani regolatori sarebbe nulla per contrasto con un norma inderogabile posta a tutela del pubblico interesse (Cass. 07.07.1987 n. 5900).*

*2.e. Da questo postulato consegue che non è configurabile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata da norme inderogabili, non potendo l'ordinamento accordare tutela ad una situazione che, attraverso l'inerzia del vicino, finisce per aggirare l'interesse pubblico rendendo legittima la permanenza di un manufatto che edificato in maniera che tale interesse contrasta.*

13 APRILE 2019

*2.f. A tal fine non può essere distinta una legittimazione del manufatto a seconda dell'interesse violato e, cioè, da un lato, rispetto al vicino, che vedrebbe paralizzato dall'acquisto della servitù o l'usucapione il suo diritto al rispetto della distanza e/o al risarcimento del danno, e, da altro lato, rispetto alla Pubblica Amministrazione che conserverebbe integra la possibilità del proprio intervento repressivo a tutela dell'interesse collettivo.*

*Se, infatti, la costruzione viene resa legittima, come si pretende dai ricorrenti, attraverso il meccanismo dell'insorgenza, a titolo originario, di un diritto reale di servitù in capo al costruttore, questo diritto ha, per sua natura, carattere assoluto ed è efficace ed azionabile, anche in via di eccezione, erga omnes, il che non permette di concepirne il venire in essere soltanto nell'ambito dei rapporti di vicinato e non nei apporti con la P.A..*

*5.f. In conclusione può essere formulato il seguente principio di diritto: "poichè le norme sulle distanze contenute negli strumenti urbanistici comunali sono inderogabili in quanto trascendono gli interessi meramente privatistici, essendo dettata essenzialmente a tutela dell'interesse generale, nell'esercizio del potere pubblico di governo del territorio, deve ritenersi inammissibile l'acquisto per usucapione, a favore del costruttore, del diritto reale di servitù a mantenere la costruzione a distanza inferiore a quella prescritta inderogabilmente dagli strumenti urbanistici locali".*

*3. Col terzo motivo si denuncia violazione dell'art. 22, del P.R.G. del Comune. La Corte di Appello, nel confermare la sentenza di primo grado (arretramento a cinque metri), non avrebbe tenuto conto che l'art. 22, delle N.T.A. prevede una distanza di tre metri.*

*Il motivo è inammissibile, in primo luogo perchè la violazione di legge viene dedotta in maniera affatto generica non essendo specificate le ragioni per la quali la norma del piano regolatore sarebbe stata violata nè quale sarebbe (dovuta essere) la sua corretta applicazione e, in secondo luogo, perchè l'esame del motivo è precluso dal giudicato formatosi sul punto. Dalla lettura della sentenza impugnata, infatti, si evince che quella di primo grado (pag. 6) aveva stabilito che la distanza da osservare era quella di cinque metri e che sul punto non era stata proposta impugnazione atteso che gli appellanti (odierni ricorrenti) si dolevano soltanto del mancato riconoscimento dell'usucapione e della mancata applicazione del criterio della prevenzione.*

*4. Col quarto motivo si denuncia violazione dell'art. 115 c.p.c., e omessa pronuncia su punto decisivo della controversia sul rilievo che la Corte di Appello avrebbe dovuto preliminarmente valutare la sussistenza di tutti i presupposti dell'acquisto per usucapione, avendo presente il periodo durante il quale il manufatto dei ricorrenti era rimasto inalterato da oltre venti anni.*

*Il motivo non è fondato.*

*L'acquisto per usucapione (del diritto di servitù) è stato motivatamente escluso dalla Corte di Appello in punto di diritto, così che non era necessario accertare, in fatto, nè il possesso nè il decorso del tempo.*

*5. Col quinto motivo si denuncia violazione degli artt. 342 e 346 c.p.c.. La Corte di Appello ha affermato che non vi era stata "un autonomo motivo di impugnazione sul capo relativo alla, condanna al risarcimento del danno" laddove, invece, essendo stata chiesta la riforma integrale della sentenza di primo grado, doveva ritenersi impugnata anche la statuizione sul danno. Riguardo alla istanza istruttorie formulate, la Corte di Appello si è (ra) erroneamente richiamata all'art. 346 c.p.c., nonostante che la presunzione di rinuncia non potesse nella specie applicarsi, essendo sufficiente la riproposizione delle domande ed eccezioni a sostegno delle quali le istanze medesima erano formulate.*

*Il motivo è inammissibile.*

*5.a. Nello stesso ricorso si riconosce che la questione del danno costituiva un capo autonomo della sentenza di primo grado rispetto al quale era mancato un motivo specifico di gravame (la Corte di Appello ha usato il termine "autonomo" ma il significato, come si ricava dal contesto dell'argomentazione, è quello di "specifico") che, giustamente, la Corte ha ritenuto essere necessario, in ossequio all'art. 342 c.p.c., di cui, pertanto, ha fatto corretta applicazione. Ed, invero, "il giudizio di appello ha natura di "revisio prioris instantiae" e non di "iudicium novum"*

13 APRILE 2019

*per cui, al fine di evitare il formarsi del giudicato su singole ed autonome statuizioni non investite dal gravame, non è sufficiente che la sentenza di primo grado sia impugnata nella sua interezza, essendo necessaria, invece, l'impugnazione specifica dei singoli capi in cui si essa si articola, con l'analitica esposizione delle specifiche ragioni di censura".*

*5.b. Non si coglie in che cosa consista la dedotta violazione dell'art. 346 c.p.c..*

*5.c. Quanto alle istanze istruttorie, la Corte territoriale non solo si è riferita alla tardività della deduzione ma ne ha anche ritenuto la inammissibilità per irrilevanza, senza che tale ultimo - ed anch'esso decisivo - rilievo sia oggetto di censura da parte dei ricorrenti.*

*6. Conclusivamente, il ricorso deve essere rigettato, con la condanna dei ricorrenti in solido alle spese, liquidate come nel dispositivo.*

### **Secondo orientamento: Cass. civ., sez. II, 22 febbraio 2010, n. 4240.**

#### Fatto

Nel marzo (OMISSIS), stando all'odierno ricorso, O.S. e F.G. acquistavano dai signori N. un capannone, originariamente adibito a macello, già abusivo e successivamente condonato, posto a circa m. 1,40 da altro fabbricato dei venditori, sito in (OMISSIS). Nello stesso anno, previa concessione edilizia, i ricorrenti trasformavano l'immobile in edificio residenziale. I venditori impugnavano invano la concessione edilizia davanti al Tar e denunciavano penalmente gli acquirenti, che venivano assolti dal pretore di Tirano. Nel marzo 1998 i Signori N. agivano davanti al tribunale di Sondrio per la tutela delle distanze dal proprio fabbricato. Il 26 aprile 2002 il tribunale respingeva la domanda, riconoscendo in capo ai convenuti il diritto di servitù di tenere l'edificio a distanza inferiore a quella legale, pari a quella originaria, di pochissimo modificata.

La Corte d'appello di Milano, il 27 agosto 2004, accoglieva l'appello e, ravvisata la violazione delle norme edilizie, condannava gli odierni ricorrenti all'arretramento della costruzione fino a 10 mt. e al pagamento di tremila Euro a titolo di risarcimento danni. A tal fine la Corte riteneva: A) che la sentenza penale di assoluzione non faceva stato sulla violazione delle distanze, perchè aveva assolto gli imputati per incertezza della prova sulla demolizione totale e non parziale del capannone. B) che l'edificio costruito aveva copertura con sagoma difforme dall'originaria, pareti con altezze diverse, un maggior numero di piani fuori terra, caratteristiche estetiche e tipologiche diverse, volumetria maggiore di 3,28 mc e quindi non costituiva ristrutturazione, costituita da modificazioni per lo più soltanto interne, ma nuova costruzione soggetta alla normativa comunale. C) che non vi era stato l'acquisto per usucapione di servitù sulla distanza di m 1,40, perchè: 1) le norme sulle distanze sono inderogabili e non consentono la costituzione di una servitù di contenuto illecito; 2) con la totale demolizione del fabbricato preesistente, il preteso diritto di servitù si sarebbe estinto.

O.S. e F.G. ricorrono per cassazione esponendo 5 motivi e resistono con controricorso al ricorso incidentale degli intimati e controricorrenti N.F., Fe., G. e L., i quali hanno esposto due motivi di doglianza.

Sono state depositate memorie ed è stata disposta la riunione dei ricorsi ex art. 335 c.p.c..

#### Diritto

*1) Il primo motivo di ricorso, che denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 652 c.p.p., è infondato. I ricorrenti assumono che il pretore di Tirano, nell'assolverli dall'imputazione di violazione della L. n. 47 del 1985, art. 20, lett. B, avrebbe accertato l'insussistenza di ogni infrazione della normativa edilizia "nè del vincolo delle distanze fra edifici"; avrebbe stabilito che il vecchio capannone si trovava a distanza inferiore a quella prevista dall'art. 873 c.c., e che la ricostruzione si trovava ove era ubicato il precedente. Pertanto il primo giudizio avrebbe effetto di giudicato sul secondo, essendo identiche le questioni dibattute, risarcimento e demolizione. La Corte deve in primo luogo qui rilevare che secondo le Sezioni Unite "il giudice di legittimità può direttamente accertare l'esistenza e la portata del giudicato esterno con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali, mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente*

13 APRILE 2019

*dall'interpretazione data al riguardo dal giudice di merito" (Cass. 24664/07). L'esame degli atti, cioè della sentenza 2/18 dicembre 1996 del pretore di Tirano, prodotta con l'attestazione del passaggio in giudicato (su tale onere cfr Cass. 8478/08), esclude quanto affermato da parte ricorrente. In primo luogo si rileva infatti che non sussiste l'indispensabile identità di parti (Cass. 20325/06), giacchè dalla intestazione della sentenza pretorile risulta che in qualità di parte civile erano costituiti soltanto due dei signori N., F. e Fe.. In secondo luogo non risulta, come puntualmente rilevato dai controricorrenti, che la sentenza abbia avuto come oggetto di esame la sussistenza del "vincolo delle distanze tra edifici". L'imputazione riguardava l'illiceità dell'esecuzione della ristrutturazione mediante integrale demolizione e costruzione di un fabbricato "del tutto nuovo e diverso"; la decisione si è imperniata sul mancato raggiungimento della prova di una completa demolizione dell'immobile ristrutturando, senza porre a fondamento le questioni relative alla distanza tra i fabbricati di cui si tratta.*

*2) Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art 873 c.c.. I ricorrenti vantano la titolarità di una servitù, acquisita per destinazione del padre di famiglia o per usucapione, di mantenere il proprio edificio a distanza inferiore a quella prevista dalla norma indicata. Contrastando la tesi, fatta propria dalla sentenza impugnata, della impossibilità di costituire siffatta servitù perchè illecita e contraria all'ordine pubblico, parte ricorrente sostiene che secondo la giurisprudenza e parte della dottrina nulla osta alla costituzione, anche per usucapione, di una servitù avente come contenuto il diritto di tenere l'edificio a distanza minore da quella legale. Aggiunge che il sopravvenuto condono ha cagionato anche la regolarizzazione dell'edificio sotto il profilo urbanistico.*

*Infondatamente parte resistente oppone che la questione dell'acquisto della servitù per destinazione del padre di famiglia non sarebbe proponibile perchè gli acquirenti non ne avrebbero fatto oggetto di appello indentale. Mette conto ricordare che la parte vittoriosa nel merito (come erano i sigg. O. e F.), la quale, in caso di gravame del soccombente, chieda la conferma della decisione impugnata (come è incontrovertito, cfr ricorso pag. 15 in fine) difetta di interesse alla proposizione dell'impugnazione incidentale ed ha soltanto l'onere di riproporre dette questioni, ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., per superare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo. (Sez. Unite n. 3717/07; Cass. 23489/07). Il motivo, che menziona l'art. 873 c.c., va inteso - contrariamente a quanto dedotto in controricorso come doglianza riferita anche alle distanze prescritte "dai regolamenti comunali e integrative del codice civile", secondo l'espressione usata dalla sentenza impugnata, posto che queste ultime traggono la propria forza proprio dall'esser considerate parte integrante della norma cui si riferisce l'impugnazione e che la sentenza (e l'impugnazione) non ha prospettato una distinzione tra la disciplina delle distanze previste dal codice e quelle dettate dai Regolamenti integrativi.*

***La questione che viene ora posta alla Corte è tra le più controverse.***

***E' noto che nel tempo si sono contrapposte tesi dottrinarie favorevoli alla derogabilità delle distanze previste dal codice civile o dai Regolamenti e opinioni del tutto contrastanti. La giurisprudenza ha manifestato nel tempo analoghe divergenze. Giova evidenziare che da molto tempo si afferma che le disposizioni contenute nei regolamenti comunali edilizi, essendo dettate essenzialmente nell'interesse generale, a differenza di quelle contenute nel codice civile, trascendono l'interesse meramente privatistico e non tollerano deroghe convenzionali, le quali, se stipulate, sono invalide anche nei rapporti interni fra proprietari confinanti. A questi ultimi è consentito soltanto, nel rispetto delle distanze fra le costruzioni, di accordarsi sulla ripartizione del relativo obbligo (tra le tante: Cass. 6512/80; n. 287/80;***

***5711/87; 8260/90; 12984/99; n. 237/00; 2117/04; 6170/05). Aderendo al suggerimento dottrinario secondo il quale dalla soluzione data al problema della derogabilità delle distanze legali tra edifici dipende la possibilità o meno di far sorgere per usucapione la servitù contraria alla distanza legale, la giurisprudenza è pervenuta all'affermazione che deve ritenersi inammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme inderogabili degli strumenti***

*urbanistici locali, non potendo l'ordinamento accordare tutela ad una situazione che, attraverso l'inerzia del vicino, determina l'aggiramento dell'interesse pubblico cui sono prevalentemente dirette le disposizioni violate (Cass. 20769/07). Nel contempo però si continua a stabilire che le norme sulle distanze di cui all'art. 873 c.c., dettate a tutela di reciproci diritti soggettivi dei singoli e miranti unicamente ad evitare la creazione di intercapedini antigieniche e pericolose, sono derogabili mediante convenzione tra privati (Cass. 12966/06) e a riconoscere che nell'ipotesi di alienazione di un immobile realizzato in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 873 cod. civ., il successore a titolo particolare può invocare l'acquisto per usucapione del diritto (servitù) di mantenerlo a distanza inferiore a quella legale (eventualmente unendo, in virtù del principio dell'accessione di cui all'art. 1146 cod. civ., comma 2, al proprio possesso quello del suo dante causa, così Cass. 11131/06; v. anche Cass. 3699/93).*

*L'ammissibilità di una servitù contraria al rispetto delle distanze legali scaturisce inoltre da quella giurisprudenza che, nel predicare che "l'actio negatoria servitutis" è azione imprescrittibile", fa salvi gli effetti dell'intervenuta usucapione (Cass. 864/00; 867/00; 12241/02) la quale pertanto, si è detto anche di recente, dà luogo all'acquisto del diritto a mantenere la costruzione a distanza inferiore a quella legale (Cass. 19289/09).*

*I risultati ondovaghi cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza oggi prevalenti non sono appaganti. E' stato già rilevato in dottrina quanto sia illogico ammettere la derogabilità della distanza minore, di tre metri, prevista dal codice civile, permettendo così il formarsi di intercapedini dannose per la salute e vietare invece la derogabilità, anche mediante servitù costituita per usucapione, di distanze maggiori. Ciò avviene sebbene la prescrittività delle norme regolamentari, riconducibili anch'esse alla categoria delle limitazioni legali alla proprietà, derivi dall'essere integrative della norma del codice civile. Sembra quindi paradossale che interessi più pregnanti (il rispetto della distanza di tre metri fissato dal codice) siano per questa via meno difesi rispetto all'interesse a un più armonico e ordinato disegno urbanistico, che presidia le maggiori distanze di fonte regolamentare, ritenute non assoggettabili a servitù costituita per usucapione.*

*Il carattere di tutela di interessi generali che si attribuisce a queste ultime risulta ampliato, nella sfera dei rapporti privati, da una serie di opinabili considerazioni. In primo luogo si afferma che la inammissibilità di una servitù contraria alla distanza legale dipende dalla inammissibilità di deroga convenzionale della normativa sulle distanze. L'affermazione non convince, perchè trascura il ruolo che ha l'usucapione nei rapporti tra i privati e induce ad affidare ai privati, quali destinatari delle disposizioni sulle distanze, compiti impropri di vigilanza pubblica.*

*Correttamente è stato svelato che la distinzione tra derogabilità delle distanze codicistiche e inderogabilità di quelle regolamentari deriva da una malintesa concezione che liquida il codice civile come regolatore dei rapporti tra privati e mette le norme regolamentari sul piano della disciplina di interessi generali, maggiormente cogenti. Superata questa visione, va ricordato che rispetto al progetto del codice civile è stato soppresso l'art. 62, che prevedeva la non riducibilità delle distanze stabilite dal codice o dai regolamenti locali "neppure per convenzione tra i vicini".*

*Ci si deve allora chiedere, anche in relazione a questa mancata previsione normativa, se vi sia differenza tra contraddire le regole sulle distanze con accordi tra privati e il riconoscere la possibilità che per usucapione sorga una servitù in contrasto con la normativa generale. La differenza c'è e può essere letta su due piani: il primo concerne il meccanismo dell'acquisto dei diritti in forza del decorso del tempo; il secondo attiene al ruolo che si assegna al rapporto tra privato e pubblica amministrazione nella difesa delle prescrizioni di rilievo pubblicistico. La usucapibilità del diritto a tenere un immobile a distanza inferiore da quella legale non equivale alla stipula pattizia di una deroga in tal senso, perchè risponde all'esigenza ulteriore della stabilità dei rapporti giuridici in relazione al decorso del tempo. Se dalla norma codicistica o da quella integrativa discende, come comunemente si afferma, il diritto soggettivo del vicino di pretendere che il confinante edifichi a distanza non inferiore a quella prevista, si deve ammettere, ove anche si consideri vietata la deroga convenzionale, che l'avvenuta edificazione*

13 APRILE 2019

*(con opere quindi permanenti e visibili), mantenuta con i requisiti di legge per oltre venti anni, dia luogo al verificarsi dell'usucapione, da parte del confinante, del diritto a mantenere l'immobile a distanza inferiore a quella legale.*

*Se così non fosse, si dovrebbe ammettere l'esistenza, nei rapporti tra privati, di una perpetua instabilità, con la possibilità del vicino di agire in ogni tempo per il rispetto delle distanze. Ciò, si badi, non si verifica neppure in relazione al diritto di proprietà (cui accede il diritto al rispetto delle distanze), che può essere usucapito, benchè il codice dichiari imprescrittibile la proprietà. E' stata spiegata da tempo, a proposito della proprietà, la dissociazione tra effetto estintivo ed effetto acquisitivo in relazione al decorso del tempo: allo stesso modo opera l'usucapione in relazione al diritto del confinante di usucapire (nei confronti del vicino) il diritto a mantenere il proprio fabbricato a distanza inferiore a quella legale.*

*Per questa via si fa rientrare nella sfera della ordinaria disciplina civilistica il rapporto tra i privati, senza che ciò infici le facoltà della pubblica amministrazione.*

*Resta così salva la disciplina pubblicistica e l'osservanza degli standard di qualsivoglia natura che il legislatore o l'amministrazione abbiano fissato, anche alla stregua, eventualmente, di normativa di fonte sovranazionale. Ciò che viene meno è la facoltà del singolo di far valere il proprio diritto soggettivo, attribuitogli in conseguenza della disposizione rispondente all'interesse generale, ma senza assunzione di un potere privato confondibile con quello dell'amministrazione. Entrambi i soggetti possono concorrere alla tutela dell'interesse fissato dall'ordinamento, ma ferma rimane la distinzione dei caratteri tra potere privato e potere pubblico, ciascuno contraddistinto dai limiti generali della categoria cui appartiene. Ciò giustifica anche il diverso trattamento da riservare da un lato agli accordi di deroga e dall'altro al meccanismo dell'usucapione; ove quest'ultima operi, resta alla sola P.A. il potere (pubblico) di agire per conformare la proprietà al modo previsto dal legislatore. Non sono di ostacolo a questa concezione le possibili frodi prospettate dalla giurisprudenza: si tratta di un inconveniente (dipendente comunque da un congegno macchinoso e precario) che non giustifica un inquadramento incoerente dei principi vigenti sui modi di acquisto dei diritti reali e sulla disciplina dei limiti legali della proprietà. Tantomeno questo inconveniente vale a giustificare la illogica dicotomia tra tutela delle distanze di fonte codicistica e di fonte regolamentare. Non sarebbero neppure configurabili le temibili diseconomie esterne (conseguenze negative sul piano della salute e dell'ambiente) che gli studiosi di analisi economica del diritto rinvenivano nella deroga pattizia alle distanze. Altro è infatti incidere sui poteri pubblici, o consentire una generalizzata derogabilità, il che può cagionare effetti lesivi permanenti dell'interesse generale tutelato; altro è ammettere che operi il fenomeno dell'usucapione. Esso vale soltanto a riportare il meccanismo di contenimento dei diritti soggettivi nell'alveo ordinario previsto dal legislatore, escludendo la sussistenza, nel circoscritto ambito della proprietà immobiliare, di diritti soggettivi a tutela rafforzata.*

*Va pertanto accolto il secondo motivo di ricorso; in sede di rinvio il giudice di merito dovrà attenersi al seguente principio: In materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti, deve ritenersi ammissibile l'acquisto per usucapione di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali. Ne trarrà quindi le conseguenze con riferimento all'ipotesi in cui, a seguito di alienazione di un immobile realizzato in violazione di dette prescrizioni, il successore a titolo particolare invochi l'acquisto per usucapione del diritto di mantenerlo a distanza inferiore a quella legale e il diritto, in virtù del principio dell'accessione di cui all'art. 1146 cod. civ., comma 2, di unire al proprio possesso quello del suo dante causa.*

*3) Connesso al secondo, è il quinto motivo di ricorso, che lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1073 e 1074 c.c.. La sentenza impugnata ha affermato che la servitù controversa non sarebbe comunque più esistita perchè "il capannone era stato demolito del tutto ... e il preteso diritto di servitù si era estinto in conseguenza della demolizione". Parte ricorrente censura questo*

13 APRILE 2019

*argomento e ricorda che la servitù si può estinguere solo se oltre alla demolizione o crollo del fondo dominante si verifica il protrarsi del non uso per un ventennio, circostanza pacificamente non sussistente nella specie. Il rilievo coglie nel segno: l'art. 1074 c.c., recita infatti che "l'impossibilità di fatto di usare delle servitù e il venir meno dell'utilità della medesima non fanno estinguere la servitù, se non è decorso il termine indicato dall'articolo precedente", che è appunto il termine di venti anni.*

*4) Il terzo e il quarto motivo del ricorso principale restano assorbiti. Il terzo attiene alla denunciata violazione dell'art. 869 c.c., e del regolamento edilizio di Aprica (art 5), con correlata violazione dell'art. 872 c.c.. Il quarto lamenta violazione e falsa applicazione della L. n. 457 del 1978, art. 31, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 3 e dell'art. 5 del regolamento edilizio comunale.*

*Su entrambi incidono le statuizioni da assumere riguardo alla possibile esistenza della servitù controversa, idonea a permanere, attesi i ricordati principi in materia (art. 1073 e 1074 c.c.), anche in caso di demolizione e ricostruzione della costruzione posta in condizione dominante (v. Cass. 4638/97; 7257/03).*

*5) Il primo motivo del ricorso incidentale lamenta, in relazione all'art. 112 c.p.c., illegittimità della sentenza impugnata "per omessa pronuncia su talune domande di appello". Parte N. deduce che la Corte avrebbe omissa di esaminare la domanda relativa alla disapplicazione per illegittimità della concessione edilizia rilasciata ai Sigg. O.- F. per ristrutturazione con mutamento di destinazione d'uso. Il motivo è infondato. Dalla sentenza della Corte d'appello di Milano, che riporta in epigrafe le conclusioni svolte dalle parti, si evince che i Sigg. N. non avevano richiesto in via principale che fosse dichiarata l'illegittimità della concessione edilizia ottenuta da controparte, ma che fosse dichiarato "previa occorrendo disapplicazione della concessione edilizia (OMISSIS) rilasciata per ristrutturazione ai Sigg. O.- F." che costoro avevano costruito in violazione delle norme comunali e che fossero "condannati conseguentemente a demolire la costruzione...". La Corte d'appello ha accolto le conclusioni di appello, ma non ha ritenuto che occorresse all'uopo disapplicare la concessione edilizia, mera eventualità che gli appellanti avevano prospettato ipoteticamente;*

*tale prospettazione non consolidava pertanto il dovere della Corte di decidere sul punto, in caso (come avvenuto) di accoglimento delle domande principali (accertamento della violazione delle distanze ritenute applicabili e demolizione della nuova costruzione).*

*5.2) Il secondo motivo di ricorso incidentale, relativo alla sussistenza dei presupposti temporali per affermare l'avvenuta usucapione, resta assorbito dalla decisione relativa al ricorso principale. Con essa viene rimesso al giudice di merito, al quale soltanto competono gli accertamenti di fatto necessari allo scopo, il compito di stabilire se vi sia stata usucapione della servitù vantata dai ricorrenti.*

*Segue da quanto esposto la cassazione della sentenza impugnata per quanto di ragione e il rinvio ad altra Sezione della Corte d'appello di Milano, che provvedere anche sulle spese di questo grado di giudizio.*

**Segue: Cass. civ., sez. un., 19 maggio 2016, n. 10318.**

Massima:

Le norme dei regolamenti edilizi che fissano le distanze tra le costruzioni in misura diversa da quelle stabilite dal codice civile, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 873 c.c., hanno portata integrativa delle disposizioni dettate in materia dal codice civile; e tale portata non si esaurisce nella sola deroga alle distanze minime previste dal codice, ma si estende all'intero impianto di regole e principi dallo stesso dettato per disciplinare la materia, compreso il meccanismo della prevenzione, che i regolamenti locali possono eventualmente escludere, prescrivendo una distanza minima delle costruzioni dal confine o negando espressamente la facoltà di costruire in appoggio o in aderenza. Ne discende che un regolamento locale che si limiti a stabilire una distanza tra le costruzioni superiore a quella prevista dal codice civile, senza imporre un distacco minimo delle

13 APRILE 2019

costruzioni dal confine, non incide sul principio della prevenzione, come disciplinato dal codice civile, e non preclude, quindi, al preveniente la possibilità di costruire sul confine o a distanza dal confine inferiore alla metà di quella prescritta tra le costruzioni, né al prevenuto la corrispondente facoltà di costruire in appoggio o in aderenza, in presenza dei presupposti previsti dagli artt. 874, 875 e 877 c.c.

### **Estratto sentenza**

Omissis..

**2.2) Prima di affrontare la questione rimessa a queste Sezioni Unite, occorre rammentare che, nel sistema delineato dagli artt. 873 c.c. e ss., il principio della prevenzione comporta che il confinante che costruisce per primo viene a condizionare la scelta del vicino che voglia a sua volta costruire. Al preveniente, invero, è offerta una triplice facoltà, potendo egli edificare sia rispettando una distanza dal confine pari alla metà di quella imposta dal codice, sia sul confine, sia ad una distanza dal confine inferiore alla metà di quella prescritta. A fronte della scelta operata dal preveniente, il vicino che costruisce successivamente, nel primo caso, deve costruire anch'esso ad una distanza dal confine pari alla metà di quella prevista, in modo da rispettare il prescritto distacco legale dalla preesistente costruzione. Nel secondo caso, il prevenuto può chiedere la comunione forzosa del muro sul confine (art. 874 c.c.) o realizzare la propria fabbrica in aderenza allo stesso (art. 877 c.c., comma 1); ove non intenda costruire sul confine, è tenuto ad arretrare il suo edificio in misura pari all'intero distacco legale.**

**Nella terza ipotesi considerata, il prevenuto può chiedere la comunione forzosa del muro e avanzare la propria fabbrica fino ad esso, occupando lo spazio intermedio, dopo avere interpellato il proprietario se preferisca estendere il muro a confine o procedere alla sua demolizione (art. 875 c.c.); in alternativa, può costruire in aderenza (art. 877 c.c., comma 2) o rispettando il distacco legale dalla costruzione del preveniente.**

Così sinteticamente riassunto il meccanismo della prevenzione, va precisato che esula dal quesito posto nell'ordinanza interlocutoria l'ipotesi dei regolamenti locali che, pur imponendo una distanza assoluta tra fabbricati, prevedano espressamente la possibilità di costruire sul confine, ovvero di costruire in appoggio o in aderenza.

In una simile evenienza, infatti, è la stessa fonte regolamentare a sancire direttamente, senza necessità di alcuno sforzo interpretativo, l'operatività della regola della prevenzione prevista dal codice civile, con le relative implicazioni riguardo alle facoltà rispettivamente spettanti al preveniente e al prevenuto.

La questione rimessa alle Sezioni Unite, inoltre, si riferisce specificamente alla ipotesi dei regolamenti locali che, come quello in esame, **stabiliscano una distanza minima dal confine in una misura fissa**, non anche a quella dei regolamenti che prescrivano una distanza minima dal confine non predeterminata, ma commisurata all'altezza di una delle costruzioni. Ipotesi, quest'ultima, per la quale può farsi riferimento alle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite nella menzionata pronuncia n. 11489/2002 in relazione all'analoga previsione di cui alla c.d. legge ponte, per la quale è stata ritenuta -in mancanza di dati di segno contrario emergenti da specifiche disposizioni regolamentari- l'operatività del principio di prevenzione.

**2.3) Così delimitato il campo di indagine, si osserva che i precedenti favorevoli all'applicabilità del criterio della prevenzione, citati nell'ordinanza di rimessione, si fondano essenzialmente sul rilievo della natura integrativa dei regolamenti edilizi con riferimento alle previsioni codicistiche in materia di distanze, che comprendono il criterio della prevenzione.**

In questo senso, in particolare, le sentenze 7-6-1988 n. 3859 e 16-5-

1991 n. 5474 affermano che "le norme dei regolamenti comunali edilizi che fissano le distanze nelle costruzioni in misura diversa da quelle stabilite dal codice civile sono, per l'espresso disposto dell'art. 873 c.c., integrative del codice medesimo, il quale, rinviando ai regolamenti locali per tutto ciò che concerne le distanze nelle costruzioni, comprende tutta la disciplina predisposta da quelle fonti. Ne deriva che le norme dei regolamenti edilizi che si limitino a stabilire una distanza

13 APRILE 2019

*nelle costruzioni superiore a quella del codice civile, senza prescrivere tale distanza in rapporto al confine, non implicano il divieto di costruire in appoggio o in aderenza, ricorrendone i presupposti ai sensi degli artt. 874, 875 e 877 c.c., e, di conseguenza, non incidono sull'esercizio del diritto di prevenzione, la cui operatività non esige un'espressa previsione ad opera delle norme regolamentari".*

*Dello stesso tenore la sentenza 1-7-1993 n. 6101, nella quale si afferma che "le norme dei regolamenti comunali che fissano le distanze nelle costruzioni in misura diversa da quelle stabilite dal codice civile... hanno natura di norme integrative dell'art. 873 c.c. e con esse trova, perciò, applicazione anche il regime del codice civile in tema di distanze nelle costruzioni in fondi finitimi, fra cui quello della prevenzione, che vieta al costruttore prevenuto il quale non possa o non voglia costruire in appoggio o in aderenza, di creare un distacco minore di quello corrispondente all'altezza che ha il suo edificio sul lato fronteggiante il fondo del vicino".*

*Le successive pronunce citate nell'ordinanza interlocutoria si rifanno sostanzialmente ai medesimi argomenti.*

*Così, la sentenza del 5-12-2007 n. 25401 si limita ad osservare che "costituisce principio di diritto ormai consolidato in giurisprudenza di legittimità che il diritto del proprietario confinante di costruire in aderenza al confine non sussiste quando i regolamenti locali fissano solo la distanza minima delle costruzioni dal confine, ritenendosi in questo caso che l'obbligo di arretrare la costruzione è assoluto, come lo è il corrispondente divieto di costruire sul confine. Nel caso, invece, che il regolamento edilizio fissi solo la distanza fra le costruzioni, in assenza di qualunque indicazione circa il distacco delle costruzioni dal confine, il principio della prevenzione deve ritenersi in vigore perchè la sua operatività non è ostacolata da alcun divieto di costruire in aderenza o sul confine".*

*Analoghe considerazioni vengono svolte nella sentenza 20-42005 n. 8283.*

*Non appaiono, invece, particolarmente significative ai fini della soluzione della questione che qui rileva le due ulteriori - e più risalenti - pronunce citate nell'ordinanza interlocutoria (Cass. 20-11-1987 n. 8543 e Cass. 24-6-1983 n. 4352), le quali si riferiscono a regolamenti comunali che prevedevano espressamente la possibilità di edificare in aderenza, rendendo per ciò solo salvo il criterio della prevenzione.*

*L'opzione interpretativa in esame trova un autorevole conforto nella citata decisione a Sezioni Unite n. 11489 del 2002, nella cui motivazione è stata richiamata e ritenuta condivisibile la "consolidata giurisprudenza di questa Suprema Corte in sede di applicazione dei regolamenti locali che non prescrivono distanze dei fabbricati dai confini, limitandosi a stabilire distacchi tra i fabbricati"; giurisprudenza che, secondo le Sezioni Unite, ha "correttamente" ritenuto che "solo in presenza di una norma regolamentare che prescriva una distanza tra fabbricati con riguardo al confine si ponga l'esigenza di un'equa ripartizione tra proprietari confinanti dell'onere di salvaguardare una zona di distacco tra le costruzioni, con la conseguenza che, in assenza di una siffatta prescrizione, deve trovare applicazione il principio della prevenzione, con la conseguente possibilità, per il prevenuto, di costruire in aderenza alla fabbrica costruita per prima, se questa sia stata posta sul confine od a distanza inferiore alla metà del prescritto distacco tra fabbricati".*

*2.4) Le pronunce menzionate nell'ordinanza di rimessione a sostegno della tesi contraria all'operatività del criterio della prevenzione fanno perno essenzialmente sul rilievo secondo cui l'assolutezza del distacco previsto dai regolamenti locali non può ripercuotersi in danno di uno solo dei confinanti, ma va equamente ripartita tra le parti interessate.*

*In tal senso, si legge nella sentenza 22-2-2007 n. 4199 che, "quando i regolamenti edilizi prevedano una distanza minima assoluta tra costruzioni maggiore di quella prescritta dal codice civile senza un riferimento esplicito al confine..... la prevista assolutezza della distanza, rapportata ad un'equa ripartizione del relativo onere, è da ritenersi comprensiva di un implicito riferimento al confine, dal quale chi costruisce per primo deve osservare una distanza non inferiore alla metà di quella prescritta, con conseguente esclusione della possibilità di costruire sul confine e, quindi, della operatività del principio della prevenzione".*

13 APRILE 2019

Dello stesso tenore appaiono le sentenze 29-6-1981 n. 4246 e 10-10-1984 n. 5055.

Non offrono, invece, particolari spunti le ulteriori pronunce menzionate.

La sentenza 28-4-1992 n. 5062 muove, infatti, dall'analisi della disciplina regolamentare applicabile in concreto, ove era prescritta una distanza minima assoluta fra edifici, con la possibilità, peraltro, di costruire in aderenza per una certa categoria di costruzioni; dal che la Corte, con un'opzione ermeneutica circoscritta allo specifico regolamento edilizio, ha desunto che nella generalità dei casi fosse stabilita un'implicita distanza dal confine in misura pari alla metà di quella fra edifici.

La sentenza 19-7-2006 n. 16574 si riferisce, poi, ad un regolamento locale che, seppure stabilendola in rapporto all'altezza degli edifici, prescriveva una distanza minima delle costruzioni dal confine.

L'ultima decisione menzionata (1-7-1996 n. 5953), a ben vedere, si presta ad una interpretazione contraria all'orientamento qui preso in considerazione: in motivazione, infatti, si afferma l'operatività del criterio della prevenzione nel caso in cui i regolamenti locali impongano unicamente una distanza minima fra gli edifici, a meno che l'interpretazione della norma regolamentare non porti ad escludere la facoltà di costruire in aderenza.

**2.5) Le Sezioni Unite ritengono che il contrasto debba essere composto privilegiando l'interpretazione favorevole all'operatività, nella ipotesi considerata, del criterio della prevenzione, non apparendo convincenti le ragioni che nella elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sono state addotte a sostegno dell'opposta tesi.**

2.6) Un argomento sovente utilizzato ai fini dell'esclusione del criterio della prevenzione poggia sul **dato letterale delle** disposizioni regolamentari che prescrivono un determinato distacco minimo "assoluto" tra costruzioni, per desumerne, anche in considerazione dell'esigenza di assicurare un'equa ripartizione del relativo onere tra le parti, il carattere "inderogabile" di tale distacco.

Più in generale, a sostegno dell'orientamento contrario alla operatività del criterio di prevenzione, sono state svolte considerazioni attinenti alla natura stessa del relativo meccanismo, che si porrebbe in contrasto con la funzione propria della disciplina dei distacchi tra edifici, volta ad assicurare un equo contemperamento degli interessi e dei sacrifici dei proprietari dei fondi confinanti. E' in tale prospettiva che si è formato l'orientamento giurisprudenziale che ha ravvisato nei regolamenti locali che impongono un distacco assoluto tra costruzioni un implicito riferimento al confine e, quindi, l'obbligo per ciascuna parte di rispettare una distanza minima dal confine pari alla metà di quella complessiva prescritta per i distacchi tra edifici. Solo in tal modo, infatti, secondo i fautori della tesi esposta, potrebbe essere soddisfatta l'esigenza di evitare eccessivi sacrifici a carico di colui che costruisca per secondo; obiettivo che verrebbe frustrato in caso di applicazione del principio di prevenzione, di per sé incompatibile con un'equa ripartizione tra le parti dell'onere imposto dalla previsione del distacco.

In dottrina, poi, alcuni autori hanno rimarcato il **carattere di "specialità"** della disciplina dettata dai regolamenti edilizi rispetto a quella codicistica, per ravvisare in tale normativa una deroga non solo al dato numerico della distanza, ma all'intero sistema dei rapporti tra proprietari limitrofi delineato dal codice civile.

Un ulteriore argomento invocato a sostegno della inoperatività del criterio della prevenzione è quello che si fonda sul rilievo della natura pubblicistica dei regolamenti locali, connessa al fatto che essi concorrerebbero a comporre la complessiva disciplina urbanistica; a detta natura conseguirebbe la non praticabilità della disciplina codicistica della prevenzione, tipicamente destinata a regolare i rapporti tra privati. In tale ottica si pone la già citata pronunzia delle Sezioni Unite n. 3873/1974, che ha osservato come l'intento insito nella norma regolamentare sia quello "di garantire in ogni caso un ampio spazio tra gli edifici onde soddisfare interessi di ordine generale, come quelli igienici, di quiete pubblica e di estetica edilizia... intento, questo, che

13 APRILE 2019

rimarrebbe ovviamente frustrato se, nel contempo, venissero consentite costruzioni sul confine e fosse quindi permessa, da parte del vicino, la costruzione in aderenza".

2.7) Gli argomenti sopra richiamati, ad avviso delle Sezioni Unite, non costituiscono un ostacolo all'affermazione dell'operatività in materia dell'istituto codicistico della prevenzione, apparendo agevolmente confutabili.

E invero, al **criterio di interpretazione letterale**, che si fonda sulla pretesa assimilazione degli attributi "assoluto" e "inderogabile", può opporsi, in conformità di un'autorevole opinione dottrinale, come la normativa edilizia contempra effettivamente la previsione di distanze "inderogabili", come tali destinate a non tollerare in alcun caso la possibilità di costruire sul confine o in aderenza. Al di fuori di tali ipotesi, tuttavia, in presenza di una norma regolamentare che si limiti a prevedere un distacco "assoluto" tra costruzioni, non sembra possibile escludere in radice la possibilità di edificare sul confine o a distanza dal confine inferiore alla metà di quella legale, ferma restando la necessità, nel caso in cui non vengano realizzate costruzioni in appoggio o in aderenza, di rispettare la distanza minima prescritta dal regolamento locale.

Quanto all'ostacolo derivante dalla necessità di assicurare un'**equa ripartizione dell'onere tra i proprietari confinanti**, è facile obiettare che un equo temperamento degli interessi delle parti è garantito dalla possibilità, offerta al prevenuto, di chiedere la comunione forzosa del muro o di costruire in aderenza alla fabbrica eretta dal preveniente sul confine o a distanza dallo stesso inferiore alla metà del distacco fissato dalla norma regolamentare.

Il meccanismo della prevenzione, come congegnato dal codice civile, pertanto, consente di regolare armonicamente il rapporto di successione temporale tra le costruzioni che sorgono su fondi contigui, senza assicurare posizioni di vantaggio a colui che costruisce per primo in danno di colui che costruisce per secondo:

alle facoltà riconosciute al preveniente, infatti, fanno da contrappeso quelle attribuite al prevenuto, alle quali il primo non può opporsi.

All'argomento basato sul **carattere di "specialità" dei regolamenti edilizi**, poi, può replicarsi che detti regolamenti, proprio in ragione di tale specialità, sono di stretta interpretazione; con la conseguenza che, allorché essi si limitino ad imporre un distacco minimo tra costruzioni, senza prescrivere espressamente altresì una distanza minima dal confine, non pare lecito cogliere negli stessi una deroga al criterio della prevenzione sancito in via generale dal codice civile. I regolamenti locali, infatti, in virtù del rinvio previsto nell'art. 873 c.c., hanno portata integrativa delle prescrizioni del codice civile in tema di distanze tra costruzioni su fondi finitimi; sicché ad essi, salva espressa previsione contraria, deve ritenersi applicabile l'intera disciplina codicistica dettata in materia, compreso il meccanismo della prevenzione.

La tesi che ravvisa la ragione della incompatibilità del principio della prevenzione con la disciplina extracodicistica delle distanze nella natura "pubblicistica" di tale normativa, infine, è stata già considerata insostenibile da queste Sezioni Unite nella sentenza n. 11489/2002, nella quale è stato rilevato che è "evidente la componente pubblicistica, accanto a quella privatistica, di tutta la disciplina, anche codicistica, sulle distanze", volta, com'è noto, ad armonizzare la disciplina dei rapporti intersoggettivi di vicinato con l'interesse pubblico ad un ordinato assetto urbanistico".

**Una simile componente pubblicistica, pertanto, così come non ha impedito la previsione nel codice civile della regola della prevenzione, allo stesso modo non può costituire un serio ostacolo all'estensione della relativa disciplina alla materia regolata dai regolamenti locali.**

Nè potrebbe sostenersi la natura esclusivamente pubblicistica della normativa extracodicistica in materia di distanze, ove solo si tenga conto della natura tipicamente privatistica della sanzione prevista in caso di violazione delle relative disposizioni, costituita dal rimedio della riduzione in pristino, rimesso all'iniziativa del vicino, il quale potrebbe anche non farvi ricorso. Ove, poi, si consideri che la ratio delle norme sulle distanze minime tra costruzioni è, secondo l'opinione dominante, quella di evitare il pregiudizio che potrebbe derivare agli edifici dalla creazione di intercapedini troppo ristrette, appare evidente che una simile finalità non viene frustrata dalla

**previsione della facoltà di costruire in aderenza o in appoggio, escludendosi in tal modo la possibilità stessa della formazione di intercapedini pericolose tra i due fabbricati.** 2.8) In definitiva, nessuna delle ragioni preclusive evidenziate in giurisprudenza e in dottrina osta all'applicabilità del principio codicistico della prevenzione nell'ipotesi in cui un regolamento locale si limiti a stabilire un distacco minimo tra le costruzioni maggiore rispetto a quello contemplato dall'art. 873 c.c., senza prescrivere altresì una distanza minima delle costruzioni dal confine o vietare espressamente la costruzione in appoggio o in aderenza. Orbene, se le norme regolamentari, così come in concreto strutturate, postulano solo l'esigenza del rispetto di una distanza minima tra fabbricati, non vi è alcun valido motivo per negare a colui che costruisca per primo la possibilità di avvalersi delle facoltà connesse al principio di prevenzione in base alla disciplina codicistica. **Le norme dei regolamenti edilizi che fissano le distanze tra le costruzioni in misura diversa da quelle stabilite dal codice civile, infatti, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 873 c.c., hanno portata integrativa delle disposizioni dettate in materia dal codice civile; e tale portata non si esaurisce nella sola deroga alle distanze minime previste dal codice, ma si estende all'intero impianto di regole e principi dallo stesso dettato per disciplinare la materia, compreso il meccanismo della prevenzione, che i regolamenti locali possono eventualmente escludere, prescrivendo una distanza minima delle costruzioni dal confine o negando espressamente la facoltà di costruire in appoggio o in aderenza.** Ne discende che un regolamento locale che si limiti a stabilire una distanza tra le costruzioni superiore a quella prevista dal codice civile, senza imporre un distacco minimo delle costruzioni dal confine, non incide sul principio della prevenzione, come disciplinato dal codice civile, e non preclude, quindi, al preveniente la possibilità di costruire sul confine o a distanza dal confine inferiore alla metà di quella prescritta tra le costruzioni, nè al prevenuto la corrispondente facoltà di costruire in appoggio o in aderenza, in presenza dei presupposti previsti dagli artt. 874, 875 e 877 c.c.. 2.9) Alla luce degli esposti principi, nella specie, contrariamente a quanto dedotto dai ricorrenti, deve ritenersi l'operatività della regola della prevenzione, non risultando che il regolamento edilizio del Comune di Ottaviano, che impone un distacco tra costruzioni di metri otto, preveda altresì una distanza minima delle costruzioni dal confine. I primi due motivi di ricorso, di conseguenza, devono essere disattesi.

13 APRILE 2019

**Argomento 26****Azioni a difesa della proprietà**

1. Azioni a difesa della proprietà. **Si rinvia alla lezione per l'inquadramento generale.**
2. Rapporto tra l'azione di ripetizione di indebito e l'azione di rivendicazione: **Cass., sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305. Rinvio alla lezione del 09 Marzo 2019 (Argomento 5).**
3. Azione negatoria: **Cass. civ., sez. II, 03 luglio 2013, n. 16631.**

**Massima:**

L'azione negatoria - che a norma dell'art. 949 c.c. il proprietario può esercitare per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, ovvero per far ordinare la cessazione di turbative e di molestie sulla stessa (e per ottenere l'eventuale risarcimento del danno) presuppone che il proprietario abbia motivo di temere che le iniziative altrui (i diritti affermati o le turbative o le molestie) possano recargli un pregiudizio. In particolare la norma di cui all'art. 949 c.c. legittima il proprietario a chiedere la cessazione della attività altrui quale che sia (di fatto o di diritto) se quella attività limita il suo potere di godimento sul bene di cui è proprietario. (Nella specie i proprietari di una palazzina avevano realizzato un rivestimento a cappotto sull'immobile, dello spessore variante da 5,5 centimetri a 6 posto a metri 1,12 da terra fino alla gronda del tetto. In applicazione del principio di cui sopra, la Suprema corte ha confermato la sentenza del giudice del merito che aveva rigettato la domanda del proprietario di una costruzione confinante, osservando che tale cappotto non costituiva alcun vulnus al diritto di proprietà dell'appellato, vietato dall'art. 949 c.c., costituendo semplicemente un volume di modestissima entità da considerare al pari di una rugosità del muro, che non impediva - per le sue dimensioni e caratteristiche tecniche - alla controparte il libero godimento del proprio bene, senza alcuna compromissione della sua funzionalità).

13 APRILE 2019

**Argomento 27****Diritti reali su cosa altrui, con particolare riferimento alle servitù****1. Diritti reali su cosa altrui. Rinvio alla lezione per l'inquadramento generale.****2. Servitù. Rinvio alla lezione per l'inquadramento generale.****2.1. Modalità di costituzione delle servitù coattive: Cass. civ., sez. II, Sent., 23/09/2015, n. 18770.***Omissis...**Svolgimento del processo*

*Con atto di citazione notificato il 6 novembre 1985 la IDROSANITARIA s.n.c. evocava, dinanzi al Tribunale di Brescia, Z.G. e M. per sentire accertare la esistenza della servitù di transito pedonale e carraio sul fondo sito in (OMISSIS) di proprietà dei convenuti, mappale 189, ed in favore del mappale limitrofo, n. 41, acquistato dalla società con atto di compravendita del 27.4.1974, domanda che veniva poi estesa anche nei confronti di C.M., acquirente ante causam della quota di comproprietà di Z. M. del preteso fondo servente. Instaurato il contraddittorio, nella resistenza dei convenuti, i quali spiegavano anche domanda riconvenzionale per sentire dichiarare l'attrice obbligata a realizzare un muro divisorio, il giudice adito, espletata istruttoria, dichiarava la sussistenza sul mappale 189 di servitù di passaggio pedonale, carraio e camionabile su strada privata larga mt.*

*6 esistente ad ovest del fabbricato che sorgeva sullo stesso mappale ed in favore del mappale n. 41 in forza di quanto previsto nell'atto notarile 11.12.1962; rigettava le domande riconvenzionali. In virtù di rituale appello interposto da Z.G. e dalla C., la Corte di appello di Brescia, nella resistenza della IDROSANITARIA, respingeva il gravame e per l'effetto confermava la decisione di prime cure.*

*A sostegno della decisione adottata la corte territoriale - premesso che il diritto vantato dall'attrice trovava fondamento nell'atto notarile dell'11.12.1965 - evidenziava che solo riconoscendo alla previsione negoziale il valore di costituire la servitù di passaggio sul mappale 2763/a e non già unicamente sul mappale 4590 (come testualmente indicato nel contratto) consentiva di dare un risultato utile alla pattuizione. Del resto anche l'aver fatto riferimento al mappale 4590 non era espressione per identificarlo come unico fondo servente, bensì per descrivere il tracciato della strada privata larga mt. 6, individuandolo come quello che correva a lato della costruzione che sorgeva su quel mappale, essendo caratterizzante il fabbricato. In tal senso deponevano le clausole 6 e 10 del contratto, che prevedevano, da un lato, la manutenzione esclusiva a carico degli acquirenti di detta strada per raggiungere il loro fondo, che non sarebbe altrimenti comprensibile, e dall'altro, la realizzazione della recinzione dei rispettivi fondi, che per il dante causa dell'attrice il confine nord era costituito dal mappale 2763/a, ossia fino al ciglio della strada privata di cui al precedente articolo uno, per cui la concorde volontà delle parti la menzionata strada di mt. 6 costituiva l'oggetto della servitù.*

*Nè poteva trovare accoglimento la domanda riconvenzionale di estinzione della servitù per prescrizione a fronte di prove delle parti contrastanti e comunque ritenendo che per la evitare la prescrizione poteva ritenersi sufficiente anche il passaggio saltuario. Ugualmente quanto alla deduzione di cessazione della servitù per cessazione della interclusione del fondo dominante trattandosi di servitù costituita volontariamente.*

*Concludeva per l'infondatezza anche della riconvenzionale relativa alla realizzazione della recinzione, per essere sul punto l'accordo di natura obbligatoria e non reale, confermate le spese liquidate in primo grado.*

*Avverso la indicata sentenza della Corte di appello di Brescia hanno proposto ricorso per cassazione gli originari convenuti, Z. e C., affidato a cinque motivi, cui ha replicato con*

13 APRILE 2019

*controricorso la intimata società. La controricorrente in prossimità della pubblica udienza ha depositato anche memoria illustrativa.*

Motivi della decisione

*Con il primo motivo i ricorrenti lamentano omessa ovvero insufficiente motivazione quanto alla individuazione della strada larga mt. 6, esistente al momento del rogito ed oggetto della servitù. Ad avviso dei ricorrenti la lettura del contratto dell'11.12.1965 fornita dal giudice di appello - in particolare, dell'inciso "il terreno venduto (n.d.r.: il mappale n. 2763/b acquistato dai fratelli D., danti causa di Idrosanitaria, e venduto dai danti causa dei ricorrenti) ha diritto di accesso attraverso la strada privata esistente ad ovest del fabbricato che sorge sul mappale 4590 e larga sei metri" - non terrebbe conto di deposizioni testimoniali volte a ricostruire lo stato dei luoghi all'epoca del rogito e della volontaria espunzione dal testo dell'atto notarile del riferimento al mappale 2763/a, prima scritto dal rogante e poi interlineato. Inoltre la grave insufficienza nella motivazione viene ravvisata nella supposta esistenza di una situazione desunta da una fotografia non concludente sul punto, tralasciando tutti gli altri elementi di giudizio che chiarivano che adiacente all'edificio assunto punto di riferimento per la servitù non correva alcuna strada (testi S.P., + ALTRI OMESSI ). In altri termini, le conclusioni del giudice terrebbero conto della sola relazione peritale, con valutazioni del c.t.u.*

*compiute senza alcuna ricostruzione storica dello stato dei luoghi.*

*Il primo mezzo va trattato unitamente al quinto per la correlazione logica e giuridica dovuta alla comunanza di oggetto: con esso i ricorrenti denunciano un vizio di motivazione circa la collocazione del luogo fisico della servitù, stante la mancata ammissione dei mezzi istruttori - quale l'integrazione della c.t.u. - ritualmente richiesti e non ammessi per l'accertamento del fatto in appello nonostante la indispensabilità. Entrambi i motivi sono manifestamente infondati.*

*E' principio consolidato quello per cui per la costituzione convenzionale di una servitù di passo non è necessario l'uso di formule sacramentali, ma è sufficiente che dalla clausola contrattuale relativa siano determinabili con certezza il fondo dominante, il fondo servente e l'oggetto in cui consiste l'assoggettamento di questo all'utilità dell'altro; ne consegue libertà di forme (v. Cass. 3 luglio 2000 n 8885) e senso dell'attività interpretativa, che deve concretizzarsi nell'identificazione della reale volontà dei contraenti in ordine alla costituzione di una servitù prediale, analisi interpretativa che è insindacabile in sede di legittimità, salvo che sia incongrua o affetta da errori logici (v. Cass. 11 febbraio 2000 n 1516). In altri termini, l'esigenza che nell'atto costitutivo di una servitù siano specificamente indicati tutti gli elementi di questa, non implica anche la necessità della espressa indicazione ed analitica descrizione del fondo servente e di quello dominante, essendo invece sufficiente che i predetti elementi siano comunque desumibili dal contenuto dell'atto, che siano cioè determinabili, attraverso i consueti strumenti ermeneutici, il fondo dominante, quello servente ed il contenuto dell'assoggettamento di quest'ultimo all'utilità del primo. Tale attività interpretativa, concretandosi in un'indagine sull'effettiva volontà dei contraenti in ordine all'eventuale costituzione di una servitù prediale, costituisce accertamento di fatto sindacabile in sede di legittimità solo per motivazione incongrua o affetta da errori logici o per inosservanza delle regole di ermeneutica (cfr., per tutte, Cass. 22 febbraio 2010 n. 4241; Cass. 11 febbraio 2000 n. 1516).*

*La Corte di legittimità ha, inoltre, chiarito che per ritenere idoneamente costituita una servitù prediale non è necessaria l'indicazione espressa della estensione e delle modalità di esercizio della stessa, in quanto, in mancanza, soccorrono le norme suppletive di cui all'art. 1064 c.c. , secondo cui il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne, e all'art. 1065 c.c. , secondo cui colui che ha un diritto non può usarne se non a mezzo del suo titolo e del suo possesso; e solo nel dubbio circa l'estensione e le modalità di esercizio, la servitù deve ritenersi costituita in guisa da soddisfare il bisogno del fondo dominante con il minor aggravio del fondo servente (Cass. 4 dicembre 1982 n. 6603).*

*Nella specie, la Corte di Appello, nell'esercizio dell'attività ermeneutica affidatale, ha ritenuto, con apprezzamento in fatto congruo e logicamente argomentato (pertanto non sindacabile in*

13 APRILE 2019

*cassazione), che con l'atto notarile dell'11.12.1965 era stata costituita una servitù di passaggio gravante sui mappali 4590 e 2763/a (ora mappale 189) a favore del fondo mappale 41 (già mappale 2763/b) di proprietà della società attrice. Tanto è sufficiente per considerare il predetto atto idonea fonte negoziale dell'invocata servitù di passaggio, avendo peraltro il giudice distrettuale chiarito, con le ulteriori argomentazioni svolte in sentenza, che la mancata specifica indicazione del mappale 2763/a non costituiva elemento di segno contrario, giacché la stessa individuazione del mappale 4590 aveva la sola finalità di descrivere il tracciato della strada privata, quindi l'estensione (di 6 mt.), "individuandolo con quello che correva a lato della costruzione che sorgeva su quel mappale", e non quale determinazione dell'unico fondo servente, e, per le ragioni esposte, dovevano ritenersi non necessari, ai fini della valida costituzione di una servitù, altri elementi di giudizio. In esito a tale compiuta analisi che la Corte bresciana ha effettuato, con assoluto rispetto delle tesi contrarie, tutte esaminate a respinte motivatamente, la sentenza impugnata è pervenuta, come si è già detto, senza incorrere in vizi argomentativi, logici o tecnici, ad affermare che la servitù de qua è stata costituita per contratto. Appare, pertanto, evidente che la tesi dei ricorrenti, nel sostenere che l'atto negoziale stipulato non consentiva l'individuazione del fondo dominante e di quello servente, mira sostanzialmente ad ottenere una diversa valutazione della volontà contrattuale delle parti, preclusa in questa sede. Con il secondo motivo i ricorrenti deducono la violazione o falsa applicazione degli artt. 1051, 1054 e 1055 c.c. per non avere la corte di merito tenuto conto che la costituzione della servitù di passaggio era stata determinata dalla interclusione del fondo dominante a seguito dell'atto di cessione del 1962 e dunque avente sostanziale natura coattiva, come del resto rilevato dallo stesso c.t.u.; con la conseguenza che - come assunto dai ricorrenti - doveva ritenersi cessata per intervenuta cessazione dello stato di interclusione.*

*La doglianza è fondata.*

*La corte di merito ha escluso che le parti avessero convenuto la costituzione di una servitù coattiva a carico dei due mappali sulla sola base dell'interpretazione del titolo costitutivo, in quanto "volontariamente costituita per contratto, senza fare alcun riferimento alla interclusione, e senza alcuna previsione di necessario collegamento, e condizionamento, fra la pattuizione e la situazione contingente dei luoghi" (v. pag. 11 della sentenza impugnata). Il Collegio non ritiene di aderire a siffatto orientamento che trova peraltro corrispondenza in altra pronunzia di questa Corte (Cass. 22 febbraio 2010 n. 4241: **"ai fini della costituzione negoziale di una servitù coattiva non è sufficiente la mera sussistenza dell'esigenza tutelata dalla legge con l'imposizione della servitù, ma è necessario che dal negozio risulti l'intenzione delle parti di sopperire a tale esigenza in adempimento del correlativo obbligo legale, derivandone, in mancanza, la costituzione di una servitù volontaria, ancorchè il suo contenuto corrisponda a quello di una servitù coattiva).***

*Appare invero più convincente il diverso e risalente indirizzo, confermato da questa Corte con recente pronuncia (Cass. 28 febbraio 2013 n. 5043) - al quale quindi si ritiene di dover aderire - secondo cui si presume che il negozio costitutivo della servitù come quella in esame si riferisca ad una servitù coattiva, salvo che non emerga in concreto ed in modo inequivoco l'intento delle parti di assoggettarsi al regime delle servitù volontarie.* In altre parole viene stabilita una sorta di presunzione circa il carattere coattivo della servitù anche se costituita con un negozio tra privati, che tuttavia può essere "vinta" dall'interessato attraverso la prova della volontà dei contraenti di costituire una diversa servitù volontaria. Ha statuito al riguardo questa S.C.: "Per il disposto dell'art. 1054 c.c. il quale riconosce al proprietario del fondo rimasto intercluso in conseguenza di alienazione a titolo oneroso o di divisione il diritto di ottenere coattivamente dall'altro contraente il passaggio senza corrispondere alcuna indennità, deve presumersi che la servitù di passaggio costituita con lo stesso atto di alienazione o di divisione o anche con atto successivo, che all'interclusione siano oggettivamente preordinati, abbia natura coattiva, con conseguente applicabilità alla medesima in caso di cessazione dell'interclusione della causa estintiva di cui all'art. 1055 c.c. , all'art. 1055 c.c. , salvo che dal negozio costitutivo non emerga

13 APRILE 2019

*in concreto ed inequivocabilmente l'intento delle parti di assoggettarle al regime delle servitù volontarie" (Cass. 29 ottobre 1992 n. 11755).*

*Ne discende che, se è vero che le servitù volontarie sono convenzionali, nel senso che trovano la loro fonte nel contratto o nel testamento, non è esatta la proposizione inversa, cioè che tutte le servitù convenzionali si identificano con le servitù volontarie, giacché anche le servitù coattive possono essere costituite mediante contratto e non cessano, solo per questo, di essere coattive e di essere soggette al relativo regime giuridico. In tale ipotesi, le dette servitù sono pur sempre suscettibili di estinguersi ai sensi dell'art. 1055 c.c., per il venire meno dello stato di fatto che ne aveva reso necessaria, ex lege, la costituzione. (Cass. 6 marzo 1969 n. 732). A nulla rileva, peraltro, che le parti non abbiano previsto - come nel caso in esame - la corresponsione di un'indennità al proprietario del fondo servente, atteso che l'onerosità costituisce un carattere normale delle servitù coattive, ma non un elemento essenziale (Cass. 17 dicembre 1970 n. 2701). Di conseguenza la natura coattiva della servitù va riconosciuta quando sussistano nel caso concreto le condizioni di legge per la sua costituzione (interclusione del fondo ecc.), a prescindere dunque dal loro titolo.*

*Con il terzo viene denunciato il vizio di motivazione quanto alla circostanza dell'utilizzo o meno del diritto di passaggio da parte della resistente fra la stipula del rogito notarile del 1965 e l'introduzione del giudizio, avendo la corte di merito basato il proprio convincimento su scelte delle risultanze probatorie incongrue, quale la maggiore o minore attendibilità dei testi escussi di ciascuna parte.*

*Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione o falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. per avere la corte di merito confermato nel quantum la liquidazione delle spese del giudizio di primo grado, in Euro 17.740,46, per genericità della censura, mentre il risconto con le tariffe professionali andava operato d'ufficio dal giudice del gravame, integrando la loro violazione un errore di diritto.*

*L'accoglimento del secondo motivo di ricorso comporta l'assorbimento del terzo e del quarto, con i quali i ricorrenti lamentano il vizio di motivazione circa la natura coattiva o meno della accertata servitù, nonché l'erronea liquidazione delle spese processuali, dovendo essere rimessa al giudice del merito l'ulteriore indagine sulla natura del diritto reale.*

*Conclusivamente, va rigettato il primo ed il quinto motivo del ricorso, accolto il secondo, assorbiti il terzo ed il quarto, con cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvio della causa, anche per le spese di legittimità, ad altra sezione della Corte d'appello di Brescia, la quale si conformerà al principio di diritto sopra indicato.*

## **2.2. Servitù coattiva e litisconsorzio necessario: Cass. civ., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9685**

*Omissis...*

*Fatto*

*Con sentenza n. 52/2004 il Tribunale di Bassano del Grappa - adito da B.I., B.G. e B.D. nei confronti di Z.G. - costituì una servitù coattiva di passaggio a piedi e con mezzi agricoli su un fondo in (OMISSIS) appartenente al convenuto, a vantaggio di quello limitrofo di proprietà degli attori.*

*Impugnata dal soccombente, la decisione è stata confermata dalla Corte d'appello di Venezia, che con sentenza n. 1359/2009 ha rigettato il gravame. A tale pronuncia il giudice di secondo grado è pervenuto ritenendo tra l'altro (per quanto ancora rileva in questa sede): - la costituzione coattiva di servitù di passaggio può essere utilmente chiesta, come nella specie, nei confronti del proprietario di uno soltanto dei fondi da attraversare per raggiungere la via pubblica, ben potendosi agire separatamente nei confronti degli altri o concludere accordi con loro; - il diverso percorso indicato in alternativa dal consulente tecnico di ufficio è meno conveniente, a causa della maggiore lunghezza e del più elevato numero dei fondi da asservire.*

13 APRILE 2019

Z.G. ha proposto ricorso per cassazione, in base a tre motivi. B.I. si è costituito con controricorso. B. G. e B.D. non hanno svolto attività difensive nel giudizio di legittimità. Il ricorrente ha presentato una memoria.

*Diritto*

Con il primo motivo di ricorso Z.G. si duole del mancato accoglimento della propria eccezione di difetto di integrità del contraddittorio, che era stata da lui sollevata in base al rilievo che il proprio fondo non è l'unico interposto tra quello degli attori e la strada pubblica, essendovene altri i cui proprietari avrebbero dovuto essere chiamati a partecipare anch'essi al giudizio.

Nella giurisprudenza di legittimità la questione posta dal ricorrente ha avuto soluzioni divergenti. Inizialmente questa Corte si è univocamente orientata nel senso che "la costituzione della servitù di passaggio coattivo non è impedita dal fatto che il passaggio debba avvenire anche su fondi di altri proprietari, non presenti in giudizio, ben potendo l'attore provvedere nei loro confronti con domande separate e con accordi distinti, anteriori o successivi alla pretesa fatta valere in giudizio" (Cass. 15 giugno 1962 n. 1500, 12 giugno 1963 n. 1582, 29 ottobre 1964 n. 2671, 24 giugno 1965 n. 1324, 9 maggio 1966 n. 1182, 25 luglio 1969 n. 2825) e che quindi "la domanda di costituzione di una servitù di passaggio coattiva non determina la necessità della integrazione del contraddittorio nei confronti dei proprietari degli altri fondi sui quali dovrebbe ugualmente realizzarsi il passaggio;

la sentenza relativa non è inutiliter data in quanto a completamento del passaggio l'attore può nei confronti degli altri proporre domande separate o stipulare accordi distinti" (Cass. 28 giugno 1967 n. 1612, 11 giugno 1968 n. 1856, 11 luglio 1974 n. 2072, 17 marzo 1975 n. 1019, 7 dicembre 1976 n. 4558, 11 ottobre 1979 n. 5291, 21 luglio 1980 n. 4778, 8 gennaio 1981 n. 160, 25 maggio 1983 n. 3601, 9 giugno 1983 n. 3958, 16 novembre 1984 n. 5829).

A questo indirizzo non si sono invece attenute Cass. 14 luglio 1980 n. 4515 e 5 aprile 1984 n. 2205, secondo cui "la domanda diretta alla costituzione di servitù di passaggio coattivo, per il caso in cui la situazione di interclusione non sia avviabile mediante il transito su un solo fondo frapponentesi con la strada pubblica (vi siano o meno altri fondi contigui idonei al medesimo fine), ma richieda invece l'attraversamento di una pluralità di fondi, ubicati in consecuzione, deve essere proposta nei confronti di tutti i proprietari di detti ultimi fondi, in qualità di litisconsorti necessari, tenuto conto che la sentenza emessa nei confronti soltanto di uno di essi non produrrebbe alcun risultato pratico e non sarebbe suscettibile di esecuzione".

Investite del compito di comporre il contrasto che così era insorto, le sezioni unite hanno aderito alla tendenza minoritaria, decidendo che "l'azione per la costituzione di servitù di passaggio in favore del fondo intercluso (art. 1051 cod. civ.) deve essere promossa, nel caso in cui si frappongano più fondi rispetto all'accesso alla via pubblica, nei confronti di tutti i proprietari di tali altri fondi, in qualità di litisconsorti necessari, perchè attiene ad un rapporto unico ed inscindibile, alla stregua dell'inidoneità di una pronuncia, che accolga domanda proposta contro uno od alcuni soltanto di detti proprietari, al soddisfacimento dell'utilità per cui l'azione medesima è contemplata" (Cass. s.u. 3 febbraio 1989 n. 670 e n. 671).

A questo principio la successiva giurisprudenza di legittimità si è generalmente uniformata (Cass. 17 agosto 1990 n. 8349, 26 marzo 1993 n. 3644, 24 settembre 1994 n. 7848, 24 febbraio 1995 n. 2124, 29 gennaio 1996 n. 658, 30 marzo 1999 n. 3054, 4 febbraio 2003 n. 1612), ma talvolta se ne è discostata, ignorando la pronuncia delle sezioni unite e richiamando invece per saltum il precedente orientamento maggioritario (Cass. 1 ottobre 1997 n. 9565, 16 giugno 2000 n. 8192, 17 marzo 2006 n. 6069, 15 giugno 2011 n. 13101). Per tale ragione il ricorso in esame è stato assegnato alle sezioni unite, perchè di nuovo affrontino e risolvano la questione di cui si tratta.

Ritiene il collegio di dover ribadire che la domanda di costituzione coattiva di servitù di passaggio, come si era deciso con le citate Cass. s.u. 670 e 671/1998, deve essere contestualmente proposta nei confronti dei proprietari di tutti i fondi che sia necessario attraversare per il collegamento con la strada pubblica. E' nell'accesso a questa, infatti, che consiste l'oggetto del diritto riconosciuto dall'art. 1051 cod. civ. al proprietario del fondo intercluso: la servitù

13 APRILE 2019

risulterebbe monca rispetto alla previsione normativa, priva di effettiva utilità e insuscettibile di esercizio se non in via puramente emulativa, ove fosse costituita soltanto per un tratto del percorso occorrente, in attesa di una sua futura, solo eventuale e ipotetica integrazione giudiziale o convenzionale. Si tratterebbe del frammento di qualcosa che la disposizione citata configura come unitario e indivisibile, poichè soltanto nella sua interezza può svolgere la funzione che gli è propria.

La carenza di una domanda formulata con tali limiti, allora, appare attenersi non tanto al profilo soggettivo della integrità del contraddittorio, quanto piuttosto a quello oggettivo della congruità del petitum: non vi sono litisconsorti necessari pretermessi, poichè l'azione, come in concreto esercitata, non li riguarda; ciò che difetta, in realtà, è quella essenziale condizione dell'azione che consiste nella "possibilità giuridica" - ossia nella sia pure solo astratta corrispondenza della pretesa accampata in giudizio a una norma che le dia fondamento - poichè il bene della vita reclamato dall'attore non gli è accordato dall'ordinamento.

Ne consegue che in questi casi non deve essere disposta l'integrazione del contraddittorio, ma che la domanda va rigettata, perchè diretta a far valere un diritto inesistente.

Accolto pertanto il primo motivo di ricorso e restando assorbiti gli altri (con i quali viene lamentata la mancata pronuncia sul punto della dedotta non effettiva interclusione del fondo pretesamente dominante), la sentenza impugnata deve essere cassata e la causa può essere senz'altro decisa nel merito in questa sede, con pronuncia di rigetto della domanda: non sono infatti necessari ulteriori accertamenti di fatto, essendo incontrovertito che B.I., B.G. e B.D. non sono già titolari di servitù di passaggio, comunque costituite, sugli altri fondi che dovrebbero attraversare, oltre a quello appartenente a Z. G., per accedere alla strada pubblica.

Le spese dell'intero giudizio vengono compensate tra le parti per giusti motivi, ravvisabili nei contrasti di giurisprudenza di cui si detto.

**Segue: Cass. civ. sez. VI, 6 aprile 2016, n. 6622.**

Massima:

L'actio confessoria servitutis, nel caso in cui il fondo dominante o servente, od anche entrambi, appartengano pro indiviso a più proprietari, e l'azione sia diretta soltanto a far dichiarare, nei confronti di chi ne contesti o ne impedisca l'esercizio, l'esistenza della servitù o a conseguire la cessazione delle molestie, non dà luogo a litisconsorzio, né dal lato attivo né da quello passivo.

Di seguito la parte più rilevante della motivazione:

Come affermato più volte da questa Corte, l'actio confessoria o negatoria servitutis, nel caso in cui il fondo dominante o servente, od anche entrambi, appartengano pro indiviso a più proprietari, comporta un litisconsorzio necessario tra tutti i comproprietari quando non si risolve in un mero accertamento, bensì sia diretta anche ad una modificazione della cosa comune, mediante la demolizione di manufatti o di costruzioni comuni, che non può essere disposta od attuata pro quota, in assenza di uno dei contitolari del diritto dominicale. Per contro, ove il fondo dominante o quello servente o entrambi appartengano pro indiviso a più proprietari e l'azione sia diretta soltanto a far dichiarare, nei confronti di chi ne contesti o ne impedisca l'esercizio, l'esistenza della servitù o a conseguire la cessazione delle molestie, non v'è luogo a litisconsorzio necessario, nè dal lato attivo nè da quello passivo (Cass. nn. 8261/02, 3156/98, 2449/81, 202/79, 5030/77 e 2597/67).

Nella specie, è ovvio che la servitù, al pari di qualsivoglia altro diritto, sorga per effetto di un titolo derivativo od originario il quale, per ciò stesso, la costituisce, ma non per questo la sentenza che ne accerti l'esistenza è essa stessa costitutiva, come invece avviene nelle ipotesi di servitù coattive disposte (non per contratto ma) con sentenza.

5. - Pertanto, si propone la decisione del ricorso con le forme camerali, nei sensi di cui sopra, in base all'art. 375 c.p.c., n. 5".

13 APRILE 2019

2. - La Corte preliminarmente rileva l'infondatezza dell'eccezione d'inammissibilità del ricorso per intervenuta estinzione del processo, sollevata dalla parte controricorrente in considerazione del fatto che il ricorso per cassazione è stato notificato decorso il termine di sei mesi fissato dalla Corte d'appello per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice di primo grado.

Infatti, in caso di rimessione della causa dal giudice di appello a quello di primo grado per l'integrazione del contraddittorio, il termine di sei mesi per la riassunzione del processo decorre, ancorchè sia stato diversamente disposto dal giudice, dalla notificazione della sentenza, come disposto dall'art. 353 c.p.c., richiamato dal successivo art. 354, poichè la notificazione è un atto formale che non ammette equipollenti, quali la comunicazione della sentenza stessa, nè il giudice può abbreviare i termini perentori fissati dalla legge, in violazione dell'art. 153 c.p.c.. In ogni caso la parte onerata della riassunzione deve provvedervi comunque entro il termine generale di un anno dalla pubblicazione della sentenza, a pena di estinzione del processo, in applicazione dell'art. 327 c.p.c., non essendo ipotizzabile che la riassunzione possa avvenire senza prefissati limiti temporali e dovendo coordinarsi l'onere di riassunzione in modo che il termine per provvedervi non scada prima del termine per il ricorso per cassazione, il quale ha un effetto interruttivo sul predetto onere (Cass. nn. 13160/07, 8437/97, 8370/93 e 2250/72).

Nella specie, premesso che i termini di sei mesi ex art. 353 c.p.c., comma 2, e di un anno ai sensi dell'art. 327 c.p.c., comma 1, rimangono applicabili (trattandosi di processo instaurato in primo grado prima dell'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009: art. 58 stessa legge), va osservato che la sentenza d'appello non risulta essere stata impugnata (non lo deduce nessuna delle due parti). Con la conseguenza che la riassunzione davanti al giudice di primo grado sarebbe dovuta avvenire nel medesimo termine ordinario per ricorrere per cassazione, e che la proposizione di quest'ultimo mezzo ha prodotto l'interruzione del termine di riassunzione, come previsto dall'art. 353 c.p.c., comma 3, richiamato dall'art. 354 c.p.c., comma 3.

### 2.3. Contratto costitutivo di servitù e contratto con effetti obbligatori. **Rinvio alla lezione.**

### 2.4. Servitù di parcheggio: **Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2014, n. 23708**

#### Diritto

Con il primo motivo la società ricorrente deduce sostanzialmente che i giudici di merito hanno riconosciuto a favore della attrice una servitù di parcheggio che, invece, secondo la costante giurisprudenza di questa S.C. non è configurabile.

La doglianza è fondata.

Questa S.C., infatti, ha anche di recente avuto occasione di affermare che il parcheggio di autovetture costituisce manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, del quale difetta la realitas, intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità, così come al fondo servente del peso (sent. 7 marzo 2013 n. 5760), mentre la mera commoditas di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedano al fondo (anche numericamente limitate) non può in alcun modo integrare gli estremi della utilità inerente al fondo stesso, risolvendosi, viceversa, in un vantaggio affatto personale dei proprietari (sent. 28 aprile 2004 n. 8137). Ne consegue che sia che si voglia ritenere che nella specie non rileva accertare se la Corte di appello nella sua confusa motivazione ha inteso affermare che le parti con il contratto in data 21 agosto 1990 avevano dato vita ad un riconoscimento di una servitù già esistente oppure che avevano costituito una servitù a favore di terzo, essendo in entrambi i casi nulla la volontà negoziale per impossibilità dell'oggetto.

Tale nullità, poi, poteva essere dedotta per la prima volta anche in questa sede ai sensi dell'art. 1421 cod. civ..

Vengono ad essere assorbiti il secondo ed il terzo motivo, con i quali la società ricorrente censura la motivazione con la quale la Corte di appello ha ritenuto che nella specie le parti, nel citato contratto del 21 agosto 1990 avevano inteso riconoscere una servitù già esistente oppure costituire una servitù a favore di terzo (come già osservato non si comprende a quale delle due

13 APRILE 2019

*possibilità i giudici di secondo grado abbiano inteso riferirsi. In considerazione della nullità per impossibilità dell'oggetto dell'atto di riconoscimento o di costituzione di servitù, non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito, questa S.C., ritiene di poter decidere la causa nel merito con il rigetto della domanda.*

*In considerazione del fatto che, da un lato, la nullità di cui sopra risulta dedotta per la prima volta in questa sede e non è stata rilevata di ufficio nei precedenti gradi di giudizio, ritiene il collegio di compensare le spese dell'intero giudizio.*

*Omissis...*

**Segue. Cass. civ., sez. II, 06 luglio 2017, n. 16698.**

*Omissis...*

**Fatto**

*1. Nel 2004 la società Fin-Eco Leasing s.p.a., proprietaria dell'immobile sito in (OMISSIS), facente parte di edificio condominiale, convenne in giudizio G.L.M., D.D. e D.F., proprietari di immobile confinante, per ottenere la rimozione della scala da costoro costruita a ridosso del muro condominiale, e in violazione delle distanze legali dalle finestre dell'immobile di essa attrice, nonchè per l'accertamento della servitù di passaggio pedonale e carraio attraverso i portoni di accesso posti su Via (OMISSIS) e su Via (OMISSIS) e della servitù di parcheggio sull'area scoperta di proprietà dei convenuti, con conseguente condanna dei predetti a mantenere aperti i cancelli di accesso per tutto il giorno e a cessare ogni attività di turbativa e impedimento all'esercizio della servitù di parcheggio, oltre al risarcimento dei danni derivati dall'impedimento al parcheggio.*

*2. I convenuti chiesero il rigetto delle domande, assumendo che la scala esisteva da epoca precedente all'acquisto dell'immobile da parte della società attrice ed era stata temporaneamente spostata e poi riposizionata nell'originario sito nel 2002. Con riferimento alle servitù di passaggio carraio e di parcheggio, i convenuti addussero che con l'atto 16 febbraio 1975, con il quale l'originaria unica proprietaria G. aveva venduto l'immobile all'Associazione Artigiani di (OMISSIS), dante causa di Fin-Eco, era stato costituito il diritto di servitù di passaggio soltanto pedonale dal lato prospiciente Via (OMISSIS) e dal lato prospiciente Via (OMISSIS), mentre sia il diritto di passaggio carraio sia il diritto di parcheggiare sull'area rimasta in proprietà G. erano previsti a titolo personale. Quanto all'esercizio della servitù di passaggio pedonale, i convenuti addussero che la società attrice era in possesso delle chiavi di apertura dei cancelli.*

*3. Il Tribunale di Venezia - sezione distaccata di Dolo, con sentenza n. 62 del 2008, condannò la sig.ra G. alla demolizione della scala esterna; accertò l'esistenza di servitù di passaggio pedonale da Via (OMISSIS), di servitù di passaggio pedonale e carraio da Via (OMISSIS) e di servitù di parcheggio sull'area scoperta posta al lato sud per la lunghezza di metri 27,50 a carico del fondo di proprietà G. e a favore del fondo di proprietà Fin-Eco; condannò i convenuti a consentire l'esercizio delle servitù di passaggio, obbligandoli alla consegna delle chiavi, nonchè di apposito telecomando in ipotesi di installazione di sistema di apertura automatica a distanza che avrebbe dovuto esser corredata dalla installazione di citofono, e infine a cessare ogni turbativa all'esercizio della servitù di parcheggio, con l'onere delle spese di lite.*

*4. I sigg. G. - D. proposero appello. La società Fin-Eco Leasing s.p.a. si costituì chiedendo di essere estromessa dal giudizio per avere ceduto la proprietà, e propose appello incidentale per l'accoglimento della domanda risarcitoria. Intervenne I Coralli s.r.l., resasi acquirente dell'immobile da Fin-Eco con atto 26 novembre 2009, che chiese l'estromissione dalla dante causa dal giudizio e formulò a sua volta appello incidentale per il risarcimento dei danni.*

*5. La Corte d'appello di Venezia, con sentenza depositata in data 8 novembre 2012, ha parzialmente accolto l'appello principale, e per l'effetto ha rigettato la domanda di condanna dei convenuti G. - D. a mantenere aperti di giorno i cancelli d'accesso posti su Via (OMISSIS) e su Via (OMISSIS) nonchè la domanda di condanna dei medesimi convenuti a cessare da ogni turbativa o impedimento all'esercizio della servitù di parcheggio.*

13 APRILE 2019

5.1. Rigettata l'istanza di estromissione di Fin-Eco Leasing s.p.a. per mancata adesione della controparte, la Corte territoriale ha escluso l'esistenza della servitù per destinazione del padre di famiglia, eccettata dai convenuti quale titolo legittimante la permanenza della scala, sul rilievo che il manufatto realizzato da costoro era differente dal progetto del 1972, sulla cui base sarebbe stato costruito nel 1975.

5.2. Fondato era invece il motivo di appello con cui i convenuti contestavano l'esistenza di servitù di passaggio carraio e di parcheggio a favore del fondo dell'attrice, trattandosi di diritti personali costituiti dall'originaria proprietaria a favore dell'acquirente Associazione Artigiani di Dolo nell'atto di compravendita del 1975. Secondo la Corte d'appello, che ha richiamato sul punto Cassazione n. 1551 del 2009, il parcheggio dell'auto non rientra nello schema del diritto di servitù per difetto di realtà, cioè di inerenza dell'utilità al fondo dominante e del peso al fondo servente, in quanto la comodità di parcheggiare l'auto per le specifiche persone che accedono al fondo si traduce in un vantaggio personale dei proprietari.

5.3. Era fondato anche il motivo di appello riguardante la condanna dei convenuti a mantenere aperti i cancelli di giorno, essendo facoltà del proprietario del fondo servente la chiusura del fondo, con il solo limite di non impedire l'esercizio della servitù di passaggio, e nella specie risultava che l'attrice era in possesso delle chiavi dei portoni di accesso pedonale.

6. Per la cassazione della sentenza I Coralli s.r.l. ha proposto ricorso iscritto al n. di R.G. 336/2014, sulla base di due motivi. Ha resistito D.D., in proprio e in qualità di erede di G.L.M., proponendo ricorso incidentale affidato ad un motivo, al quale resiste con controricorso la società I Coralli. Non hanno svolto difese Fin-Eco Leasing s.p.a. e D.F.. D.D. ha proposto autonomo ricorso iscritto al n. R.G. 516/2014, affidato a due motivi, al quale resistono con autonomi atti di controricorso la società I Coralli e Filippo D.. Non ha svolto difese Fin-Eco Leasing D ricorrente ha depositato memoria in prossimità dell'udienza.

## **Diritto**

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Preliminarmente si deve procedere alla riunione dei ricorsi, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto aventi ad oggetto la medesima sentenza.

1.1. Si deve inoltre fare applicazione del principio di unità dell'impugnazione, secondo il quale l'impugnazione proposta per prima determina la pendenza dell'unico processo nel quale sono destinate a confluire, sotto pena di decadenza, per essere decise simultaneamente, tutte le eventuali impugnazioni successive della stessa sentenza, che hanno sempre carattere incidentale, e possono convertirsi in altrettanti ricorsi incidentali se la relativa notificazione non ecceda il termine di quaranta giorni da quello dell'impugnazione principale (ex plurimis, Cass. Sez. U 25/06/2002, n. 9232).

Nel caso in esame, in base al criterio cronologico della priorità della notificazione, il ricorso principale è quello proposto da Diego D. con atto notificato alle controparti in data 23 dicembre 2013 (R.G. n. 519/2014). Il ricorso proposto dalla società I Coralli s.r.l. (R.G. n. 336/2014), notificato alle controparti il 2 gennaio 2014, si converte in ricorso incidentale, sussistendo il requisito temporale sopra indicato, mentre deve essere dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto da D.D. nel giudizio R.G. n. 336/2014, in applicazione del principio di consumazione del potere di impugnazione, avendo la stessa parte già esercitato validamente il suo diritto di critica della sentenza d'appello (ex plurimis e da ultimo, Cass. 29/11/2016, n. 24332).

1.2. Ancora in via preliminare si deve rilevare l'irritualità della costituzione dei nuovi difensori della società I Coralli s.r.l.

La procura non è stata rilasciata nelle forme previste dall'art. 83 c.p.c., comma 2 e non trova applicazione al presente giudizio la disposizione contenuta nell'art. 83 c.p.c., comma 3, che prevede la possibilità di conferire la procura alle liti in calce o a margine della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione di quello originariamente designato. Tale disposizione, introdotta dalla L. n. 69 del 2009, art. 45, comma 9, lett. a), è applicabile, ai sensi

13 APRILE 2019

dell'art. 58 della stessa legge, soltanto ai giudizi iniziati dopo la sua entrata in vigore, vale a dire dopo il 4 luglio 2009 (ex plurimis, Cass. 26/03/2010, n. 7241).

1.3. Deve essere rigettata, infine, l'eccezione di inammissibilità dei documenti prodotti dal ricorrente principale D.D. concernenti la legittimazione processuale del medesimo a proporre il ricorso, in qualità di erede della madre G.L.M., trattandosi di produzione consentita ai sensi dell'art. 372 c.p.c..

2. Nel merito, il ricorso principale proposto da D.D. è infondato.

2.1. Con due motivi unitariamente strutturati è denunciato omesso esame di fatti decisivi per il giudizio oggetto di discussione, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 115, 116 c.p.c., 1027, 1062, 1069 c.c..

Il ricorrente contesta che la Corte d'appello ha escluso la corrispondenza tra la scala esterna preesistente rimossa nel 1986 e la scala costruita nel 2002, nonostante tale corrispondenza fosse stata avallata dalla stessa controparte, ed ha fondato tale giudizio sulla comparazione tra la planimetria progettuale del 1972 e la planimetria redatta dal CTU, senza ammettere i testi indicati specificamente sulla circostanza relativa alla riferita corrispondenza. In ogni caso, secondo il ricorrente, la rilevata differenza di forma tra il manufatto preesistente e quello attuale non giustificherebbe la negazione della esistenza della servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia, attesa l'identità dell'originario contenuto dell'opera, della sua destinazione e la conservazione dell'apertura sul muro, in funzione proprio della costruzione della scala.

2.2. La complessa doglianza è in parte infondata e in parte inammissibile.

2.3. Ribadito che il principio di non contestazione vale per i soli fatti e non per la sussunzione dei fatti nelle norme (ex plurimis, Cass. 10/04/2013, n. 8764), dall'esame degli stralci di atti difensivi riportati nel ricorso in ossequio al principio di autosufficienza non emergono elementi a sostegno della asserita non contestazione, da parte della società attrice, dei fatti posti alla base dell'eccezione riconvenzionale con cui i convenuti G. - D. avevano allegato l'esistenza della servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia.

2.4. In ogni caso, il fatto storico della presenza di una scala negli anni precedenti al 1975 e fino al 1986 non è stato ritenuto sufficiente a legittimare la nuova costruzione, realizzata nel 2002, donde la non decisività della doglianza.

La Corte d'appello ha rilevato, infatti, che la scala realizzata nel 2002 risultava differente - per dimensioni e posizionamento da quella indicata nel progetto del 1972, sulla cui base sarebbe stata costruita la "prima" scala in epoca antecedente al 1975, e non ha ammesso la prova testimoniale articolata dai convenuti, ritenendola priva di rilevanza, giacché i testi avrebbero dovuto confermare che preesisteva al 1975 una scala corrispondente a quella indicata nel progetto del 1972. La circostanza era in effetti ininfluenza ai fini della decisione: una volta che era stata esclusa la corrispondenza per forma e posizionamento tra il manufatto asseritamente preesistente al 1975 e quello attuale, non poteva trovare accoglimento la tesi della esistenza di servitù di passaggio per destinazione del padre di famiglia, costituita in epoca antecedente al 1975, esercitata fino al 1986, rimasta quiescente nel periodo dal 1986 al 2002, e quindi nuovamente esercitata dal 2002.

2.5. Quanto all'esito della comparazione tra il manufatto di cui al progetto nel 1972 e quello del 2002, si tratta di apprezzamento delle risultanze processuali di contenuto valutativo, in quanto tale sottratto all'operatività del principio di non contestazione, e di spettanza esclusiva del giudice del merito, che può essere sindacato nei limiti del vizio di motivazione.

Non risultano pertanto conferenti i richiami agli artt. 115 e 116 c.p.c.. La violazione dell'art. 115 c.p.c., può essere dedotta come vizio di legittimità solo denunciando che il giudice ha dichiarato espressamente di non dover osservare la regola contenuta nella norma, ovvero ha giudicato sulla base di prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli, e non anche che il medesimo, nel valutare le prove proposte dalle parti, ha attribuito maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre. E la violazione dell'art. 116 cod. proc. civ. (norma che sancisce il principio della libera valutazione delle prove, salva diversa previsione legale) è idonea ad integrare il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 4, solo quando

13 APRILE 2019

*il giudice di merito disattenda tale principio in assenza di una deroga normativamente prevista, ovvero, all'opposto, valuti secondo prudente apprezzamento una prova o risultanza probatoria soggetta ad un diverso regime (ex plurimis, Cass. 10/06/206, n. 11892).*

*La doglianza qui prospettata non è sussumibile nel paradigma della violazione delle norme che regolano la valutazione della prova, mentre attinge al contenuto dell'apprezzamento in fatto compiuto dal giudice di merito, che risulta congruamente motivato all'esito dell'esame del materiale probatorio, e quindi sfugge al sindacato di questa Corte.*

*3. Il ricorso incidentale proposto dalla società I Coralli è, invece, fondato.*

*3.1. Con l'unico motivo la ricorrente incidentale denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1027 c.c. e contesta che la Corte d'appello abbia ritenuto di carattere personale il diritto di parcheggio sull'area scoperta di proprietà G. - D. - previsto nel contratto 16 febbraio 1975 con cui la sig.ra G. aveva venduto parte dell'immobile all'Associazione Artigiani di (OMISSIS) - e il diritto di passaggio carraio, strumentale al parcheggio. Si invoca, inoltre, dalla società I Coralli il giudicato riguardante l'esistenza delle indicate servitù, che si sarebbe formato sulla sentenza della Corte d'appello di Venezia n. 147 del 2001, confermata da Cassazione n. 20566/2016, nel giudizio tra D.D. e lo Studio Legale Fortunati e Associati.*

*3.2. L'eccezione di giudicato esterno, che deve essere esaminata con priorità perchè potenzialmente idonea a precludere l'esame della questione di merito, è infondata.*

*Il giudizio definito con la pronuncia divenuta irretrattabile ha riguardato parti diverse ed ha avuto oggetto il riconoscimento di una situazione possessoria, rispetto alla quale l'odierna società ricorrente è terza.*

*Secondo il consolidato orientamento di questa Corte Suprema, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato non estende i suoi effetti e non è vincolante rispetto ai terzi ma, quale affermazione obiettiva di verità, è ugualmente idoneo a spiegare efficacia riflessa anche nei confronti di soggetti estranei al rapporto processuale, semprechè il terzo non sia titolare di un rapporto autonomo ed indipendente rispetto a quello in ordine al quale il giudicato interviene, non essendo ammissibile, in tale evenienza, che egli, salvo diversa ed espressa indicazione normativa (obbligazioni solidali), ne possa ricevere pregiudizio giuridico o possa avvalersene a fondamento della sua pretesa (ex plurimis, Cass. 02/12/2015, n. 24558).*

*3.3. Risulta fondata, invece, la doglianza con cui la società ricorrente lamenta che la Corte d'appello ha rigettato la domanda escludendo in via di principio la configurabilità della servitù di parcheggio.*

*L'affermazione della Corte territoriale è mutuata dall'indirizzo largamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità (tra le molte, Cass. 06/11/2014, n. 23708; Cass. 13/09/2012, n. 15334; Cass. 07/03/2013, n. 5769; Cass. 22/09/2009, n. 20409; Cass. 21/01/2009, n. 1551; Cass. 28/04/2004, n. 8137; Cass. 22/10/1997, n. 10370), secondo il quale il diritto di parcheggiare l'auto si risolverebbe sempre in mera commoditas del proprietario del fondo, difettando la realtà, intesa come inerenza dell'utilità al fondo dominante dell'utilità e del corrispondente peso al fondo servente.*

*E' perfino ovvio osservare che ciascuno dei precedenti numerosi ed autorevoli ha riguardato un caso concreto, con le sue peculiarità, e che pertanto il principio richiamato dalla Corte d'appello è stato affermato da questa Corte in esito alla disamina delle pattuizioni di volta in volta oggetto di contestazione, mentre la sentenza qui impugnata è totalmente priva di riferimenti al contratto di compravendita del 1975 e alla specifica clausola con cui l'originaria unica proprietaria concesse il diritto di parcheggiare unitamente al trasferimento della proprietà su una parte dell'edificio. Tale rilievo non è però risolutivo, sotto il profilo della decisività, se non supportato dalle ragioni che inducono a ritenere non condivisibile, nella sua assolutezza, l'affermazione che nega la configurabilità della servitù di parcheggio.*

**3.4. Sul piano dei principi generali, lo schema legale della servitù - peso imposto ad un fondo per l'utilità di un altro fondo (art. 1027 c.c.) - lascia ampio margine all'autonomia privata di stabilire, ovviamente nelle servitù volontarie, il contenuto del "vantaggio" per il fondo**

13 APRILE 2019

**dominante, cui corrisponda il peso a carico del fondo servente. La cosiddetta utilitas per il fondo dominante (cui deve corrispondere il peso per il fondo servente) può avere in effetti contenuto assai vario, come dimostra la previsione del legislatore, che indica la maggiore comodità o amenità del fondo dominante, o l'inerenza alla destinazione industriale del fondo (art. 1028 c.c.).**

*Si deve pertanto ritenere che la tipicità delle servitù volontarie sia di carattere strutturale, non contenutistico, ed è sul piano della conformazione che si deve verificare la possibilità di costituire la servitù di parcheggio.*

*Oltre al requisito dell'appartenenza dei fondi servente e dominante a soggetti diversi, il diritto di servitù esige che l'asservimento sia volto a procurare una utilità che deve essere inerente al fondo cosiddetto dominante, così come il peso deve essere inerente al fondo cosiddetto servente. La servitù prediale - che nel nostro ordinamento può costituirsi anche con l'apposizione di un termine finale (servitù temporanea) - si distingue dall'obbligazione meramente personale, essendo requisito essenziale della servitù la imposizione di un peso su di un fondo (servente) per l'utilità ovvero per la maggiore comodità o amenità di un altro (dominante) in una relazione di asservimento del primo al secondo che si configura come una qualitas inseparabile di entrambi, mentre si versa nell'ipotesi del semplice obbligo personale quando il diritto attribuito sia stato previsto esclusivamente per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo e senza alcuna funzione di utilità fondiaria (Cass. 29/08/1991, n. 9232).*

*La realitas, che distingue il ius in re aliena dal diritto personale di godimento, implica dunque l'esistenza di un legame strumentale ed oggettivo, diretto ed immediato, tra il peso imposto al fondo servente ed il godimento del fondo dominante, nella sua concreta destinazione e conformazione, al fine di incrementarne l'utilizzazione, sì che l'incremento di utilizzazione deve poter essere conseguito da chiunque sia proprietario del fondo dominante e non essere legato ad una attività personale del soggetto. In questa prospettiva, il carattere della realtà non può essere escluso per il parcheggio dell'auto sul fondo altrui quando tale facoltà sia costruita come vantaggio a favore del fondo, per la sua migliore utilizzazione: è il caso del fondo a destinazione abitativa, il cui utilizzo è innegabilmente incrementato dalla possibilità, per chi sia proprietario, di parcheggiare l'auto nelle vicinanze dell'abitazione.*

*3.5. Quanto detto non è peraltro ancora sufficiente a individuare la servitù di parcheggio distinguendola dal diritto personale di godimento, **poichè occorre guardare anche al fondo servente, il cui utilizzo non può mai risultare del tutto inibito.***

*Posto, infatti, che la servitù consiste nella conformazione del diritto di proprietà in modo divergente dallo statuto legale, essa non è compatibile con lo svuotamento delle facoltà del proprietario del fondo servente, **al quale deve residuare la possibilità di utilizzare il fondo, pur con le restrizioni e limitazioni che discendono dal vantaggio concesso al fondo dominante.***

*Detto in altre parole, l'asservimento del fondo servente deve essere tale da non esaurire ogni risorsa ovvero ogni utilità che il fondo servente può dare e il proprietario deve poter continuare a fare ogni e qualsiasi uso del fondo che non confligga con l'utilitas concessa. Diversamente si è fuori dallo schema tipico della servitù.*

***4. La questione si pone quindi non già in termini di configurabilità in astratto della servitù di parcheggio, ma di previsione, in concreto, di un vantaggio a favore di un fondo cui corrisponda una limitazione a carico di un altro fondo, come rimodulazione dello statuto proprietario, a carattere tendenzialmente perpetuo.***

*E' evidente, allora, che la verifica se ci si trovi in presenza di servitù di parcheggio o di diritto personale impone l'esame del titolo e della situazione in concreto sottoposta al giudizio, al fine di stabilire se sussistano i requisiti del ius in re aliena, e specificamente: l'altruità della cosa, l'assolutezza, l'immediatezza (non necessità dell'altrui collaborazione, ai sensi dell'art. 1064 c.c.), l'inerenza al fondo servente (diritto opponibile a tutti coloro che vantino diritti sul fondo servente potenzialmente in conflitto con la servitù), l'inerenza al fondo dominante (l'utilizzo del parcheggio deve essere, nel contempo, godimento della proprietà del fondo dominante, secondo la sua*

13 APRILE 2019

destinazione), la specificità dell'utilità riservata, la localizzazione intesa quale individuazione del luogo di esercizio della servitù.

5. Così enucleato il principio di diritto secondo cui lo schema normativo previsto dall'art. 1027 c.c., non preclude la costituzione di servitù avente ad oggetto il parcheggio, la sentenza impugnata, che ha pretermesso ogni verifica in concreto, deve essere cassata con rinvio per un nuovo esame della questione relativa all'accertamento dell'esistenza di servitù di parcheggio. Il giudice del rinvio, designato in dispositivo, provvederà anche a regolare le spese del presente giudizio. Sussistono i presupposti per il raddoppio del contributo unificato a carico di D.D., con riferimento ad entrambi i ricorsi dal medesimo proposti, attesa la finalità contributiva della norma di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater.

**PQM**

*P.Q.M.*

La Corte, riuniti i giudizi, accoglie il ricorso incidentale proposto da I Coralli s.r.l., rigetta il ricorso principale proposto da Diego D., in proprio e quale erede di G.L.M., dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto da D.D., cassa e rinvia, anche per le spese del presente giudizio, alla Corte d'appello di Venezia, in diversa sezione.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente D., dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per entrambi i ricorsi, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

*Omissis..*