

Civile Sent. Sez. 2 Num. 32855 Anno 2022

Presidente: LOMBARDO LUIGI GIOVANNI

Relatore: ORILIA LORENZO

Data pubblicazione: 08/11/2022

SENTENZA

sul ricorso 20972-2017 proposto da:

MELLINO PIETRO PAOLO, rappresentato e difeso dall'avvocato
AGOSTINO GIORDO

- ricorrente -

contro

MELLINO OTTAVIO

-intimato-

avverso la sentenza n. 184/2017 della CORTE D'APPELLO di
CAGLIARI SEZ. DIST. SASSARI depositata il 18/5/2017

Lette le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale dott.ssa
Luisa De Renzis;

Udita la relazione della causa svolta dal consigliere Lorenzo Orilia;

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza n. 254/2013 il Tribunale di Sassari accolse parzialmente le domande proposte da Ottavio Mellino contro il fratello Pietro Paolo, determinando il confine fra il terreno appartenente all'attore (sito in agro di Ardara distinto in catasto al foglio 4, mappali 402 e 153) e la strada destinata a passaggio comune nella parte insistente nella proprietà del convenuto in conformità al tracciato indicato nell'allegato 4 della relazione di consulenza tecnica e precisando che il triangolo grigio iscritto all'interno della corte di proprietà attrice delimita l'area ingiustamente occupata dal convenuto. Rigettò tutte le altre domande proposte in via principale e riconvenzionale, ponendo le spese del giudizio a carico del convenuto.

L'appello del convenuto Pietro Paolo Mellino è stato respinto dalla Corte territoriale di Cagliari sez. dist. Sassari con sentenza 18.5.2017 sulla base delle seguenti argomentazioni:

-la mancata partecipazione della madre alla sottoscrizione della scrittura posta a base della domanda non era rilevante, trattandosi di ripartizione inquadrabile in un assetto contrattuale plurilaterale cui tutte le parti hanno dato esecuzione, dandosi reciprocamente atto del consenso favorevole della madre

-secondo un principio affermato dalla Corte di Cassazione, era valido un tale tipo di contratto, che non configurava una vera e propria divisione ereditaria, ma impegnava immediatamente i contraenti ed era destinato a conseguire il suo effetto definitivo di scioglimento della comunione mediante la successiva adesione degli assenti;

-che era infondata l'eccezione di nullità dell'atto per mancanza dei certificati di destinazione urbanistica;

- che la domanda andava qualificata come azione di adempimento di alcune clausole del contratto di divisione che non richiedeva il litisconsorzio;

- che la consulenza tecnica aveva accertato uno sconfinamento da parte del convenuto con una occupazione di una porzione di proprietà dell'attore, non gravata da servitù di passaggio;

-che non era ravvisabile la dedotta contraddittorietà della motivazione della sentenza di primo grado perché l'accertamento del Tribunale era volto ad accertare l'avvenuta occupazione di una porzione di terreno dell'attore attraverso l'esercizio, da parte del convenuto, di un passaggio non consentito né previsto e situato in altro tratto di strada attraverso la preliminare verifica dei confini già segnati nell'atto di divisione.

2. Contro tale sentenza Pietro Paolo Mellino ha proposto ricorso per cassazione sulla base di tredici motivi.

Ottavio Mellino è rimasto intimato.

Il Sostituto Procuratore Generale dott.ssa Luisa De Renzis ha rassegnato conclusioni scritte chiedendo l'accoglimento dei motivi 3,8,9 e 13.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1 Col primo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione, degli artt. 101, 112, 115, 163, 164 cpc, nonché 949, 950, 2697 cc (art. 360 n. 3 cpc); nullità della sentenza e del procedimento (art. 360 n. 4 cpc); omesso esame (vizio di motivazione) circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360 n. 5 cpc). Si osserva che l'azione introdotta era da inquadrarsi non già nello schema del regolamento di confini, ma in quello della *negatoria servitutis* in quanto tendente ad accertare la legittimità o illegittimità di un passaggio asseritamente esercitato dall'odierno ricorrente su porzione del fondo dell'attore; ci si duole inoltre del mancato riscontro alle eccezioni preliminari sollevate già con la comparsa di risposta, di equivoca esposizione dei fatti e improponibilità delle domande.

1.2 Col secondo motivo il ricorrente denuncia la nullità della sentenza e la violazione degli artt. 24 della Costituzione, nonché degli artt. 101, 112, 163, 164 e 167 cpc, nonché 949, 950 cc nonché l'omesso esame di fatto decisivo per avere la Corte di merito pronunciato su una domanda di adempimento della scrittura divisionale che nessuno aveva mai proposto, avendo l'atto agito per la regolazione del confine e il convenuto replicato trattarsi di azione negatoria servitutis: in tal modo – sostiene il ricorrente – la Corte di merito ha indebitamente modificato il *petitum* e la *causa petendi*.

1.3 Col terzo motivo il ricorrente denuncia l'omesso esame circa un fatto decisivo, la violazione degli artt. 24 Cost., 99, 112, 115 e 167 cpc nonché la nullità della sentenza e del procedimento dolendosi, in particolare, del mancato esame delle domande riconvenzionali, da lui spiegate, tendenti all'accertamento dell'acquisto, per usucapione o per destinazione del padre di famiglia, della servitù di passaggio sul tratto di strada oggetto della controversia, la cui esistenza risultava documentata dalle fotografie, dalle deposizioni dei testi e dagli accertamenti svolti dal consulente tecnico di ufficio, il quale aveva riscontrato che la planimetria allegata alla scrittura divisionale presentava un errore di rilievo.

1.4 Col quarto motivo il ricorrente denuncia plurime violazioni di legge (violazione degli artt. 1321, 1325, 1350, 1418 cc anche in riferimento agli artt. 735 cc nonché violazione degli artt. 156, 157, 159 e 784 cpc) e omesso esame di fatto decisivo. A dire del ricorrente, la Corte d'Appello avrebbe dovuto dichiarare la nullità della scrittura divisionale per mancanza del consenso di tutte le parti, avendo i condividendi fratelli Mellino pretermesso dalla stipula la madre Raimonda Cocco, anch'essa avente causa del *de cuius* Efisio Mellino. Altro profilo di nullità non rilevato è rappresentato – sempre a dire del ricorrente – dalla sussistenza di

un patto successorio vietato, avendo i fratelli Mellino disposto anche dei beni della loro madre ancora in vita.

1.5 Col quinto motivo il ricorrente denuncia la nullità della sentenza e del procedimento e la violazione degli artt. 458, 1420 cc, 156, 157, 159 cpc insistendo ancora sulla nullità della scrittura in quanto contenente un patto successorio vietato dalla legge. Rileva che la giurisprudenza richiamata dalla Corte d'Appello non è pertinente rispetto al caso di specie.

1.6 Col sesto motivo Pietro Paolo Mellino denuncia la nullità della sentenza e la violazione degli artt. 18 e 40 della legge n. 47/1985, dell'art. 46 del DPR n. 380/2001, e degli artt. 156, 157 e 159 cpc, nonché l'omesso esame di un fatto decisivo, rimproverando alla Corte d'Appello di non aver considerato che alla scrittura (riguardante la divisione di masse plurime) non risultavano allegati i certificati di destinazione urbanistica.

1.7 Col settimo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 101, 102 e 354 cpc nonché omesso esame circa un fatto decisivo, dolendosi della violazione del principio del litisconsorzio necessario e della mancata integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i condividenti proprietari della strada interessata dalla controversia.

1.8 Con l'ottavo motivo il ricorrente denuncia l'omesso esame circa un fatto decisivo (vizio di motivazione) e la violazione degli artt. 61, 62, 112, 115, 163, 164, 253 cpc e "2967" (così testualmente, *ndr*) e 2721cc per non avere riscontrato la difformità tra lo stato di fatto e la rappresentazione grafica allegata alla scrittura divisionale stante la presenza di ostacoli naturali lungo il tracciato riportato nella suddetta rappresentazione grafica (come emerso non solo sulla base della relazione di CTU, ma anche sulla base delle fotografie e delle deposizioni dei testimoni). Osserva che il triangolo rosa richiamato dal CTU e indicato nella sentenza di primo grado, non costituisce la dimensione della presunta

invasione, ma la reale ubicazione della strada di passaggio. Ribadisce quindi di essersi limitato ad utilizzare la strada secondo il medesimo tracciato esistente da decenni. Insiste ancora sulla natura dell'azione esercitata dall'attore (da qualificarsi come negatoria servitutis) e rimprovera alla Corte di non avere tenuto in alcun conto la descrizione dello stato dei luoghi effettuata dal CTU e le altre risultanze istruttorie.

1.9 Col nono motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 112, 1362, 1363, 1366 e 1368 cc nonché l'omesso esame di fatto decisivo e motivazione apparente dolendosi della interpretazione e applicazione del contratto. Secondo il ricorrente, in nessuna parte della scrittura privata (di cui trascrive alcuni passaggi) si rinviene la volontà di dare alla strada un diverso assetto e quindi è censurabile la sentenza impugnata nella parte in cui sembra ravvisare la volontà dei condividenti di individuare una nuova e diversa strada comune di accesso e di quella riservata come servitù di passaggio a Mellino Pietro Paolo in considerazione della conformazione del luogo e della posizione del lotto di proprietà di quest'ultimo. Richiama inoltre il contenuto dei propri scritti difensivi censurando l'incomprensibile interpretazione del contenuto della scrittura da parte della Corte d'Appello.

1.10 Col decimo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 112, 115 cpc, 948, 949 e 950 nonché nullità della sentenza e omesso esame di fatto decisivo per avere la Corte d'Appello, una volta escluso il dubbio sui confini avrebbe dovuto rigettare la domanda di regolamento proposta dall'attore oppure (decidendo comunque *ultrapetitum*) avrebbe dovuto accogliere una domanda di rivendicazione o negatoria, ma certamente non inventare un obbligo di restituzione sulla base di una regolamentazione dei confini dallo stesso giudice esclusa. Così facendo la Corte ha ignorato quanto emerso dalle deposizioni dei testi e dalla consulenza, cioè che non vi era alcuna superficie da

restituire e che quella in contestazione era occupata dal passaggio esercitato pacificamente e ininterrottamente da oltre venti anni.

1.11 Con l'undicesimo motivo il ricorrente denuncia la nullità della sentenza e la violazione degli artt. 112, 115, 333 e 343 cpc osservando che il primo giudice aveva rigettato le altre domande dell'attore, tra cui quella di restituzione del possesso della superficie indebitamente utilizzata, per cui in assenza di appello incidentale di Ottavio, era affetta da ultrapetizione l'affermazione circa la bontà del diritto dell'attore ad ottenere il rilascio di tale porzione.

1.12 Col dodicesimo motivo Pietro Paolo Mellino denuncia la nullità della sentenza e del procedimento, la violazione degli artt. 112 e 115 cpc, nonché degli artt. 948, 949, 950 cc e l'omesso esame circa un fatto decisivo criticando la Corte d'Appello laddove, disattendendo le critiche al primo giudice, afferma che l'accertamento del Tribunale era rivolto ad accertare la veridicità delle deduzioni dell'attore e cioè l'occupazione di una porzione del suo terreno attraverso l'esercizio da parte del convenuto del passaggio non consentito né previsto e situato in altro tratto di strada attraverso la preliminare verifica dei confini già segnati nell'atto di divisione. Così facendo – sostiene il ricorrente – la Corte ha deciso su una domanda (*negatoria servitutis*) mai proposta e su una indimostrata veridicità delle deduzioni dell'attore.

1.13 Col tredicesimo ed ultimo motivo, infine, il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 91, 92, 99 e 112 cpc, dell'art. 13 della legge n. 247/2012 e del DM n. 55/2014, dolendosi della condanna alle spese del giudizio di appello, liquidate in €. 5.000,00, cioè in misura quasi doppia rispetto a quella di €. 2.775,00 domandata dall'altra parte con la nota spese del 15.9.2016.

2.1 Il quarto e quinto motivo di ricorso – che ben si prestano ad esame unitario per il comune riferimento al fenomeno del *patto*

successorio e che vanno trattati con priorità per il carattere assorbente rispetto alle altre censure - sono fondati.

L'art. 458 cc, nel disciplinare il divieto dei patti successori, dispone testualmente che *"è del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi"* (cd. *patto successorio dispositivo*).

Come già chiarito da questa Corte (v. Sez. 2, Sentenza n. 27624 del 2017), il divieto si spiega col fatto che, vincolando il *de cuius*, i patti successori gli toglierebbero quella libertà di disporre che la legge riconosce ad ogni persona fino al momento della morte (secondo un antico brocardo, *"ambulatoria est voluntas testanti usque ad vitae supremum exitum"*).

È per questo che l'ordinamento riconosce ad ognuno la libertà di disporre delle proprie sostanze mediante quel negozio unilaterale, non recettizio, che è il *"testamento"* (art. 587 cod. civ.); e garantisce la revocabilità e modificabilità del testamento in ogni tempo, stabilendo espressamente che *«Non si può in alcun modo rinunciare alla facoltà revocare o mutare le disposizioni testamentarie»*, aggiungendo che *«ogni clausola o condizione contraria non ha effetto»* (art. 679 cod. civ.)

Sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 458, comma 1, seconda parte, c.c., sono patti successori le convenzioni che abbiano per oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta e facciano, così, sorgere un *vincolo iuris*, di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 24450 del 19/11/2009; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 63 del 06/01/1981). Per stabilire, quindi, se una determinata pattuizione ricada sotto la comminatoria di nullità di cui all'art. 458 c.c. occorre accertare: 1) se il vincolo giuridico con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere o estinguere

diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se la cosa o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità comprese nella futura successione; 3) se i disponenti abbiano contrattato o stipulato come aventi diritto alla successione stessa; 4) se l'assetto negoziale convenuto debba aver luogo "*mortis causa*" (cfr. Sez. 2, Sentenza n. 14566 del 2016; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1683 del 16/02/1995; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2619 del 09/07/1976).

La norma in esame accomuna, infatti, sotto la sanzione di nullità anche i patti dispositivi, pur non costituendo questi propriamente negozi *mortis causa*, atteso che essi non regolano la devoluzione dell'eredità, ma presuppongono che la stessa si svolga secondo le sue regole, sicché neppure vincolano il *de cuius*. La nullità colpisce, peraltro, anche i patti dispositivi meramente obbligatori, che, cioè, obbligano a disporre di diritti da acquistare in una futura successione ereditaria (v. Sez. 2, Sentenza n. 14566 del 2016 cit.).

Venendo al caso in esame, il dato oggettivo e indiscusso alla base della lite tra i due fratelli Mellino è rappresentato dal fatto che la domanda proposta da Ottavio, sia che la si voglia qualificare come azione di regolamento di confine di cui all'art. 950 cc (soluzione prescelta dal primo giudice), sia che la si voglia inquadrare nello schema della azione negatoria ex art. 949 cc (opzione proposta dal convenuto odierno ricorrente), sia che le si voglia attribuire una qualificazione mista (regolamento di confine e negatoria) o addirittura diversa dalle precedenti (come, invece ha ritenuto la Corte d'Appello, che ha optato per una "*azione di adempimento di alcune clausole del contratto di divisione*") ruota attorno alle pattuizioni contenute nella scrittura stipulata il 5.9.1997 dagli otto germani Mellino, figli di *Efisio* (deceduto in data 10.11.1989).

Con tale scrittura (denominata nell'intestazione "*SCRITTURA PRIVATA DI DIVISIONE ED ASSEGNAZIONE DI QUOTE – TERRENI E FABBRICATI DI PROPRIETA' DEI FRATELLI MELLINO SITUATI NEL COMUNE DI ARDARA E NEL COMUNE DI NULE*") i germani Mellino hanno dichiarato di essere addivenuti... alla decisione di procedere tra di loro alla divisione amichevole dei beni ereditati dal padre per la quota di 2/3 "*nonchè della quota sugli stessi attualmente di proprietà della madre Cocco Raimonda....., facente parte integrante dell'asse ereditario e ad essi spettante*". Dopo avere richiamato il consenso favorevole della madre per la divisione anche della quota di sua proprietà a favore dei figli, i germani Mellino hanno poi proceduto alla analitica individuazione dei beni (con indicazione di alcuni terreni da escludere), hanno formato otto quote di uguale valore, che hanno poi - con l'assistenza di "*uno dei nipotini*" - sorteggiato tra loro, provvedendo alle relative assegnazioni (v. pagg. 5 e ss) ed obbligandosi contemporaneamente a trasfondere la volontà così espressa in un futuro atto pubblico definitivo (v. pag. 11).

La Corte di merito avrebbe dovuto pertanto verificare, attraverso una puntuale analisi del contenuto della scrittura, se essa integrasse un patto successorio dispositivo, ma non lo ha fatto, benché avesse tutti gli elementi per esaminare la questione che, riguardando una ipotesi di nullità per violazione di norma imperativa, era senz'altro rilevabile anche di ufficio.

In proposito, va richiamato il principio della legittimità del rilievo officioso del giudice di una causa diversa di nullità rispetto a quella sottoposta al suo esame dalla parte (cfr. Sez. U, Sentenza n. 26242 del 2014). Di conseguenza, il fatto che col primo motivo di appello di Pietro Paolo fosse stata dedotta una causa diversa di nullità della scrittura (mancanza del consenso di una delle parti contraenti) non ostava a tale rilievo officioso, previa ovviamente la necessaria sollecitazione del contraddittorio tra le parti ai sensi

dell'art. 101 comma 2 cpc (v. Sez. 2 - Ordinanza n. 26495 del 17/10/2019 Rv. 655652).

2.2 Il quarto motivo è altresì fondato sotto il profilo della nullità della scrittura in quanto priva del requisito del consenso (cfr. artt. 1418 e 1325 cc), essendo documentato che alla scrittura non partecipò la condividente Raimonda Cocco, madre dei fratelli Mellino, vedova di Efsio.

La Corte d'Appello, per superare la criticità evidenziata dall'appellante col primo motivo di gravame, ha ravvisato un contenuto meramente obbligatorio del contratto, senza però spiegare in alcun modo da dove abbia tratto tale convincimento, anche perché l'atto non prevedeva affatto la successiva adesione della madre: anzi, la stessa sentenza a pag. 5 dà atto della avvenuta stipulazione di una "*scrittura privata di divisione ed assegnazione di quote del 5.9.1997*" con cui i fratelli Melino "*addivenivano ad una divisione amichevole dei beni ereditati dal padre per la loro quota di 2/3 nonché della quota di proprietà della madre, con il suo consenso favorevole....*".

Si impone necessariamente un nuovo esame del contenuto della scrittura da parte del giudice di rinvio.

L'accoglimento dei predetti motivi assorbe logicamente l'esame di tutti gli altri.

La sentenza impugnata va pertanto cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Cagliari in diversa composizione per nuovo esame sulla scorta degli esposti principi di diritto e per la regolazione anche delle spese di questo giudizio.

P.Q.M.

la Corte accoglie il quarto e quinto motivo di ricorso e dichiara assorbiti i restanti; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del presente giudizio alla Corte d'Appello di Cagliari in diversa composizione.

Roma, 27.10.2022.

