

Civile Ord. Sez. 2 Num. 22579 Anno 2020

Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Relatore: DONGIACOMO GIUSEPPE

Data pubblicazione: 16/10/2020

### ORDINANZA

sul ricorso 6726-2016 proposto da:

PETRONE <sup>ANTIMO\*</sup> ANGELO e PETRONE ROSANGELA, rappresentati e difesi dall'Avvocato PASQUALE CABATO, presso il cui studio a Frattamaggiore, corso Durante 133, elettivamente domiciliario per procura speciale a margine del ricorso;

- *ricorrenti* -

*contro*

PETRONE LUDOVICO;

- *intimato* -

avverso la sentenza n. 795/2015 della CORTE D'APPELLO DI NAPOLI, depositata il 16/2/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 16/7/2020 dal Consigliere GIUSEPPE DONGIACOMO.

### FATTI DI CAUSA

Antimo Petrone e Rosangela Petrone, in qualità di comproprietari del fondo in S. Antimo, corso Italia 91/D, originariamente censito in Catasto al f. 6, p.lla 1356, con atto

*Handwritten signature*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

02  
1486/20

*Handwritten mark*

di citazione notificato in data 7/6/2001, hanno convenuto in giudizio, innanzi al tribunale di Napoli, Ludovico Petrone, proprietario del fondo confinante, censito in Catasto al f. 6, p.lla 1358.

Gli attori hanno dedotto che: - con atto di divisione del 12/4/1977, i germani Mario, Enrico e Nicola avevano costituito, a favore ed a carico dei fondi predetti, dei quali erano diventati proprietari a seguito di scioglimento di comunione ereditaria, una servitù di passaggio, notturna e diurna, pedonale e carrabile, su una striscia di terreno della lunghezza di ml. 230,00; - il convenuto aveva installato, sul tratto di sedime destinato all'esercizio della servitù di transito, tre pali di consistente diametro e altezza, seguiti da una rete che occupava quasi tutta l'estensione longitudinale della particella, fino al confine ovest; - tali opere impedivano il pieno e legittimo utilizzo dell'area nonché l'esercizio della servitù nonché la manovra degli automezzi in entrata ed in uscita, in violazione di quanto previsto nell'indicato atto di divisione e, con riferimento ai pali, delle norme in tema di distanze legali dal confine e tra le costruzioni esistenti nei rispettivi fondi.

Gli attori, quindi, hanno chiesto, in via principale, la dichiarazione di esistenza della servitù e la condanna del convenuto alla rimozione di tutti i manufatti installati sull'area destinata all'esercizio della servitù, ed, in via gradata, la condanna del convenuto alla rimozione dei pali per la violazione delle norme in materia di distanze.

Il convenuto si è costituito in giudizio ed ha dedotto che: - la recinzione additata dagli attori esisteva da tempo immemorabile e, comunque, da oltre un ventennio, avendo solo provveduto alla sostituzione di tre paletti; - la servitù sull'area contraddistinta dal f. 6, p.lla 1358, non era mai stata



esercitata; - le opere indicate in citazione (tre pali e recinzione) non erano qualificabili come una costruzione e non erano dunque tenute al rispetto delle norme sulle distanze legali.

Il convenuto, quindi, in via riconvenzionale, ha chiesto che fosse accertata e dichiarata l'estinzione, ai sensi dell'art. 1073 c.c., della servitù di passaggio.

Il tribunale, con sentenza del 21/2/2007, ha rigettato le domande proposte dagli attori ed ha accolto la domanda riconvenzionale del convenuto, dichiarando estinta per prescrizione conseguente al non uso ventennale la servitù di passaggio costituita con l'atto di divisione del 14/4/1977, relativamente all'area censita in catasto al f. 6, p.lla 1358.

Gli attori hanno proposto appello avverso tale sentenza, chiedendone l'integrale riforma.

L'appellato ha resistito al gravame, deducendone l'infondatezza, ed ha proposto, a sua volta, appello incidentale per ottenere la riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui il tribunale aveva integralmente compensato tra le parti le spese di lite.

La corte d'appello, con la sentenza in epigrafe, ha rigettato l'appello principale ed ha accolto l'appello incidentale e, per l'effetto, in parziale riforma della decisione impugnata, ha condannato gli appellanti al pagamento delle spese del giudizio di primo grado nonché, in ragione della soccombenza degli stessi, al rimborso delle ulteriori spese del grado d'appello, che, d'ufficio, in mancanza di nota, ha liquidato, tanto per il primo grado, quanto per il giudizio d'appello, in base a quanto stabilito dal d.m. n. 55 del 2014.

La corte, in particolare, per quanto ancora rileva, ha esaminato, innanzitutto, il motivo con il quale gli appellanti avevano censurato l'errore commesso dal tribunale per aver



ritenuto assolutamente imprescindibile l'esistenza di un viottolo in terra battuta sul quale si sarebbe dovuto esercitare il diritto reale in questione, laddove, in realtà, nell'atto costitutivo della servitù manca qualsiasi riferimento allo stesso, trattandosi di servitù non apparente, con la conseguente irrilevanza, ai fini del decidere, della presenza o meno del viottolo stesso, e ne ha ritenuto l'infondatezza.

La corte, al riguardo, dopo aver evidenziato che *"non convince l'affermazione circa il carattere non apparente della servitù in questione, che ricorre senz'altro allorquando venga esercitata attraverso un sentiero"*, ha ritenuto che, nel caso di specie, *"nulla di strano se, ..., trattandosi di servitù pedonale e carrabile da esercitarsi su di una fascia di terreno agricolo della larghezza di sei metri, il naturale calpestio e l'accesso dei veicoli abbiano potuto, come sarebbe stato lecito aspettarsi, compattare il terreno in modo tale da rendere evidente la destinazione a passaggio di auto e di persone"*.

Del resto, ha proseguito la corte, il tema del viottolo è stato postulato in primo grado dagli stessi attori, a sostegno della rivendicata servitù, piuttosto che dal convenuto, come si evince, tra l'altro, dalle dichiarazioni dagli stessi rese in sede di interrogatorio formale e da quelle rese da due testimoni. In definitiva, ha osservato la corte, la sostenuta irrilevanza dell'esistenza del viottolo contrasta con la tesi propugnata dagli appellanti in primo grado, e presuppone invariabilmente la falsità delle deposizioni testimoniali che l'hanno invece attestata.

Il tribunale, pertanto, ha concluso la corte, *"correttamente"* ha ritenuto, sulla scorta di tutte le prove orali valutate nel suo insieme, che *"tale vialetto in terra battuta non fosse mai esistito"* e che il diritto di servitù si fosse prescritto.



La corte, quindi, ha esaminato il motivo con il quale gli appellanti hanno lamentato l'errata preponderanza attribuita dal tribunale alla valutazione della deposizione del teste Nicola Petrone, sia perché incapace, in quanto portatore di un interesse legittimante la sua partecipazione al giudizio, sia perché sfornito delle qualità che ne avrebbero giustificato l'escussione ai sensi dell'art. 257 c.p.c., risultando in ogni caso inattendibile la sua affermazione circa l'inesistenza del viottolo, e ne ha ritenuto l'infondatezza.

La corte, al riguardo, ha evidenziato che il teste in parola non era portatore di alcun interesse, giuridico o di fatto, che legittimasse la sua partecipazione al giudizio in veste di parte. Il teste, del resto, sarebbe stato portatore di un interesse pratico coincidente e non in antitesi con quello degli attori, traendo giovamento, per sé e per i suoi discendenti, dall'accoglimento della domanda. Inoltre, ha aggiunto la corte, la nullità della deposizione testimoniale resa da persona incapace deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, anche quando l'incapacità sia stata eccepita prima dell'assunzione, atteso che le disposizioni limitative della capacità dei testi a deporre, non costituendo norme di ordine pubblico, sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti che possono pertanto del tutto legittimamente rinunciare anche tacitamente alla relativa eccezione, facendo acquiescenza al provvedimento di rigetto dell'eccezione come nel caso in cui la stessa non sia riproposta in sede di precisazione delle conclusioni. Il tribunale, del resto, ha proseguito la corte, si è avvalso della facoltà di escutere il teste in questione come teste di riferimento, ai sensi dell'art. 257 c.p.c., avendo gli altri testimoni e pure gli attori fatto esplicita menzione all'affittuario



dei due fondi: ed il giudice, ha osservato la corte, può disporre l'audizione di persone alle quali abbia fatto riferimento qualcuno dei testi escussi, indipendentemente dalla circostanza che la parte abbia avuto o no la possibilità di indicarle, e l'esercizio (o il mancato esercizio) di detta facoltà costituisce estrinsecazione di un potere istruttorio discrezionale. Il particolare rilievo attribuito alla deposizione del testimone in questione è pienamente giustificato, ha proseguito la corte, dalla veste, da lui rivestita, quale detentore qualificato di entrambi i fondi oggetto di causa. Né il suo racconto può considerarsi in dissonanza dalle altre emergenze istruttorie, comprese quelle rappresentate dalla lunga prova orale. Del resto, a riprova della sua qualificata attendibilità, ha proseguito la corte, hanno militato altre significative circostanze, poste in luce dal giudice di prime cure, e cioè: - l'assenza di qualsiasi apertura su via Foscolo, *"a dimostrazione della insussistenza di una volontà di uso della servitù"*; - l'installazione della rete di demarcazione tra i due fondi, al centro della striscia di terreno sulla quale si sarebbe dovuta esercitare la servitù, *"e ciò malgrado il divieto che alla sua collocazione avrebbe sancito l'art. 1067, comma 2°, c.c., costituendo ostacolo al libero esercizio della servitù"*; - la documentazione fotografica acquisita in giudizio e mai disconosciuta, dalla quale si evince che gli ultimi due lotti di <sup>terreno</sup> ~~terreno~~ sono sempre rimasti allo stato completamente rustico, *"non essendovi alcuna traccia né di strade né di sentieri campestri"*.

La corte, poi, ha esaminato il motivo con il quale gli appellanti hanno lamentato la violazione degli artt. 112 c.p.c. e 1073 e ss. c.c., per l'erronea declaratoria di prescrizione dell'intera servitù di passaggio anziché della limitata parte oggetto del contendere, e l'ha parimenti ritenuta infondata. Il



tribunale, infatti, ha osservato la corte, accogliendo la domanda riconvenzionale con la quale il convenuto aveva fatto riferimento alla sola p.lla 1358 del f. 6, ha espressamente limitato l'estinzione al fondo di proprietà del convenuto.

La corte, infine, ha accolto l'appello incidentale proposto dall'appellato. Il tribunale, infatti, ha osservato la corte, ha ravvisato la ricorrenza di giusti motivi per l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite: tuttavia, il generico riferimento alla non meglio precisata difficoltà della questione di fatto non è tale da poter escludere l'applicazione del generale principio di soccombenza, come sancito dall'art. 91 c.p.c.: principio al quale, peraltro, ha aggiunto la corte, *"gli attori ... avrebbero dovuto pur sottostare, stante il rigetto della loro domanda e l'accoglimento pieno di quella riconvenzionale spiegata dal convenuto ..."*.

Antimo Petrone e Rosangela Petrone, con ricorso notificato il 4/3/2016, hanno chiesto, per cinque motivi, la cassazione della sentenza resa dalla corte d'appello, dichiaratamente non notificata.

Ludovico Petrone è rimasto intimato.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**1.1.** Con il primo motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2697, comma 1°, c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto determinante, ai fini della declaratoria di prescrizione della servitù di passaggio, la carenza di prova da parte degli attori dell'esistenza di un vialetto in terra battuta strumentale all'esercizio della prescrizione.

**1.2.** Così facendo, però, hanno osservato i ricorrenti, la corte ha violato l'art. 2697, comma 2°, c.c. posto che gli attori,



ai fini della prova dell'esistenza della servitù, costituita per atto pubblico, ben potevano, come hanno fatto, limitarsi a produrre il contratto che l'ha costituita, spettando, invece, al convenuto, che aveva eccepito la prescrizione della servitù chiedendo che ne fosse dichiarata in via riconvenzionale l'estinzione, l'onere, previsto dalla norma citata, di provare tale assunto.

**1.3.** L'esercizio della servitù, del resto, hanno aggiunto i ricorrenti, non postulava, come si evince dal tenore dell'atto costitutivo, la necessità di un viottolo in terra battuta, come invece ritenuto dalla corte d'appello.

**1.4.** Gli attori, quindi, hanno concluso i ricorrenti, indipendentemente dalla rilevanza che gli stessi avevano in primo grado attribuito alla sua esistenza, non avevano alcun onere di provare che il viottolo esistesse.

**2.** Il motivo è infondato. I ricorrenti, invero, non si confrontano con la sentenza impugnata: la quale, in effetti, ben lungi dall'affermare che in caso di eccezione di prescrizione del diritto di servitù l'onere della prova di averla esercitata per il tempo tale da non consentirne la maturazione spetta al suo titolare, ha, più semplicemente, ritenuto che *"trattandosi di servitù pedonale e carrabile da esercitarsi su di una fascia di terreno agricolo della larghezza di sei metri, il naturale calpestio e l'accesso dei veicoli abbiano potuto, come sarebbe stato lecito aspettarsi, compattare il terreno in modo tale da rendere evidente la destinazione a passaggio di auto e di persone"* e che il tribunale, avendo accertato sulla base di una valutazione complessiva di tutte le prove raccolte che tale vialetto in terra battuta non era mai esistito, aveva *"correttamente"* ritenuto, a fronte del non uso del passaggio che tale emergenza probatoria (e non certo l'inadempimento, da parte degli attori, dell'onere di fornirne in giudizio la



dimostrazione) lasciava evidentemente desumere (non importa, ai fini in esame, se in modo corretto o meno) che il diritto di servitù si fosse, appunto, di conseguenza, prescritto.

**3.1.** Con il secondo motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1073 e 1061 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto determinante, ai fini della declaratoria di prescrizione della servitù di passaggio, il carattere apparente della stessa e, di conseguenza, la carenza di prova del vialetto in terra battuta. Secondo la corte, infatti, hanno osservato i ricorrenti, l'assenza del vialetto dimostra il mancato esercizio della servitù e, quindi, la sua prescrizione per non uso.

**3.2.** Così facendo, però, hanno osservato i ricorrenti, la corte d'appello non ha tenuto conto che, ai fini della prescrizione, occorre provare, a norma dell'art. 1073 c.c., il non uso ventennale, non essendo rilevante, qualora la servitù di passaggio sia stata costituita in virtù di titolo idoneo, la visibilità delle opere nei confronti del fondo servente, potendo il diritto essere esercitato in modo discontinuo e non apparente.

**3.3.** La corte d'appello, quindi, hanno aggiunto i ricorrenti, avrebbe dovuto valutare se, alla luce delle risultanze istruttorie, il convenuto avesse o meno provato il non uso della servitù per un periodo di vent'anni, prescindendo dalla presenza o dalla creazione di un viottolo di terra battuta, la cui presenza non era stata espressamente prevista dall'atto costitutivo della servitù né può essere considerata come una modalità necessaria di esercizio del relativo diritto di passaggio.

**3.4.** La corte, quindi, hanno concluso i ricorrenti, avrebbe dovuto rigettare la domanda di estinzione della servitù per



prescrizione poiché la posa dei pali e della recinzione, ove mai configurabile come preclusiva dell'esercizio di tale diritto, risulta essere stata pacificamente operata nel 1986 per cui, alla data della notifica dell'atto di citazione introduttiva del giudizio, non era decorso il ventennio necessario ai sensi dell'art. 1073 c.c. per l'estinzione della servitù per prescrizione.

**4.1.** Con il terzo motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1075 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha confermato la declaratoria di prescrizione della servitù per non uso malgrado la stessa sentenza abbia considerato pacifico che la servitù di passaggio era stata utilizzata illimitatamente per il tratto anteriore alla porzione del fondo del resistente e, comunque, anche in relazione alla zona del resistente, sia pur limitatamente al passaggio dei mezzi agricoli.

**4.2.** La corte, infatti, così facendo, ha violato l'art. 1075 c.c., a norma del quale la servitù esercitata in modo da trarne un'utilità minore rispetto a quella indicata dal titolo si conserva per l'intero.

**5.1.** Con il quarto motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2697 e 1073 c.c. e dell'art. 132 n. 4 c.p.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto la falsità delle deposizioni testimoniali dalle quali risultava la presenza del vialetto.

**5.2.** La corte, infatti, così facendo, hanno osservato i ricorrenti, ha violato l'art. 2697 c.c. poiché ha implicitamente ritenuto rilevante che gli attori avessero l'onere di provare l'esistenza del vialetto per il suo esercizio, laddove, al contrario, gli attori, ai fini della prova dell'esistenza della



servitù, costituita per atto pubblico, potevano limitarsi a produrre in giudizio il contratto che l'ha costituita, spettando, invece, al convenuto, che ne aveva eccepito la prescrizione, l'onere di provare il non uso ventennale della servitù.

**5.3.** La corte, del resto, hanno proseguito i ricorrenti, lì dove ha ritenuto la falsità delle testimonianze che avevano attestato l'esistenza del vialetto solo perché gli attori, dopo averne affermato l'esistenza in primo grado, ne avevano, poi, dedotto l'irrilevanza in grado d'appello, ha reso una motivazione palesemente illogica che si traduce nella sua mancanza. Non v'è, infatti, alcun elemento logico e giuridico che consenta di desumere dalla scelta difensiva di considerare irrilevante la presenza del vialetto l'accertamento della falsità delle dichiarazioni dei testimoni che avevano parlato della presenza del vialetto.

**6.1.** Con il quinto motivo, i ricorrenti, lamentando la violazione o la falsa applicazione dell'art. 28, comma 1, del d.m. 55 del 2014, dell'art. 11 delle preleggi al c.c., del d.m. n. 127 del 2004 nonché dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., hanno censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello, in accoglimento dell'appello incidentale, ha liquidato le spese processuali del giudizio di primo grado in favore del resistente.

**7.1.** Il secondo motivo è fondato, con assorbimento degli altri.

**7.2.** La corte d'appello, infatti, come in precedenza osservato, ha ritenuto che *"trattandosi di servitù pedonale e carrabile da esercitarsi su di una fascia di terreno agricolo della larghezza di sei metri, il naturale calpestio e l'accesso dei veicoli abbiano potuto, come sarebbe stato lecito aspettarsi, compattare il terreno in modo tale da rendere evidente la*



*destinazione a passaggio di auto e di persone"* e che il tribunale, avendo accertato sulla base di una valutazione complessiva di tutte le prove raccolte che tale vialetto in terra battuta non era mai esistito, aveva *"correttamente"* ritenuto, in ragione del non uso del passaggio che tale emergenza probatoria lasciava evidentemente desumere, che il diritto di servitù si fosse prescritto.

**7.3.** La corte, quindi, al fine di stabilire se la servitù di passaggio azionata dagli attori si era o meno prescritta per non uso ventennale, ha attribuito rilievo decisivo al fatto che il vialetto in terra battuta sul fondo (servente) del convenuto, che ne avrebbe dovuto dimostrare l'esercizio, non era emerso (o meglio: non era stato ritenuto tale) dalle prove raccolte in giudizio.

**7.4.** La corte, però, così giudicando, non ha considerato che *"l'apparenza è un fenomeno che riguarda l'usucapione, mentre qui siamo nel campo del non uso, un fatto del titolare del diritto, in relazione al quale non può avere rilievo il criterio della visibilità delle opere nei confronti del fondo servente, sicché la servitù di passaggio - una volta costituita - può essere esercitata, ai fini della sua conservazione, anche in modo discontinuo e non apparente, se la situazione dei luoghi lo permette"* (Cass. n. 26636 del 2011, in motiv., che ha cassato la sentenza con la quale il giudice di merito aveva dichiarato l'estinzione per non uso di una servitù coattiva di passaggio pedonale con riguardo alla sporadicità del transito e alla perdita visibilità del tratturo).

**7.5.** La corte d'appello, quindi, non ha rispettato il principio che la sentenza citata ha affermato e che i ricorrenti hanno espressamente invocato, e cioè che la servitù di passaggio è, per sua natura, una servitù discontinua, in relazione alla quale



ogni episodio di transito costituisce esercizio del diritto, con la conseguenza che, ove la servitù sia stata costituita – com'è accaduto nella specie - in virtù di titolo idoneo, ai fini della prescrizione, non assumono rilievo, ove la situazione dei luoghi lo permetta, né la mancanza del requisito dell'apparenza - necessario per la costituzione della servitù per usucapione o per destinazione del buon padre di famiglia - né il carattere sporadico dell'esercizio.

**8.** Il ricorso dev'essere, pertanto, accolto e la sentenza impugnata, per l'effetto, cassata, in relazione al motivo accolto, con rinvio, per un nuovo esame, alla corte d'appello di Napoli che, in diversa composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

La Corte così provvede: accoglie il secondo motivo, rigetta il primo, assorbiti gli altri; cassa, in relazione al motivo accolto, la sentenza impugnata con rinvio, per un nuovo esame, alla corte d'appello di Napoli che, in diversa composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 16 luglio 2020.