

Civile Ord. Sez. 3 Num. 1104 Anno 2023

Presidente: SPIRITO ANGELO

Relatore: IANNELLO EMILIO

Data pubblicazione: 16/01/2023

Oggetto

Procedimento civile - Domanda giudiziale - Nuova domanda -
Regime normativo anteriore alla novella del codice di rito del 1990 -
Divieto di proposizione nel corso del giudizio di primo grado -
Violazione - Rilevabilità d'ufficio - Limiti - Accettazione espressa o
implicita del contraddittorio - Accettazione implicita - Configurabilità
- Criteri

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 2912/2020 R.G. proposto da

Lo Faro Angiola Maria, rappresentata e difesa dall'Avv. Giovanni Sardella, con domicilio eletto in Roma, Piazzale delle Belle Arti, n. 6, presso lo studio del Prof. Avv. Andrea Palazzolo;

– *ricorrente* –

contro

Italia Motta Francesca, rappresentata e difesa dall'Avv. Danilo Motta;

– *controricorrente e ricorrente incidentale* –

e nei confronti di

Puglisi Lucia e Messina Francesco, rappresentati e difesi dall'Avv. Gianluca Caruso, con domicilio eletto in Roma, via dei Gracchi, n. 91, presso lo studio dell'Avv. Luigi Canale;

– *ricorrenti incidentali* –

avverso la sentenza della Corte d'appello di Catania n. 2574/2019, depositata il 20 novembre 2019.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 10 gennaio 2023 dal Consigliere Emilio Iannello.

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato in data 17 giugno 1994, Angiola Maria Lo Faro, proprietaria di un appartamento sito al secondo, terzo e quarto piano di un fabbricato ricadente nell'isola di Ortigia in Siracusa, convenne in giudizio, avanti il Tribunale di quella città, Francesca Italia, proprietaria di limitrofo più vetusto immobile, chiedendone la condanna alla esecuzione delle opere necessarie per l'eliminazione delle infiltrazioni da questo provenienti, oltre al risarcimento dei danni.

La convenuta resistette alla domanda, eccependo l'illegittimità della sopraelevazione realizzata dall'attrice e rilevando, in particolare, che il muro divisorio esistente tra i due fabbricati non era mai stato comune ma era stato reso forzatamente tale, senza pagamento alcuno della metà, e che al quarto piano la Lo Faro aveva addirittura costruito su proprietà Italia. Chiese pertanto, in via riconvenzionale, la condanna di parte attrice alla rimessione in pristino, oltre al risarcimento dei danni.

Venne successivamente disposta la chiamata in causa di Lucia Puglisi e Francesco Messina, acquirenti dell'immobile della Lo Faro. Gli stessi si costituirono chiedendo l'accoglimento delle domande proposte dalla propria dante causa.

2. All'esito della espletata c.t.u., il Tribunale, con sentenza n.

2651 del 17/12/2014, accolse la domanda principale condannando Francesca Italia al pagamento, in favore di parte attrice, della somma di € 3.894,40, oltre accessori.

Quanto alla domanda riconvenzionale rilevò che: le infiltrazioni lamentate ed i collassi verificatisi nel fabbricato Italia erano da addebitare alla sua mancata manutenzione nel tempo; la costruzione del terzo e quarto piano del fabbricato Lo Faro era stata realizzata utilizzando il muro comune tra le due fabbriche; da un punto di vista strutturale e funzionale, le due costruzioni si innestano entrambe sul medesimo setto murario; i due stabili limitrofi non sono in aderenza, non essendoci giunti o separazioni tra gli stessi, e non era stata data prova dalla convenuta Italia della proprietà esclusiva del muro divisorio e lo stesso, pertanto, era da ritenersi comune ai due edifici.

3. Il gravame interposto dalla soccombente Italia è stato accolto dalla Corte d'appello di Catania che, con sentenza n. 2574/2019, depositata il 20 novembre 2019, ha rigettato la domanda principale e, in parziale accoglimento di quella riconvenzionale, rigettata nella parte relativa al preteso risarcimento, ha condannato Maria Puglisi e Francesco Messina ad arretrare, ad almeno tre metri dal muro di fabbrica di proprietà di Francesca Italia, la costruzione in sopraelevazione dei piani terzo e quarto eseguita da Angiola Maria Lo Faro in appoggio all'immobile di Francesca Italia; ha quindi compensato per un terzo le spese di entrambi i gradi di giudizio e condannato Angiola Maria Lo Faro, in solido con Lucia Puglisi e Francesco Messina, a rifondere, in favore di Francesca Italia, i restanti due terzi.

3.1. Premesso che, dall'istruzione svolta, era emerso che in origine i due fabbricati avevano altezze diseguali, quello Italia sviluppandosi fino al terzo piano (quarta elevazione fuori terra) e quello Lo Faro fino al secondo (terza elevazione f.t.), ha ritenuto, la Corte etnea, che nella specie ricorresse l'ipotesi di cui all'art. 880 cod.

civ., secondo il quale il muro divisorio tra edifici, in caso di altezze ineguali, si presume in comune fino al punto in cui uno degli edifici comincia ad essere più alto e non nella parte di muro successiva, con la conseguenza che tale parte del manufatto è di proprietà esclusiva di colui cui si appartiene il suddetto più alto edificio, e che questi può chiedere il rispetto delle distanze legali dal confinante che realizzi una nuova costruzione.

Ritenuta, quindi, la proprietà esclusiva, in capo alla Italia, del muro divisorio, a partire dal punto in cui terminava l'edificio della Lo Faro ed essendo pacifico che la sopraelevazione del terzo e, poi, del quarto piano ad opera della Lo Faro era stata edificata in appoggio (e non in aderenza ex art. 877 cod. civ.) all'edificio della Italia, ha giudicato illegittima tale sopraelevazione, non essendo stata previamente chiesta dalla Lo Faro la comunione forzosa del muro sul confine, soggetto alla disciplina delle distanze tra le costruzioni.

3.2. A quest'ultimo riguardo ha ritenuto inammissibile la domanda di comunione forzosa del muro in quanto tardivamente proposta dalla Lo Faro, nel giudizio di primo grado, solo all'udienza di precisazione delle conclusioni.

3.3. Il rigetto della ulteriore domanda risarcitoria, pure proposta dalla Italia in riconvenzione, è infine motivato in sentenza dal rilievo secondo cui, in base agli accertamenti tecnici svolti sia nel pregresso procedimento cautelare svoltosi avanti il Pretore di Siracusa, che nel corso del giudizio di primo grado, era da escludere un nesso causale tra i danni lamentati e i lavori eseguiti dalla Lo Faro.

4. Avvero tale decisione Angiola Maria Lo Faro propone ricorso per cassazione affidato a quattro motivi.

Per la cassazione della stessa sentenza Lucia Puglisi e Francesco Messina propongono successivo ricorso, anch'esso affidato a quattro motivi.

Ad entrambi resiste Francesca Italia, depositando controricorso

con il quale propone a sua volta ricorso incidentale sulla base di quattro motivi.

La controricorrente, ricorrente incidentale, ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. I ricorsi proposti rispettivamente da Angiola Maria Lo Faro e da Lucia Puglisi e Francesco Messina, in quanto proposti avverso il medesimo provvedimento, vanno riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., per essere trattati unitariamente, quello notificato e depositato in data successiva dovendo considerarsi, anche se come tale non espressamente denominato, alla stregua di ricorso incidentale, posto che ne risultano comunque rispettati forma e termini (v. Cass. 03/07/1997, n. 5993; 23/06/1999, n. 6400; 01/12/2000, n. 15353; 20/06/2001, n. 8365; 08/03/2006, n. 4980).

I quattro motivi che sono alla base sia del primo che del secondo ricorso sono peraltro sostanzialmente identici e pienamente sovrapponibili, sicché possono essere riferiti ed esaminati insieme.

2. Con il primo motivo i detti ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 4, cod. proc. civ., «illegittimità costituzionale degli artt. 62 - 72 della legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha convertito con modifiche il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (riguardante la istituzione dei Giudici ausiliari delle Corti d'Appello), in relazione agli artt. 3, 25, 102, primo comma, 106, secondo comma, e 111 Cost.; conseguente nullità della sentenza impugnata per vizio di costituzione del Giudice ai sensi dell'art. 158 c.p.c.».

2.1. Il motivo è infondato.

Sulla questione è, come noto, intervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza n. 41 del 17 marzo 2021, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (*Disposizioni urgenti per il*

rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, in L. 9 agosto 2013, n. 98, «nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116 (*Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della L. 28 aprile 2016, n. 57*)».

Fino ad allora, la stessa sentenza ha riconosciuto la «*temporanea tollerabilità costituzionale*» dell'attuale assetto, stante l'esigenza di evitare l'annullamento delle decisioni pronunciate con la partecipazione dei giudici ausiliari e di non privare immediatamente le corti d'appello dell'apporto di questi giudici onorari per la riduzione dell'arretrato nelle cause civili; rimane di conseguenza legittima la costituzione dei collegi delle corti d'appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni, sopra richiamate, che garantiscono l'indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario.

Per tali ragioni è dunque da escludere che la sentenza impugnata possa ritenersi affetta da nullità per vizio di costituzione del giudice ex art. 158 c.p.c. per essere stata resa da Collegio composto anche da giudice ausiliario, quale relatore.

3. Con il secondo motivo i detti ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 4, cod. proc. civ., «nullità della sentenza per violazione degli artt. 99, 167, 183, 184, 112 e 345 c.p.c., nel testo vigente».

Lamentano che erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto che, tra le domande proposte da Francesca Italia, in via riconvenzionale, nel giudizio di primo grado vi fosse quella di arretramento della propria sopraelevazione quale rimedio alla violazione delle distanze legali.

Trascritto ampio stralcio della comparsa di costituzione depositata in primo grado dalla controparte, rilevano che da questa emerge che la convenuta: aveva con essa denunciato l'illegittimità delle vedute, esercitate dalla Lo Faro, dalle finestre del primo e secondo piano e dal balcone del quarto piano della sua costruzione; aveva invocato il risarcimento dei danni provocati con la distruzione del pluviale e la rottura delle tegole; aveva allegato lo sconfinamento di alcune opere realizzate dalla Lo Faro ed il posizionamento illecito del tubo di sovrappieno; non aveva in alcun modo prospettato l'illegittimità della nuova costruzione confinante, perché realizzata in appoggio e con violazione delle distanze legali; nelle conclusioni, infine, si era limitata a chiedere il ripristino di «tutto quanto stravolto sulla sua proprietà» e, dunque, l'eliminazione delle sole alterazioni prodotte all'interno della sua proprietà.

Rimarkano che solo dopo l'espletamento della prima c.t.u. e precisamente con la comparsa conclusionale del 30/12/2000, la convenuta introdusse la domanda riconvenzionale di demolizione del nuovo fabbricato confinante, poiché realizzato a distanza illegale, in tal modo, però, avanzando una pretesa nuova ed inammissibile, corrispondente ad una *mutatio libelli* e comportante l'esecuzione di opere diverse e non ricomprese nel *petitum* originario, fondata su fatti e presupposti diversi.

Rilevano che su tale domanda l'attrice, Maria Angiola Lo Faro, aveva più volte ed esplicitamente rifiutato il contraddittorio, proprio perché tardiva.

Lamentano infine che, sebbene in appello la stessa avesse pure eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione proposta da Francesca Italia, la Corte territoriale ha omesso di dichiararla nonché di pronunciarsi sull'eccezione medesima.

4. Il motivo è inammissibile.

4.1. È anzitutto inammissibile la denuncia di omessa pronuncia su

eccezione (in appello) di inammissibilità della domanda asseritamente nuova, dal momento che il suo accoglimento implica di per sé rigetto di quella eccezione (v. Cass. 28/03/2014, n. 7406).

Deve peraltro rammentarsi che il mancato esame da parte del giudice, sollecitato dalla parte, di una questione puramente processuale non potrebbe mai dar luogo al vizio di omessa pronuncia, il quale è configurabile con riferimento alle sole domande di merito, e non può assurgere quindi a causa autonoma di nullità della sentenza, potendo profilarsi al riguardo una nullità (propria o derivata) della decisione, per la violazione di norme diverse dall'art. 112 cod. proc. civ., in quanto sia errata la soluzione implicitamente data dal giudice alla questione sollevata dalla parte (v. *ex multis* Cass. 11/02/2022, n. 4583; 20/09/2021, n. 25360; 20/11/2020, n. 26439 29/01/2019, n. 2343; 28/03/2014, n. 7406; 24/06/2005, n. 13649).

4.2. La deduzione di nullità della sentenza impugnata per violazione del divieto di *mutatio libelli* (artt. 183-184 cod. proc. civ. nel testo anteriore alla riforma del 1990-1995) è infine strutturalmente inidonea a rappresentare un motivo di ricorso per cassazione dal momento che non ci si dice se e quale pronuncia sulla domanda asseritamente tardiva e comportante tale violazione sia stata resa dal giudice di primo grado, né, correlativamente, se e quale motivo di appello e da chi sia stato proposto in relazione a quella pronuncia, di modo che resta impedito a questa Corte identificare l'affermazione cui riferire l'errore dedotto e verificarne la fondatezza.

Devesi al riguardo richiamare il principio, consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi del quale, il motivo d'impugnazione è rappresentato dall'enunciazione, secondo lo schema normativo con cui il mezzo è regolato dal legislatore, delle ragioni per le quali, secondo chi esercita il diritto d'impugnazione, la decisione è erronea, con la conseguenza che, siccome per denunciare un errore

occorre identificarlo (e, quindi, fornirne la rappresentazione), l'esercizio del diritto d'impugnazione di una decisione giudiziale può considerarsi avvenuto in modo idoneo soltanto qualora i motivi con i quali è esplicito si concretino in una critica della decisione impugnata e, quindi, nell'esplicita e specifica indicazione delle ragioni per cui essa è errata, le quali, per essere enunciate come tali, debbono concretamente considerare le ragioni che la sorreggono e da esse non possono prescindere, dovendosi, dunque, il motivo che non rispetti tale requisito, considerarsi nullo per inidoneità al raggiungimento dello scopo.

In riferimento al ricorso per cassazione tale nullità, risolvendosi nella proposizione di un «non motivo», è espressamente sanzionata con l'inammissibilità ai sensi dell'art. 366 n. 4 cod. proc. civ. (Cass. 11/01/2005, n. 359; v. anche *ex aliis* Cass. Sez. U. 20/03/2017, n. 7074, in motivazione, non massimata sul punto; Id. 05/08/2016, n. 16598; Id. 03/11/2016, n. 22226; Cass. 15/04/2021, n. 9951; 05/07/2019, n. 18066; 13/03/2009, n. 6184; 10/03/2006, n. 5244; 04/03/2005, n. 4741).

4.3. Giova al riguardo evidenziare che dalla parte narrativa della sentenza impugnata si trae la duplice indicazione secondo cui: a) la domanda di accertamento della illegittimità della sopraelevazione Lo Faro, «siccome violativa delle distanze legali», con la conseguente condanna di parte attrice alla rimessione in pristino, era stata avanzata in primo grado dalla convenuta Italia sin dalla sua costituzione in giudizio; b) il Tribunale esaminò tale domanda e la rigettò nel merito avendo ritenuto che la sopraelevazione fosse stata legittimamente realizzata «utilizzando il muro comune».

Tale valutazione di merito implicava rigetto della preliminare eccezione di inammissibilità della domanda per *mutatio libelli*.

Ne discende che onde farla valere in appello si rendeva necessaria la proposizione di specifico motivo di appello incidentale

(condizionato) non essendo sufficiente la sua mera riproposizione.

Secondo orientamento che va qui condiviso e riaffermato, invero, stanti i limiti posti dall'effetto devolutivo dell'appello, il giudice di secondo grado non può rilevare d'ufficio il vizio di ultra od extra petizione (ove non sia censurato con apposito motivo di gravame) in cui sia eventualmente incorso il giudice di primo grado pronunciando su domanda nuova o irritualmente modificata o specificata (cfr. Cass. n. 6935 del 22/03/2007; n. 1584 del 13/02/1987; cfr. anche Cass. n. 9844 del 28/03/2022).

5. Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 4, cod. proc. civ., «nullità della sentenza per violazione degli artt. 36, 99, 183, 184, 189, 112 e 345 c.p.c., nel testo vigente».

Lamentano che erroneamente la Corte territoriale ha ritenuto inammissibile, in quanto tardivamente proposta solo in sede di precisazione delle conclusioni nel giudizio di primo grado, la domanda della Lo Faro — sulla quale dunque la Corte ha omesso di pronunciare — volta a ottenere la comunione forzosa del muro di confine, avendo omesso di considerare che si trattava di *reconventio reconventionis*, ossia di domanda proposta in conseguenza della nuova domanda riconvenzionale (di demolizione della costruzione confinante) tardivamente introdotta dalla convenuta nel giudizio di primo grado.

6. Il motivo è infondato.

6.1. Occorre anzitutto evidenziare che la domanda in questione risulta non esaminata in primo grado in quanto assorbita dal rigetto, come sopra si è riferito, della domanda della convenuta Italia di riduzione in pristino della sopraelevazione Lo Faro.

Sotto tale profilo, dunque, la sua riproposizione in appello con la comparsa di costituzione, di cui i ricorrenti danno conto nel rispetto degli oneri di cui all'art. 366 n. 6 cod. proc. civ., deve ritenersi idonea ad introdurla nel *thema decidendum* devoluto al giudice di secondo

grado, ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ..

6.2. Ciò detto, deve però anzitutto rilevarsi l'evidente contraddittorietà della incidentale prospettazione, da parte dei ricorrenti, di un vizio di omessa pronuncia riferita ad una statuizione espressa, pur evidenziata nello stesso ricorso, di inammissibilità della domanda riproposta in appello.

6.3. La censura di fondo, tuttavia, investe il governo delle norme processuali effettuato sul punto dalla Corte di merito, a fondamento del giudizio di inammissibilità della domanda. In tale direzione il motivo è manifestamente infondato.

6.3.1. Nel vigore del regime processuale anteriore alle novelle del 1990 – 1995 (disciplina cui occorre far riferimento, nella specie, trattandosi di giudizio pendente alla data del 30 aprile 1995, giusta la disciplina transitoria dettata dall'art. 90 legge 26 novembre 1990, n. 353, come modificato da ultimo dall'art. 9 d.l. n. 432 del 1995, conv. dalla legge n. 534 del 1995), pur in un contesto, quale quello introdotto dalla novella del 1950 (legge 14 luglio 1950, n. 581), che, con la modifica degli artt. 183 e 184 cod. proc. civ., non conosceva più le preclusioni in origine previste, dal codice del 1940-42, nella prima udienza di trattazione, era fermo il principio della inammissibilità di nuove domande introdotte sia nella prima udienza che nel successivo corso del processo, tanto argomentandosi dal rilievo che gli artt. 183 e 184 cod. proc. civ. (nel testo, ripetesi, ante-riforma del 1990-1995) non contemplavano neppure tale ipotesi, ma soltanto quella della *precisazione o modificazione* delle domande.

Si ammetteva nondimeno, in via eccezionale, la possibilità per l'attore di introdurre nuove domande quando, per effetto di una riconvenzionale formulata dal convenuto, egli si fosse venuto a trovare a sua volta in una posizione processuale di convenuto cui non può essere negato il diritto di difesa, rispetto alla nuova o più ampia pretesa della controparte, mediante la proposizione di una

reconventio reconventionis, con la precisazione, però, che tale domanda, per non essere tardiva, poteva essere introdotta solo nel primo atto difensivo e non nel corso del giudizio di primo grado (cfr. Cass. 04/10/2013, n. 22754).

6.3.2. Va altresì ricordato che, secondo altrettanto pacifica acquisizione, nel rito ordinario anteriore alla novella del 1990-95, a differenza che nel rito del lavoro, il divieto di domande nuove nel corso del giudizio di primo grado era da ritenersi posto nell'interesse della parte, per cui era considerato disponibile il diritto di questa di far valere la violazione del divieto stesso.

Era però sorto contrasto, nella giurisprudenza, in ordine alla risposta da dare al quesito se la mancata proposizione dell'eccezione entro il termine posto dall'art. 184 c.p.c., vale a dire (secondo il testo anteriore alla novella, nella specie applicabile) fino all'udienza di precisazione delle conclusioni definitive, di per sé comportasse, oppure no, accettazione del contraddittorio, ovvero se anche il «mero silenzio» fosse da considerare oppure no idoneo ad integrare accettazione tacita del contraddittorio sulla domanda nuova. E si era per vero formato un orientamento maggioritario nel primo senso, giungendosi ad ammettere che anche rispetto a una domanda nuova proposta in sede di precisazione delle conclusioni definitive del giudizio di primo grado, il contraddittorio dovesse intendersi tacitamente accettato qualora l'altra parte avesse ommesso di eccepire (nell'udienza stessa) la preclusione, con la conseguenza che non sarebbe stato più possibile far valere, nelle successive fasi processuali, la inammissibilità della domanda (Cass. n. 739 del 1974; n. 3598 del 1977; n. 3026 del 1981; n. 7554 del 1986; n. 72 del 1987; n. 3956 del 1988; n. 3116 del 1990).

Detto contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite della S.C. che, con sentenza n. 4712 del 22/05/1996, hanno evidenziato, in sintesi, che, se è vero che il principio secondo cui il divieto di

introdurre una domanda nuova nel corso del giudizio di primo grado risulta posto (ripetesi, nella disciplina ante-riforma del 1990-95) a tutela della parte destinataria della domanda, è altresì vero che la violazione di tale divieto è rilevabile dal giudice anche d'ufficio, non essendo riservata alle parti l'eccezione di novità della domanda, e rimane non sanzionabile (solo) in presenza di un atteggiamento non oppositorio della parte medesima, consistente nell'accettazione esplicita del contraddittorio o in un comportamento concludente che ne implichi l'accettazione. Con la precisazione che, a quest'ultimo fine, l'apprezzamento della concludenza del comportamento della parte va effettuato dal giudice attraverso una seria indagine della significatività dello stesso, senza che assuma rilievo decisivo il semplice protrarsi del difetto di reazione alla domanda nuova, né potendosi attribuire, qualora questa sia formulata all'udienza di precisazione delle conclusioni, valore concludente al mero silenzio della parte contro la quale la domanda è proposta, sia essa presente, o meno, a detta udienza (tra le molte altre pronunce successive conformi, v. Cass. n. 20949 del 16/10/2015, secondo cui «nel regime normativo antecedente alla novella del codice di rito del 1990, il divieto di introdurre una domanda nuova nel corso del giudizio di primo grado risulta posto a tutela della parte destinataria della domanda; pertanto la violazione di tale divieto - che è rilevabile dal giudice anche d'ufficio, non essendo riservata alle parti l'eccezione di novità della domanda - non è sanzionabile in presenza di un atteggiamento non oppositorio della parte medesima, consistente nell'accettazione esplicita del contraddittorio o in un comportamento concludente che ne implichi l'accettazione. A quest'ultimo fine, l'apprezzamento della concludenza del comportamento della parte va effettuato dal giudice attraverso una seria indagine della significatività dello stesso, senza che assuma rilievo decisivo il semplice protrarsi del difetto di reazione alla domanda nuova, né potendosi attribuire,

qualora questa sia formulata all'udienza di precisazione delle conclusioni, valore concludente al mero silenzio della parte contro la quale la domanda è proposta, sia essa presente, o meno, a detta udienza»).

6.3.3. Applicando gli esposti principi al caso di specie, si può concludere che la sentenza impugnata ha correttamente ritenuto che la domanda di pronuncia costitutiva della comunione forzosa del muro di confine — avanzata dalla parte attrice in primo grado in sede di precisazione delle conclusioni in contrapposizione alla domanda di arretramento della sopraelevazione e quindi riproposta dalla stessa parte nella comparsa di costituzione in appello — fosse tardiva e inammissibile.

Deve al riguardo anzitutto evidenziarsi, con riferimento ai detti limiti di ammissibilità della *reconventio reconventionis* (v. *supra* § 6.3.1), che, alla stregua di quanto evidenziato dagli stessi ricorrenti (v. pag. 3 del ricorso Lo Faro e pag. 3 del ricorso Puglisi – Messina), mentre la domanda riconvenzionale di arretramento per violazione delle distanze tra costruzioni era stata proposta per la prima volta dalla convenuta Italia nella comparsa conclusionale del 31/10/2000 (seguita poi dalla rimessione della causa in istruttoria), la domanda di comunione forzosa venne avanzata dall'attrice, quale *reconventio reconventionis*, solo all'udienza di precisazione delle conclusioni del 23/01/2013, più di dodici anni dopo, sebbene nel frattempo si fossero tenute ben sei altre udienze (12/12/2002, 23/01/2003, 20/03/2003, 06/05/2004, 07/10/2004, 23/03/2011).

Non risulta poi nemmeno dedotto che, in sede di precisazione delle conclusioni, la controparte avesse esplicitamente accettato il contraddittorio su detta domanda o avesse comunque tenuto un comportamento concludente che ne implicasse l'accettazione.

7. Con il quarto motivo i ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 3, cod. proc. civ., violazione o falsa

applicazione degli artt. 873 e 877 cod. civ., per avere la Corte d'appello adottato quale sanzione della operata costruzione in appoggio l'arretramento della stessa ad almeno tre metri dal muro di fabbrica di proprietà di Francesca Italia anziché il suo mero rifacimento in aderenza e non in appoggio.

8. Il motivo è fondato.

Secondo principio bensì risalente ma tuttavia incontrastato nella giurisprudenza di questa Corte, «ove sia stata scelta dall'avente diritto la soluzione di costruire il muro perimetrale del nuovo edificio in aderenza di quello altrui, preesistente sul confine, per tutta la sua altezza nonché in appoggio e sopraelevazione per il tratto nel quale il nuovo edificio supera l'altezza di quello preesistente, e risulti la illegittimità dello appoggio e della sopraelevazione perché non sussisteva e non è stata acquisita la comunione del muro contiguo, la sanzione applicabile non è quella della demolizione del nuovo edificio, per tutta la sua altezza, fino a distanziarlo della misura legale da quello preesistente, sebbene soltanto quella dell'eliminazione degli appoggi e della sopraelevazione sul muro altrui, in guisa da ridurre il nuovo edificio nei limiti della semplice aderenza ed entro i propri confini (Cass. n. 1734 del 06/05/1977).

La costruzione in aderenza ex art. 877, comma primo, cod. civ., costituisce una facoltà del proprietario il cui esercizio non implica particolari oneri o formalità e può aversi anche in caso di sopraelevazione di sopraelevazione di costruzione preesistente (Cass. n. 7183 del 10/05/2012; n. 38033 del 02/12/2021).

Essa trova ostacolo: a) nel caso in cui il vicino abbia acquisito il diritto di esercitare delle vedute dal muro posto sul confine, nella previsione di cui all'art. 907 cod. civ., a mente del cui terzo comma, «se si vuole appoggiare la nuova costruzione al muro in cui sono le dette vedute dirette od oblique, essa deve arrestarsi almeno a tre metri sotto la loro soglia» (norma, questa, applicabile, senza alcuna

distinzione, alle costruzioni in appoggio come a quelle in aderenza: Cass. n. 4976 del 2000; n. 1832 del 2000); b) nel caso in cui lo strumento urbanistico locale sancisca l'obbligo inderogabile di osservare una determinata distanza dal confine, perché tale disciplina, integrativa di quella codicistica, vincola alla osservanza della diversa distanza stabilita senza alcuna facoltà di allineamento (in verticale) alla originaria preesistente costruzione (cfr. Cass. n. 3737 del 20/04/1994); c) nel caso in cui la sopraelevazione da edificare in aderenza non goda di piena autonomia sotto l'aspetto statico (Cass. n. 12419 del 15/12/1993; n. 17388 del 30/08/2004).

Nel caso di specie però nessun accertamento risulta condotto al riguardo in sentenza, essendo stata anzi ritenuta assorbita la pur riproposta domanda di riduzione in pristino per violazione delle distanze dalle vedute.

In difetto di tale accertamento l'ordine di demolizione risulta in effetti ingiustificato in punto di diritto e deve ritenersi frutto di *error in iudicando*, *sub specie* di vizio di sussunzione della fattispecie concreta, così come allo stato accertata, nella fattispecie legale quale definita dal combinato disposto degli artt. 873 e 877 cod. civ..

La sentenza impugnata deve essere pertanto, sul punto, cassata con rinvio al giudice *a quo* il quale, in applicazione dell'esposto principio, dovrà valutare la possibilità, in relazione agli elementi di fatto acquisiti ovvero acquisibili ancora *ex officio* (a mezzo ad es. di una c.t.u.) di emettere, quale prioritaria alternativa sanzione conseguente alla non consentita costruzione in appoggio, un ordine di costruzione in aderenza della sopraelevazione *de qua* (terzo e quarto piano del fabbricato ex Lo Faro).

9. Può adesso passarsi all'esame del ricorso incidentale proposto da Francesca Italia.

Con il primo dei motivi che ne sono posti a fondamento, la ricorrente denuncia, con riferimento all'art. 360, comma primo, num.

5, cod. proc. civ., omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, «in relazione alla mancata considerazione dei motivi di appello sui danni causati dalla costruzione abusiva della Lo Faro, comprovati dalla c.t.u. dell'ing. Lo Bello».

Lamenta che a base di tale decisione è posta una valutazione acritica delle conclusioni del c.t.u., le quali a propria volta «stridono» con elementi documentali quali: il fatto che l'immobile della convenuta fosse già abitato da alcuni inquilini; il fatto che il c.t.u. ing. Lo Bello ha espressamente qualificato come molto probabile che gli operai della Lo Faro abbiano dovuto necessariamente camminare sulle tegole del tetto dell'edificio di essa ricorrente; l'affermazione del medesimo c.t.u. Lo Bello secondo cui era molto probabile che il pluviale in terracotta posto lateralmente sul muro di confine fosse stato divelto per far posto alla costruzione abusiva della Lo Faro e quindi fosse stata interrotta la grondaia in terracotta che portava le acque meteoriche del tetto in tegole all'interno di questo pluviale, con la conseguente alterazione del deflusso delle acque meteoriche.

10. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 5, cod. proc. civ., omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti; «contraddittorietà intrinseca della motivazione tale da renderla del tutto irrazionale».

Rileva che, una volta ritenuta la proprietà esclusiva del muro di confine su cui erano state appoggiate le sopraelevazioni abusive della Lo Faro ed una volta ordinato l'arretramento a tre metri di distanza, non potevasi non riconoscere almeno il danno arrecato al muro stesso (comprovato dalle foto della c.t.u. dell'Ing. Lo Bello in cui si vede fuoriuscire il capo finale di una trave/cordolo all'interno della proprietà dell'edificio di Italia Francesca, che quindi dimostrava che il muro era stato sfondato a tutto spessore).

11. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, in dichiarata connessione con i primi due motivi e con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 3, cod. proc. civ., «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ. e del principio sulla causalità delle spese processuali».

Rileva che, in conseguenza dell'accoglimento dei primi due motivi, verrebbe meno la ragione della compensazione per un terzo delle spese processuali.

12. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia, in dichiarata connessione con tutti gli altri motivi e con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 3, cod. proc. civ., «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ. e del principio sulla causalità delle spese processuali».

Lamenta che nella valutazione e considerazione delle spese processuali, la Corte di appello ha ommesso di considerare anche la fase del giudizio cautelare avanti la Pretura di Siracusa.

13. Il primo motivo è inammissibile.

Il vizio di cui all'art. 360, comma primo, num. 5, cod. proc. civ., non è dedotto nei termini in cui la giurisprudenza di questa Corte lo dice deducibile (Cass. Sez. U. nn. 8053-8054 del 2014): quale «omesso esame», cioè, di un «fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia)».

Non è in alcun modo illustrata la ragione per la quale dovrebbe considerarsi idoneo a condurre con certezza ad una diversa decisione il fatto che l'immobile della istante, Italia Francesca, fosse già abitato da alcuni inquilini.

I restanti elementi indicati come oggetto di omesso esame non sono fatti storici ma mere valutazioni del primo dei due consulenti

nominati nel giudizio di primo grado, le cui valutazioni sono state peraltro espressamente considerate (come può trarsi dalla sentenza) dal secondo ausiliario, alle cui conclusioni la Corte di merito fa esaustivo riferimento.

14. È altresì inammissibile il secondo motivo.

14.1. Il riferimento a danni risultanti dalle foto allegate alla c.t.u. dell'Ing. Lo Bello appare anzitutto inosservante dell'onere di specifica indicazione ex art. 366 n. 6 cod. proc. civ.. In difformità dal paradigma sopra descritto esso inoltre riguarda non un fatto storico ma un elemento istruttorio, peraltro da ritenere compreso in quello di contenuto più ampio (la c.t.u. Lo Bello) che la Corte mostra di avere considerato, sia pure indirettamente alla luce delle valutazioni poi compiute dal secondo c.t.u. nominato nel corso del giudizio. Per tal motivo è anche di per sé privo di decisività dal momento che astrae quell'elemento da ogni considerazione in ordine alle valutazioni conclusive che, in relazione ad esso e a tutti gli altri elementi raccolti, sono state effettuate dallo stesso ausiliario e soprattutto da quello successivamente nominato, Ing. Tudisco, le cui conclusioni sono come detto poste a fondamento della decisione impugnata.

14.2. La doglianza non è poi nemmeno in astratto riconducibile al vizio di motivazione omessa o apparente.

Secondo principio più che consolidato, è denunciabile in cassazione, sotto tale profilo, «solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di

"sufficienza" della motivazione» (Cass., Sez. U. n. 8053 del 2014, cit.).

Nessuna di queste ipotesi ricorre nel caso di specie.

La motivazione è chiara e pienamente comprensibile; per sostenere il contrario la ricorrente incidentale fa riferimento, in modo evidentemente estraneo alla logica dell'evocato paradigma censorio, a risultanze processuali e non dunque al testo stesso della sentenza.

15. Dalle considerazioni che precedono discende l'inammissibilità anche del terzo motivo, che in sé non prospetta alcuna diversa e specifica ragione di critica ma solo si limita a richiedere una revisione del regolamento delle spese in conseguenza dell'auspicato accoglimento del primo e/o del secondo motivo di ricorso.

16. Il quarto motivo è infondato.

Si ricava dallo stesso ricorso incidentale in esame (nella parte dedicata ad una «*breve esposizione sull'exkursus processuale*», v. pag. 3) che:

— il procedimento cautelare venne promosso *ante causam* dalla parte avversa, Angiola M. Lo Faro, per l'eliminazione delle infiltrazioni da essa addebitate allo stato di cattiva manutenzione dell'attiguo immobile Italia, ai sensi degli artt. 1172 cod. civ., 688 e 700 cod. proc. civ., avanti il Pretore di Siracusa;

— l'istanza venne accolta e, ordinata l'eliminazione degli inconvenienti, venne conseguentemente concesso il termine di trenta giorni per l'inizio della causa di merito;

— la causa di merito venne però promossa, come già detto nel giugno del 1994, non davanti al Pretore ma davanti al Tribunale di quella città.

Ebbene, stante la stretta correlazione che, anche nel caso di ricorso cautelare anteriore alla causa di merito, in ragione del nesso di strumentalità del primo rispetto alla seconda, è posta in punto di competenza tra i due procedimenti dall'art. 669-*ter* cod. proc. civ.

(applicabile nella specie *ratione temporis* trattandosi di procedimento introdotto nel 1993, come riferito alla stessa ricorrente incidentale a pag. 11 del proprio ricorso), la proposizione della domanda di merito avanti a giudice diverso da quello adito per la cautela equivale al mancato inizio del susseguente giudizio di merito cui il procedimento cautelare era da intendere legato da nesso di strumentalità; il che, da un lato, integra causa di inefficacia del provvedimento, dall'altro — ed è ciò che maggiormente interessa in questa sede — esclude che sulle spese del procedimento cautelare abbia titolo a provvedere il diverso giudice avanti al quale è introdotta la causa di merito.

In tale contesto, del tutto correttamente, dunque, la Corte d'appello ha omesso di provvedere sulle spese di detto procedimento essendo anche da escludere che il silenzio sul punto (non a caso accompagnato anche dall'assenza di alcun provvedimento di revoca dei rimedi ordinati in sede cautelare) possa essere imputato a mero errore materiale suscettibile come tale di correzione ai sensi degli artt. 287 e ss. cod. proc. civ. (v. Cass. Sez. U. n. 16415 del 21/06/2018; Cass. n. 29029 del 13/11/2018).

17. In conclusione, in accoglimento del solo quarto motivo del ricorso principale e di quello proposto da Lucia Puglisi e Francesco Messina, disattesi tutti gli altri motivi, anche del ricorso incidentale proposto da Francesca Italia, la sentenza impugnata va cassata in relazione, con rinvio al giudice *a quo*, al quale va anche demandato il regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità.

18. Va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente incidentale Francesca Italia, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso incidentale, ove dovuto, a norma dell'art. 1-*bis* dello stesso art. 13.

P.Q.M.

accoglie il quarto motivo del ricorso principale e il quarto motivo del ricorso incidentale proposto da Lucia Puglisi e Francesco Messina; dichiara inammissibile il secondo motivo dell'uno e dell'altro ricorso; rigetta il terzo motivo dei ricorsi medesimi; rigetta il ricorso incidentale proposto da Francesca Italia; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia la causa ad altra sezione della Corte d'appello di Catania, comunque in diversa composizione, alla quale demanda anche il regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-*quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, Francesca Italia, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso incidentale, ove dovuto, a norma dell'art. 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza