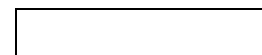


Civile Ord. Sez. 2 Num. 32858 Anno 2022

Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA

Relatore: TEDESCO GIUSEPPE

Data pubblicazione: 08/11/2022



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 23017/2019 R.G. proposto da:

MARINA SRL, ESTATE SRL, FABBRI ELENA, GARDINI FOLCO, GARDINI GOFFREDO, domiciliati *ex lege* in ROMA, PIAZZA CAVOUR presso la CANCELLERIA della CORTE di CASSAZIONE, rappresentati e difeso dagli avvocati ROBERTO MARINONI, MATTEO SPATARO, GIUSEPPE VALVO;

-ricorrenti-

contro

DE ANGELIS MASSIMO, MOGGI CRISTINA, CONDOMINIO CAMPIELLO TRE, elettivamente domiciliati in ROMA VIA BALDO DEGLI UBALDI, 66, presso lo studio dell'avvocato SIMONA RINALDI GALLICANI, rappresentati e difesi dagli avvocati FRANCESCO ANDRIULLI, GIORGIO LA MALFA;

-controricorrenti - ricorrenti incidentale-

avverso SENTENZA di CORTE D'APPELLO BOLOGNA n. 2066/2019 depositata il 10/07/2019.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 20/10/2022 dal Consigliere GIUSEPPE TEDESCO.

FATTI DICAUSA

1. La presente controversia trae origine dalla vendita per notaio Alvisi del 6 febbraio 1976 rep. n. 72105, che aveva quale parte venditrice la Marina S.p.A., rappresentata in atti dal suo amministratore unico Ferruzzi Ida in Gardini, Gardini Raul e Gardini Franco, e quale parte acquirente la CO.VE.CO S.r.l. (CO.VE.CO). Con tale contratto la CO.VE.CO., già proprietaria della particella 2246, acquistava da Gardini Raul e Gardini Franco terreni siti in Comacchio, riportati nel catasto al foglio 78, particelle 1341, 1342, 1080, 1343 e 1344; con lo stesso contratto la CO.VE.CO acquistava da Marina S.p.A., le particelle al medesimo foglio 1339 e 1340. La stessa CO.VE.CO quindi realizzava sul terreno di sua proprietà tre condomini, uno dei quali Campiello Tre, posto a confine con l'area occupata dal Campeggio Mare e Pineta, già insistente sull'area rimasta di proprietà dei venditori in forza dell'atto del 1976.

In tale contratto è inserita la seguente previsione: "se le porzioni di terreno indicate in planimetria coi simboli A e A1 – attualmente destinate all'international Camping Mare e Pineta, verranno urbanizzate e su di esse verranno edificate abitazioni a carattere residenziale, la proprietà Gardini Raul e Franco e Marina S.p.A. potranno allargare sul proprio terreno lo stradello nel Frattempo realizzato dalla CO.VE.CO S.r.l. ed indicato nella su allegata planimetria con il simbolo E [...]. Su detta strada avranno la servitù attiva di passaggio per pedoni, veicoli ed animali, per conduttore aree e sotterranee sia i complessi residenziali realizzati dalla CO.VE.CO, sia quelli realizzati dalla proprietà Gardini Raul e Franco e Marina S.p.A., col solo obbligo di concorrere alle spese di manutenzione in proporzione all'utenza".

La CO.VE.CO ha costruito la strada a cui allude la previsione.

2. De Angelis Massimo e Moggi Cristina, proprietari di unità immobiliari poste nel Condominio Campiello Tre, hanno chiamato in giudizio le società Marina S.p.A., venditrice in forza dell'atto del 1976, e la Estate S.p.A., gestore del Camping Mare e Pineta, e gli eredi Gardini; hanno chiesto accertarsi l'inesistenza della servitù sul terreno di proprietà condominiale, precisando che la lite era stata promossa dopo una causa di possessoria, nella quale fu chiesta la reintegrazione nel possesso del passaggio, definita positivamente per i ricorrenti.

I convenuti si sono costituiti e hanno chiesto accertarsi l'esistenza della servitù convenzionale in forza del titolo del 1976 e, in subordine, per usucapione. Il giudice di primo grado ha accolto la domanda principale, dichiarando assorbita la domanda subordinata di usucapione.

La Corte d'appello ha riformato la sentenza.

Essa ha riconosciuto a) che la previsione contrattuale aveva dato luogo a una servitù a vantaggio di edificio da costruire, ai sensi del secondo comma dell'art. 1029 c.c.; b) che la condizione, identificata nella costruzione degli edifici residenziali sul fondo degli appellanti, non si era realizzata; c) che gli interventi edilizi, indicati dagli appellanti, non avevano comportato la modifica della destinazione dell'area, che era rimasta adibita a campeggio; d) che, ad ogni modo, le opere erano collocate in zone diverse rispetto a quelle di interesse nella lite; e) che la circostanza invocata dagli appellanti - secondo cui nelle scritture di trasferimento, intercorse fra la CO.VE.CO e alcuni degli acquirenti delle singole unità abitative comprese nel condominio, fosse richiamata la servitù - non era idonea, nel difetto di una preesistente costituzione, ad atteggiarsi, essa stessa, quale

titolo della servitù; f) che la domanda di usucapione, rimasta assorbita in promo grado, non era stata riproposta in appello.

Per la cassazione della sentenza Marina S.r.l., Estate S.r.l., Fabbri Elena, Gardini Folco, Gardini Goffredo hanno proposto ricorso, affidato a cinque motivi. De Angelis Massimo, Moggi Cristina e il Condominio Campiello Tre hanno resistito con controricorso, contenente ricorso incidentale, affidato a un unico motivo.

Le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo del ricorso principale denuncia la violazione dei criteri di ermeneutica contrattuale e dell'art. 1029 c.c. La Corte di merito ha esaurito l'attività interpretativa arrestandosi al solo dato letterale, per lo più travisandolo, non avendo considerato la ragione pratica del contratto, che non implicava, dal lato dei venditori, la modificazione della destinazione attuale terreno al momento dell'atto, né prevedeva la costruzione di condomini analoghi a quelli del Condominio Campiello Tre. Si rimprovera poi alla Corte di merito di non avere considerato, nella interpretazione della clausola, il comportamento delle parti anche successivo al contratto: a questo riguardo un significato particolare assumeva il fatto che la servitù era stata enunciata nell'atto con il quale la CO.VE.CO., aveva a sua volta venduto parte del fondo a un terzo (atto Alvisi del 28 aprile 1977), atto - quest'ultimo - a sua volta richiamato nei trasferimenti successivi. Si doveva inoltre considerare il protratto esercizio del diritto, testimoniato dal possesso delle chiavi d'accesso allo stradello da parte di Marina S.p.A., al cui rappresentante esse furono consegnate dall'amministratore del Condominio.

2. Si deve innanzitutto precisare che non ha costituito oggetto di esame da parte della Corte d'appello, né delle questioni proposte con

il ricorso, l'opponibilità della eventuale servitù nei confronti degli acquirenti delle singole unità abitative edificate sul fondo a suo tempo acquistato dalla CO.VE.CO. La lite riguarda esclusivamente l'interpretazione della convenzione del 1976.

3. Il primo motivo del ricorso principale è fondato. La Corte d'appello, nell'interpretazione del titolo, ha preso le mosse dalla distinzione, posta dall'art. 1029 c.c., fra servitù per vantaggio futuro e servitù in favore di edificio da costruire.

Si insegna che la servitù costituita per assicurare al fondo un vantaggio futuro, secondo la previsione del primo comma dell'art. 1029 c.c., ha efficacia immediata, ossia dal momento stesso della sua costituzione, purché l'*utilitas*, che essa tende ad assicurare al fondo dominante, in quanto connessa con la futura destinazione o utilizzazione del fondo dominante, sia almeno eventuale (Cass. n. 20400/2000), secondo criteri di normale valutazione, avuto riguardo alle possibili e verosimili prospettive di sfruttamento del fondo medesimo. L'immediatezza degli effetti della servitù costituita per un vantaggio futuro importa che ne sia ammesso l'esercizio anche quando quel vantaggio non si possa ancora realizzare o, comunque, non lo si possa attuare nella sua pienezza (Cass. n. 712/1968; n. 1766/1976).

Diversamente la convenzione costitutiva di una servitù a vantaggio di edificio futuro non produce immediatamente effetti reali ma soltanto obbligatori (Cass. n. 332/1970), suscettibili di trasformarsi in effetti reali, con la conseguente costituzione della servitù, senza bisogno di ulteriore convenzione, quando l'edificio sia costruito (Cass. n. 498/1965; n. 1476/1964; 109/1962; n. 3316/1969; n. 2166/1972; n. 3367/1981). La situazione, cui è subordinata la nascita della servitù, è configurata come condizione (Cass. n. 835/1971). I diritti

fondati su quel vincolo, finché esso rimane di natura obbligatoria, si prescrivono secondo le norme ordinarie in materia di obbligazioni, decorrendo la prescrizione dal momento costitutivo del vincolo stesso, e non già nel termine di prescrizione ventennale previsto dall'art. 1073 c.c. per le servitù (Cass. n. 1201/1965; n. 1476/1964; n. 5890/1985; n. 1622/1987; n. 4839/1989; n. 7618/1994; n. 2432/2011). Il termine ex art. 1073 c.c. potrebbe venire in considerazione solo da quando l'edificio sia stato costruito (Cass. n. 10486/2018). Se la costruzione non sia realizzata entro il termine ordinario di prescrizione ordinario, il diritto si estingue sia nei suoi effetti obbligatori sia in quelli reali (Cass. n. 332/1970).

Quando l'*utilitas* presuppone la costruzione degli edifici, nel senso che, in loro mancanza, il contenuto del rapporto risulterebbe privo dell'inerenza oggettiva necessaria a dar vita concreta alla servitù (Cass. n. 3543/1980; n. 1267/1996), la servitù non si trasferisce col puro e semplice trasferimento del suolo ancora ineditato, in quanto permane la natura obbligatoria del rapporto costituito dagli originari contraenti (Cass. n. 3543/1980). I successivi acquirenti del fondo medesimo, mediante apposite e specifiche pattuizioni, possono solo subentrare nel rapporto obbligatorio facente capo ai rispettivi danti causa (Cass. n. 3543/1980; n. 4630/1987). La trascrizione dell'atto di compravendita, nel quale sia inserita la clausola costitutiva della servitù a favore di un edificio da costruire, è irrilevante (Cass. n. 1476/1964).

Quando, invece, il vantaggio ed il corrispondente onere sono indipendenti dalla prevista costruzione degli edifici, in guisa da inerire direttamente ai suoli non ancora edificati con carattere di realtà, si verte nell'ipotesi, di cui al primo comma del citato art. 1029 c.c., di servitù immediatamente costituita con carattere ed effetti reali (Cass.

n. 4251/1974; n. 2949/1976; n. 235/1982), la quale è, come tale, opponibile anche agli acquirenti del suolo passivamente gravato, purché sia tempestivamente adempiuto l'onere della trascrizione (Cass. n. 6673/1981; n. 5287/1983; n. 2016/1968; n. 8227/1997; n. 8885/2000).

4. È stato affermato che, al fine di stabilire se nella vendita di aree fabbricabili i contraenti abbiano inteso costituire una servitù a vantaggio o a carico dei fondi esistenti ovvero di costruendi edifici, è necessario fa ricorso al criterio dell'attualità o non dell'*utilitas* nella quale il contenuto della servitù si concreta (Cass. n. 1053/1970). Si verte nell'ipotesi prevista nel secondo comma dell'art. 1029 c.c., allorché l'*utilitas* consista in un vantaggio che soltanto l'edificio costruendo potrà rispettivamente fruire o arrecare, mentre, qualora la costruzione dell'edificio non costituisca necessaria condizione per la fruizione o rispettivamente per l'apporto del vantaggio medesimo, in tal caso il vantaggio o il peso si imprimono direttamente sul suolo non edificato e la servitù deve intendersi costituita con carattere di realtà in forza e al momento della stipulazione del patto (Cass. n. 2246/1978; n. 5675/1979; n. 4833/1988).

A tal fine occorre interpretare la comune volontà delle parti, come risultante dal contratto nel suo complesso, per individuare a vantaggio di quale immobile venne costituito il diritto reale, tenendo presente che l'ipotesi di servitù a favore di edificio da costruire (secondo comma dell'art 1029 c.c.) ha carattere eccezionale, e di dubbia verifica quando l'edificio non sia destinato a costituire superficie (ossia, ad avere esistenza giuridica separata dal suolo) e presuppone la sicura identificazione del fondo dominante nell'edificio erigendo (Cass. n. 4239/1975; Cass. n. 4346/2000).

Si nota esattamente che il problema interpretativo non è di difficile soluzione in presenza di servitù tipiche, che non possono riguardare se non l'edificio (quali, ad esempio, le vedute, lo stillicidio, l'acquedotto destinato a condurre l'acqua in dotazione dell'edificio etc.). Il problema si presenta di meno facile soluzione quando la servitù, come quella di passaggio, abbia carattere anfibio e, considerata da un punto di vista astratto, potrebbe giovare tanto all'edificio, quanto al terreno non costruito.

È stato ancora osservato in dottrina che, nell'ipotesi di servitù a favore di edificio da costruire, occorre distinguere a seconda che il fondo servente sia costituito da una costruzione indipendentemente dal suolo oppure dal suolo cui accede il costruendo edificio. Ora, fermo restando che nel primo caso il tutto è subordinato alla costruzione dell'edificio, si propende a ritenere che anche il secondo caso rientri nella previsione del secondo comma dell'art. 1029 c.c. (e non del primo), con la conseguenza che la servitù resta condizionata dalla costruzione dell'edificio, tranne che non si consideri, in fatto, la concreta utilità per il suolo.

5. La Corte d'appello non ha fatto corretta applicazione dei principi sopra richiamati. Infatti, l'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 1029 c.c. è stata riscontrata sulla base del solo tenore letterale delle espressioni usate nel titolo, in assenza di qualsiasi verifica circa l'attualità dell'*utilitas* nel significato sopra chiarito, nonostante fosse un fatto acquisito che l'azione petitoria di *negatoria servitutis* fu esercitata dopo che gli attuali ricorrenti erano risultati vittoriosi nell'azione possessoria intrapresa dopo la sostituzione della serratura del cancello di accesso allo "stradello" da parte del Condominio. Risulta inoltre che, sul presupposto del protratto esercizio del passaggio, gli attuali ricorrenti avevano chiesto, in via subordinata,

l'accertamento dell'acquisto della servitù per usucapione, essendosi svolta sul punto una prova testimoniale.

La mancata considerazione del criterio distintivo fra le due ipotesi previste dall'art. 1029 c.c., costituito dell'attualità o non dell'*utilitas* nella quale il contenuto della servitù si concreta, ridonda anche in un errore nella interpretazione della volontà contrattuale, che la Corte d'appello ha esaurito nella sola esegesi del testo contrattuale, mentre, nella situazione di fatto sopra descritta - al cospetto di più elementi che, in linea di principio, deponevano nel senso che la servitù, quanto meno dopo la costruzione dello stradello, fosse suscettibile di esercizio, indipendentemente dalla costruzione dell'edificio - era giustificato certamente il ricorso anche agli altri criteri ermeneutici previsti dalle norme dell'art. 1362 c.c., a partire dal comportamento successivo dei contraenti, atteso che «anche un testo apparentemente chiaro può non esserlo più di fronte al comportamento diverso dei contraenti che hanno inteso concretamente il loro rapporto in altro senso, ed al giudice, peraltro, è consentito di utilizzare qualunque mezzo ermeneutico contro una lettera solo apparentemente chiara, quando abbia la forza di modificarla, sempre che, tuttavia, non si venga a prescindere del tutto dalle espressioni usate» (Cass. n. 6935/1983; n. 5528/1981; cfr. altresì Cass. n. 24699/2021; n. 34705/2021; n. 2173/2022).

È appena il caso di ricordare che la valutazione del comportamento delle parti costituisce un criterio ermeneutico adottabile anche in materia di servitù, nei limiti, naturalmente, entro i quali il criterio è utilizzabile per i contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam* (Cass. n. 4526/1985; n. 7416/2000; 8080/2002; n. 4795/2004; n. 12297/2011).

Sotto questo profilo è chiaro che anche l'enunciazione della servitù in forza del titolo del 1976, fatta dalla CO.VE.CO in successivi atti di trasferimento (enunciazione di cui la stessa sentenza impugnata riconosce l'esistenza), pur essendo certamente inidonea per sé stessa a costituire la servitù, rimaneva comunque valutabile ai fini dell'interpretazione, non essendo inibito al giudice, al fine di identificare la portata della volontà negoziale, di trarre argomento di prova anche da contratti conclusi da una delle parti con terzi (Cass. n. 221/1977). Nel caso in esame, occorreva tenere conto che si trattava di un comportamento proveniente dal proprietario del fondo in ipotesi asservito (Cass. n. 1122/1976).

6. Con il secondo motivo del ricorso principale si denuncia la violazione dell'art. 2700 c.c. Si sottolinea che la enunciazione circa l'esistenza della servitù, nel titolo con il quale la CO.VE.CO aveva alienato il fondo, così come il richiamo di tale atto negli atti traslativi successivi, facevano prova fino a querela di falso, essendo riportati in atti pubblici.

Il motivo, fatta salva la precisazione *infra*, è infondato. L'efficacia probatoria dell'atto pubblico, nella parte in cui fa fede fino a querela di falso, è limitata agli elementi estrinseci dell'atto, indicati all'art. 2700 c.c., e non si estende al contenuto intrinseco del medesimo (Cass. n. 20214/2019; n. 22093/2017). L'atto ricognitivo di una servitù fa piena prova delle dichiarazioni contenute nel documento originale col quale venne costituito il diritto, fermo restando che gli effetti della ricognizione non si producono quando manchi un precedente titolo valido (Cass. n. 2458/1967).

La sola questione rilevante, nel caso in esame, riguarda l'esistenza della servitù in base all'atto del 1976, menzionata negli atti di trasferimento del fondo servente (Cass. n. 21501/2018; n.

9457/2011). Di ciò sono perfettamente consapevole i medesimi ricorrenti, i quali evidenziano che il difetto di efficacia costitutiva lasciava ferma la rilevanza della dichiarazione quale attestazione dell'attualità del diritto al momento della successiva alienazione del fondo in ipotesi "asservito". Da questo punto di vista, in linea di principio corretto, la censura è assorbita dall'accoglimento del primo motivo (*supra*).

7. Con il terzo motivo i ricorrenti principali denunciano omesso esame di un fatto decisivo: questo è identificato nella effettiva ubicazione degli interventi edilizi realizzati nel campeggio, che erano collocati esattamente nel luogo indicato nella clausola dell'atto del 1976.

Il motivo allude a una *ratio* secondaria della decisione, perché la Corte d'appello ha escluso già in via di principio che gli interventi invocati dagli attuali ricorrenti potessero essere considerati idonei a integrare l'avveramento della (supposta) condizione sospensiva prevista nel contratto. Il motivo, pertanto, è interamente assorbito dall'accoglimento del primo motivo, che comporta l'esigenza di un rinnovato esame della vicenda.

8. Il quarto motivo del ricorso principale censura la sentenza nella parte in cui la Corte di merito non ha pronunciato sulla domanda subordinata di usucapione, imputando all'appellata di non averla riproposta. Si sostiene che tale domanda, tenuto conto della natura del diritto fatto valere, non aveva bisogno di esplicita riproposizione, essendo sufficiente l'aver insistito nella domanda originaria. Tale atteggiamento difensivo supposeva la deduzione anche del titolo acquisitivo fatto valere in via subordinato, la cui valutazione era rimasta assorbita dall'accoglimento della domanda principale, operato in primo grado.

Il motivo è fondato. La proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei cd. diritti "autodeterminati", individuati, cioè, sulla base della sola indicazione del relativo contenuto sì come rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto, con la conseguenza che la *causa petendi* delle relative azioni giudiziarie si identifica con i diritti stessi e non con il relativo titolo - contratto, successione ereditaria, usucapione, ecc. - che ne costituisce la fonte, la cui eventuale deduzione non ha, per l'effetto, alcuna funzione di specificazione della domanda, essendo, viceversa, necessario ai soli fini della prova. Non viola, pertanto, il divieto dello *ius novorum* in appello la deduzione da parte dell'attore - ovvero il rilievo *ex officio iudicis* - di un fatto costitutivo del tutto diverso da quello prospettato in primo grado a sostegno della domanda introduttiva del giudizio (Cass. n. 23565/2019; n. 3192/2003).

Se ne deve dedurre che la parte, vittoriosa in primo grado sul titolo costitutivo contrattuale, non aveva l'onere di riproporre la domanda di usucapione, rimasta assorbita. È vero invece che il giudice d'appello, una volta negata l'esistenza della convenzione costitutiva, avrebbe dovuto valutare d'ufficio se la parte avesse dato la prova dell'acquisto della servitù a titolo originario.

9. L'accoglimento del quarto motivo principale comporta l'assorbimento del quinto motivo, coordinato al precedente, con il quale i ricorrenti si dolgono dal mancato esame delle prove testimoniali, che confermavano l'esercizio ultraventennale del passaggio.

10. È inammissibile il solo motivo del ricorso incidentale, con il quale si denuncia l'omesso esame dell'eccezione di prescrizione, formulata per il caso che si fosse ravvisato il carattere obbligatorio del patto inserito nel contratto del 1976.

Infatti, la Corte d'appello non si è pronunciata sulla questione, se è vero che il ricorso incidentale è proposto per la denegata ipotesi che la Suprema Corte cassi nel merito la sentenza impugnata: tale rilievo basta a evidenziare, appunto, l'inammissibilità del ricorso incidentale, salva la facoltà di riproporre la questione al giudice di rinvio (Cass. n. 22095/2017; n. 11270/2020).

11. In conclusione, la sentenza deve essere cassata in relazione al primo e al quarto motivo del ricorso principale e la causa deve essere rinviata alla Corte d'appello di Bologna, che, in diversa composizione, dovrà rinnovare l'interpretazione del contratto, attenendosi ai criteri di cui sopra, decidendo eventualmente sulla sussistenza dei presupposti per l'acquisto della servitù per usucapione. La Corte di rinvio liquiderà le spese del presente giudizio di legittimità.

L'inammissibilità del ricorso incidentale giustifica il raddoppio del contributo, sussistendone i presupposti.

P.Q.M.

accoglie il primo e il quarto motivo del ricorso principale; *rigetta* il secondo del ricorso principale; *dichiara* assorbiti il terzo e il quinto motivo dello stesso ricorso principale; *dichiara* inammissibile il ricorso incidentale; *cassa* la sentenza in relazione ai motivi del ricorso principale accolti; *rinvia* alla Corte d'appello di Bologna in diversa composizione anche per le spese; ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti incidentali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione