

20325-21



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE CIVILE

Oggetto: servitù

composta dagli Ill.mi Magistrati:

- Rosa Maria Di Virgilio - Presidente -
- Elisa Picaroni - Consigliere -
- Giuseppe Grasso - Consigliere -
- Giuseppe Fortunato - Consigliere Rel. -
- Giuseppe Dongiacomo - Consigliere -

R.G.N. 2962/2016

Cron. 20325

C.C. - 3.2.2021.

31 CI

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 2962/2016 R.G. proposto da

GIULIANA, rappresentata e difesa dall'avv.
ANDREA DE' OLISI, FEDERICA SERRAZZI

i

- RICORRENTE-

contro

MARCO, rappresentato e difeso dall'avv.

ii

ii

- CONTRORICORRENTE-

e

ALBINO, rappresentato e difeso dall'avv.

ii

ii

- CONTRORICORRENTE-

nonché

52
437/21

**CRISTINA, LORETTA COLOGNA, EMERANZIANI
MARIA PIA.**

-INTIMATE-

avverso la sentenza della Corte d'appello di Trento n. 211/2015, depositata in data 2.7.2015.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 3.2.2021 dal Consigliere Giuseppe Fortunato.

FATTI DI CAUSA

Albino I ra evocato in giudizio dinanzi al tribunale di Trento - sezione di Cles - Cristina , Giuliana Maria Pia Emerenziani, Marco I e Loretta Cologna, assumendo di essere titolare della p. ed. 222 (ex 153/2) e di una quota di 1/3 della p.f. 153/4, rimaste intercluse a seguito della divisione, effettuata con rogito del 10.9.1998, dell'unitaria consistenza in titolarità del comune dante causa, Francesco i.

Ha chiesto di disporre la costituzione della servitù di passaggio a piedi e con mezzi meccanici a carico del cortile di cui al p.m. 4 della p.ed. 100, ai sensi degli artt. 1054 c.c., o di costituire la suddetta servitù ai sensi dell'art. 1051 c.c., nonché, in ulteriore subordine, di accertare la sussistenza del diritto di passaggio per destinazione del padre di famiglia, instando altresì per la costituzione di una servitù coattiva di acquedotto e scarico sul cortile consortile o sulle porzioni di Giuliana di Marco e Loretta Cologno.

Marco I i è costituito in giudizio e - senza opporsi alla domanda - ha chiesto la costituzione del diritto di passaggio carrabile e pedonale a carico del cortile consortile ricadente nella part. 100, a favore della p.f. 153/1, parimenti rimasta interclusa a seguito della suddetta divisione, e la rimozione delle tubazioni collocate nel sottosuolo del suo immobile (porzioni 2 e 3 della part. 120) da Cristina e Giuliana .

Con sentenza n. 112/2012 il tribunale ha costituito: a) la servitù di passaggio pedonale e veicolare, ai sensi dell'art. 1054 c.c., sulla

porzione n. 4 della part. ed. 100, favore delle p.p. ed. 222, 153/4 di Albino I : 153/4 di Marco I) la servitù coattiva di passaggio, ai sensi dell'art. 1051 c.c., a carico delle porzioni nn. 1,2 e 3 della part. ed. 100, a favore delle partt. 222 e 153/4 di Albino nonché della part. 153/4 di Marco quantificando le relative indennità; c) la servitù di acquedotto in favore del fondo di Albino con determinazione dell'indennità, dichiarando l'inesistenza del diritto di posa delle tubature attraverso le porzioni nn. 2 e 3 della part. ed. 120 e a favore delle porzioni nn. 1,2 e 3 della part. ed. 100, ordinandone la rimozione e regolando le spese. La sentenza è stata confermata in appello.

Secondo il giudice distrettuale, il rogito del 10.9.1998 costituiva una vera e propria divisione dell'unitaria consistenza originariamente in capo a Francesco e aveva dato luogo all'interclusione delle porzioni assegnate ad Albino e a Marco sicché la costituzione dei diritti di passaggio doveva aver luogo in applicazione dell'art. 1054 c.c. tra gli originari dividendi. Il diritto non si era prescritto, poiché l'eccezione proposta da Giuliana era tardiva, mentre Marco aveva interrotto il termine di prescrizione con la missiva del 16.11.2006.

La sentenza ha dato atto che le parti - sempre in data 10.9.1998 - avevano concluso talune donazioni, costituendo contestualmente servitù di passo pedonale e carrabile a favore dei fondi interclusi, ma ha ritenuto che l'obbligo contemplato dall'art. 1054 c.c. non poteva considerarsi adempiuto, poiché la servitù carrabile consentiva solo il passaggio di mezzi di ridotte dimensioni, sicché l'interclusione non era stata eliminata e non era stata superata neppure per effetto dell'acquisto, da parte di Albino I delle partt. 153/3 e 175/1, poiché, per accedere alla via pubblica, era necessaria la realizzazione di opere particolarmente onerose. Quanto al luogo su cui era stata costituita la servitù di acquedotto, la Corte distrettuale ha ritenuto che il percorso scelto dal tribunale fosse il più conveniente, consentendo ai titolari dei fondi dominanti di utilizzare le condotte

già esistenti sul fondo servente, senza richiedere modifiche dello stato dei luoghi.

Per la cassazione della sentenza Giuliana ha proposto ricorso in nove motivi, illustrati con memoria.

Marco e Albino I resistono con controricorso.

Le altre parti non hanno svolto difese.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo censura la violazione degli artt. 168 bis, commi quarto e quinto, e 269 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 4 c.p.c., per aver la sentenza dichiarato tardiva la costituzione in giudizio della ricorrente, sebbene la prima udienza dinanzi al tribunale, inizialmente fissata per il 19.5.2009, fosse stata rinviata una prima volta per impedimento del giudice al 29.9.2009 e - successivamente - sempre d'ufficio al 23.3.2010, sicché, ai fini della tempestività della costituzione, la convenuta avrebbe dovuto osservare il termine di 20 gg. computato a ritroso dalla data dell'ultimo rinvio, trovando applicazione il quinto comma dell'art. 168 bis c.p.c..

Il motivo è infondato.

L'art. 168 bis c.p.c. dispone che, formato un fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo precedente, il cancelliere lo presenta senza indugio al presidente del tribunale, il quale, con decreto scritto in calce della nota d'iscrizione a ruolo, designa il giudice istruttore davanti al quale le parti debbono comparire, se non creda di procedere egli stesso all'istruzione. Subito dopo la designazione del giudice istruttore il cancelliere iscrive la causa sul ruolo della sezione, su quello del giudice istruttore e gli trasmette il fascicolo.

Se nel giorno fissato per la comparizione, il giudice istruttore designato non tiene udienza, la comparizione delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza immediatamente successiva tenuta dal giudice designato (art. 168 bis, comma quarto c.p.c.).

All'infuori delle ipotesi ricadenti nel comma quarto, il giudice istruttore può differire, con decreto da emettere entro cinque giorni

dalla presentazione del fascicolo, la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. In tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova data della prima udienza.

La formulazione della norma adottata con L. 353/1990 prevedeva che, nei casi ricadenti nel quinto comma, restassero *"ferme le decadenze riferite alla data di udienza fissata nella citazione, e* sebbene la disposizione sia stata soppressa dall'art. 2 del D.L. 571/1994, convertito con L. 673/1994, è rimasta immutata la previsione - introdotta dalla L. 857/1950 - dell'art. 70 bis disp. att. c.p.c., secondo cui i termini di comparizione, stabiliti nell'articolo 163-bis del codice, debbono essere osservati in relazione all'udienza fissata nell'atto di citazione, anche se la causa è rinviata ad altra udienza a norma dell'articolo 168-bis quarto comma dello stesso codice.

Nel caso in esame, il duplice rinvio della prima udienza è stato disposto per impedimento del giudice e per ragioni d'ufficio e non per una scelta discrezionale del giudice istruttore - ai sensi del comma quinto dell'art. 168 bis c.p.c. - diretta a consentirgli l'esame preliminare della causa e di programmarne il successivo sviluppo del processo in vista delle attività consentite dall'art. 183 c.p.c.

In tale situazione, la convenuta non poteva beneficiare di alcun differimento dei termini di costituzione e per proporre eventuali riconvenzionali o eccezioni in senso stretto, era tenuta a costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata in citazione e non (anche) di quella eventualmente successiva fissata a norma dell'art. 168 bis, comma quarto, c. p.c., in ragione del calendario delle udienze del giudice designato (Cass. 12490/2007; Cass. 6601/2012).

Va - peraltro - ricordato che la scelta del legislatore di non anticipare la costituzione della parte allorché il giudice non abbia differito l'udienza indicata in citazione per esigenze di organizzazione dei ruoli di udienza e per procedere ad un primo esame delle questioni dibattute, è stata ritenuta non illegittima o ragionevole

(cfr. Corte cost. 461/1997, Corte cost. 164/1998, 139/2009 e 174/2013).

Lo spostamento del termine per la costituzione del convenuto (con le connesse decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.) si determina – in definitiva – solo nei casi ricadenti nel comma quinto dell'art. 168 bis, comma 5, c.p.c..

2. Per ragioni di ordine logico, va esaminato con priorità il terzo motivo di ricorso, con cui si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1054 c.c. e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, ai sensi dell'art. 360, comma primo, nn. 3 e 5 c.p.c., contestando alla Corte di merito di aver imposto la servitù di transito sulla p.m. 4 della part. ed. 100, che era però costituita in parte da un appartamento destinato a civile abitazione e in parte da un cortile comune anche alle p.m. nn. 1-2-3, non ricadendo in proprietà esclusiva di Francesco dante causa delle parti.

Si sostiene inoltre che le porzioni assegnate in sede di divisione non facevano parte di un unico cespite, ma costituivano entità immobiliari autonome, munite di servitù già costituite da tempo.

La situazione di interclusione non era stata creata dalla divisione del 10.9.1998 (atto con cui i comproprietari si erano assegnati fondi già divisi da tempo) e, comunque, contestualmente all'atto di divisione del 10.9.1998, i dividendi avevano costituito talune servitù di passaggio pedonale e carrabile a favore dei fondi di Marco e Albino e a carico della p.ed. 120, non potendo trovare applicazione l'art. 1054 c.c., stante peraltro la situazione di interclusione solo relativa dei pretesi fondi dominanti.

Il motivo è fondato per le ragioni che seguono.

La sentenza ha costituito la servitù di transito pedonale e carrabile ai sensi dell'art. 1054 c.c., in favore dei fondi di Marco e Albino n catasto alla p. ed. 222 e alle pp.ff. 153/4 e 153/1 sulla porzione materiale n. 4 della part. 100, sul presupposto che la situazione di interclusione fosse scaturita dall'atto di divisione del 1998, con il quale i dividendi avevano proceduto all'assegnazione

delle singole porzioni originariamente in titolarità esclusiva di Francesco

La sentenza, pur dando atto che i contraenti, oltre a procedere alla divisione in data 10.9.1998, avevano costituito - con atto separato stipulato in pari data - distinte servitù di transito pedonale e carrabile a carico delle p.m. 2 e 3 della p. ed. 120 e a favore della porzione materiale n. 1 della p. ed. 120, nonché delle pp.ff 153/1 in proprietà di Marco Leonardi, della part. 153/2 di cui era titolare Albino I : della part. 153/4 in comproprietà di Albino e Giuliana Leonardi, ha ritenuto non adempiuto l'obbligo legale imposto dall'art. 1054 a carico degli altri dividendi, poiché permaneva l'interclusione relativa, dipendente dal fatto che l'ampiezza della part. 120 era insufficiente a garantire il transito di mezzi muniti di più di due ruote.

Va fatto anzitutto osservare che - sul piano concettuale - il passaggio pedonale e il passaggio carrabile costituiscono servitù distinte e autonome (Cass. 3906/2000).

In particolare, la servitù di passo carrabile si differenzia da quella di passaggio pedonale per la maggiore ampiezza del suo contenuto, perché, condividendo con quest'ultima la funzione di consentire il transito delle persone, soddisfa l'ulteriore esigenza di trasporto con veicoli di persone e merci da e verso il fondo dominante (Cass. 19483/2019).

L'esistenza di una servitù di passaggio con mezzi meccanici non comprende anche il diritto di passaggio pedonale, consentendo tale facoltà, in assenza di altro titolo, nei limiti di quanto necessario per il transito dei mezzi (Cass. 3392/1962; Cass. 804/1964; Cass. 1457/1971)

Quindi, l'accertata insufficienza dell'ampiezza del tratto asservito ai fini del passaggio di mezzi meccanici non consentiva di ritenere inadeguato il medesimo percorso anche per l'esercizio del transito pedonale, una volta stabilito in fatto che era possibile esercitare il

passaggio attraverso la part. 120 sia a piedi, che con mezzi di ridotte dimensioni (cfr. sentenza pag. 18).

Avendo i condividenti munito le singole porzioni del diritto di passaggio pedonale, non era possibile imporre ulteriori servitù gratuite e di analogo contenuto ai sensi dell'art. 1054 c.c., avendo le parti avviato alla situazione di interclusione originariamente determinata dal rogito di divisione del 10.9.1998.

L'errore in cui è incorsa la Corte distrettuale consiste - dunque - nell'aver considerato le due distinte servitù come un unico diritto di passaggio, nell'aver omesso di rilevare che non permaneva alcuna interclusione che giustificasse un ulteriore asservimento del fondo della ricorrente per il transito pedonale, e che, riguardo al passaggio carrabile, l'avvenuta costituzione del diritto in via consensuale e l'inadeguata ampiezza del tratto asservito non lasciavano automaticamente configurare la condizione richiesta dall'art. 1054 c.c. per la costituzione della servitù, ossia che il fondo fosse *chiuso da ogni parte* per effetto della divisione, palesandosi invece la mera insufficienza del diritto di accesso (indiretto) alla via pubblica che era eventualmente suscettibile di ampliamento ai sensi dell'art. 1051, comma terzo, c.c. o che poteva dar luogo all'imposizione di una nuova servitù, in presenza delle condizioni richieste dall'art. 1052 c.c..

Essendo il fondo della ricorrente già gravato da servitù di passaggio carrabile, oggetto di concessione tra i condividenti proprio per superare la situazione di interclusione generata dalla divisione, era precluso il ricorso all'art. 1054 c.c., difettando i relativi presupposti applicativi.

Le ulteriori questioni, vertenti sul fatto che: a) l'interclusione non fosse effettivamente riconducibile alla divisione del 1998; b) il rogito del 10.9.1998 non integrasse una vera e propria divisione; c) che l'avvenuta rinuncia a talune servitù da parte di Marcc i impedisse un ulteriore asservimento ai sensi dell'art. 1054 c.c. o che l'interclusione fosse stata superata dalla successiva acquisizione di

altra parte del fondo ad opera dei resistenti, creando un accesso alla via pubblica – sono assorbite, in quanto strettamente connesse alla ritenuta applicabilità dell'art. 1054 c.c..

3. Il secondo motivo censura la violazione dell'art. 2934 c.c. e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360, comma primo, nn. 3 e 5 c.p.c., contestando alla sentenza di aver ritenuto che, con la missiva del 16.11.2006, i resistenti avessero interrotto la prescrizione del diritto ex art. 1054 c.c., benché le messe in mora, inoltrate dai resistenti in data 16.11.2006, non contenessero alcun riferimento all'interclusione determinata dalla divisione del 10.9.1998.

Il quarto motivo denuncia la violazione degli artt. 1054 e 1051, comma quarto, c.c., ai sensi dell'art. 360, con. 3 c.p.c., imputando alla sentenza di aver imposto la servitù di transito ai sensi dell'art. 1054 c.c. anche su una porzione destinata a cortile e quindi ricadente nell'esenzione prevista dall'ultimo comma dell'art. 1051 c.c..

Il quinto motivo denuncia la violazione dell'art. 1051, comma primo, c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3 c.p.c., per aver la Corte di merito erroneamente ritenuto irrilevante che Cristina
avesse ceduto ad Albino I e p.p. f.f. 153/3 e 175/1,
trascurando che, per effetto di tali cessioni, il fondo non poteva considerarsi intercluso, essendo munito di un autonomo accesso alla via pubblica.

Le suddette censure, che presuppongono la possibilità, qui esclusa, di costituire la servitù ai sensi dell'art. 1054 c.c., sono assorbite per effetto dell'accoglimento del terzo motivo di ricorso.

4. Il sesto motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1033, 1037 e 1043 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3 c.p.c., esponendo che la sentenza abbia costituito la servitù di acquedotto a carico del cortile di cui alle porzioni materiali nn. 1, 2, e 4 della p. ed. 100 e alle porzioni materiali 1, 2 e 3 della p. ed. 120, a favore della p. ed. 222, in carenza dei presupposti di legge e senza tener conto dell'esenzione di cui al secondo comma dell'art.

1037 c.c., omettendo infine di specificare se la servitù comprendesse anche la possibilità di mantenere le linee telefonica, elettrica e del gas, come adombrato dal c.t.u., e se fosse consentito anche lo scarico delle acque.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

La Corte di merito ha evidenziato che la scelta del tracciato della servitù di acquedotto era giustificata dal fatto che *"le tubazioni erano già esistenti da tempo, lungo il tracciato poi fatto oggetto di servitù e dunque presumibilmente concordate fra le parti prima che fra loro nascessero contrasti, e soprattutto che, in ragione di ciò, per il loro interrimento non erano necessarie opere invasive"*, ponendo in rilievo che le tubature delle acque bianche e nere e di acquedotto erano già al servizio non solo della p. ed 222, ma anche della p.ed. 100 di proprietà della stessa ricorrente.

La soluzione prescelta dal tribunale era quindi da preferire, non comportando alcun serio pregiudizio per il fondo servente e non richiedendo la realizzazione di nuove condotte.

Nella scelta del luogo ove imporre l'asservimento, la sentenza ha omissis - però - di tener conto che il diritto di acquedotto veniva a gravare su un cortile, dovendosi valutare l'operatività dell'art. 1033, comma secondo, c.c., norma che, nel regolare le condizioni per la costituzione coattiva del diritto, dispone che ne sono esenti le case, i cortili, i giardini e le aie ad esse attinenti.

In particolare, occorre stabilire se si fosse in presenza di una situazione di interclusione assoluta non altrimenti ovviabile, potendosi solo in tal caso dar luogo alla costituzione in via coattiva del diritto con le modalità prescelte dal giudice di merito (Cass. 8426/1995; Cass. 5223/1998).

Nella scelta di preferire la soluzione che non comportasse la realizzazione di nuove condotte, la Corte di merito doveva inoltre considerare che - ai sensi dell'art. 1037 c.c. - il passaggio deve essere il più conveniente e il meno pregiudizievole per il fondo servente e che - però - l'art. 1034 c.c. impone al titolare del fondo

dominante di costruire un proprio acquedotto, potendo utilizzare quello preesistente solo se il proprietario del fondo servente vi consenta, il che non consentiva di ritenere che la soluzione indicata in sentenza fosse da preferire proprio perché consentiva di impiegare le condotte già esistenti, senza richiedere la costruzione di un diverso impianto (cfr. sentenza, pagg. 24 e 25).

5. Il settimo motivo deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1033 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3 c.p.c., contestando al giudice distrettuale di aver dichiarato l'inesistenza del diritto di far passare tubature di qualsiasi natura attraverso il fondo di Marco I per il fatto che la ricorrente non aveva formulato una domanda di costituzione di servitù coattiva, essendo tuttavia sufficiente anche solo l'eccezione riconvenzionale con cui era stata evidenziata la sussistenza dei requisiti per dar luogo alla costituzione coattiva del diritto.

Il motivo è infondato.

Per paralizzare l'actio negatoria servitutis proposta da Marco I ad impedire che a Giuliana fosse ordinata la rimozione delle tubazioni, non era sufficiente la mera proposizione di una eccezione riconvenzionale volta a far valere la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della servitù coattiva.

Tali servitù richiedono l'esercizio di un'apposita domanda da opera degli aventi diritto e l'emissione di una pronuncia ad effetti costitutivi, che dà luogo all'asservimento dal momento del passaggio in giudicato.

In sostanza, nel giudizio di negatoria servitutis il convenuto ha diritto di dimostrare l'interclusione del fondo e di chiedere la costituzione di una servitù di passaggio, ma è tenuto, in tal caso, a formulare un'espressa domanda riconvenzionale, perché non è sola semplice allegazione dell'interclusione del fondo a costituire il corrispondente limite a carico dell'immobile gravato, ma solo l'accoglimento della domanda del proprietario del fondo intercluso (Cass. 966/1976; Cass. 809/1985; Cass. 2974/1998).

6. L'ottavo motivo deduce la violazione degli artt. 1051 e 1052 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3 c.p.c., lamentando che la servitù di passaggio sul fondo di cui alle pp.mm. 1,2 e 3 della p. ed. 100 non poteva esser disposta anche a norma dell'art. 1051 c.c., poiché il fondo dominante non poteva considerarsi affatto intercluso. La censura è assorbita.

La Corte di merito ha costituito il diritto di passaggio ai sensi dell'art. 1054 c.c. in presenza di una situazione di interclusione determinata dall'atto di divisione del 10.9.1998, senza di fatto pronunciare sulla domanda di servitù ai sensi dell'art. 1051 c.c. (cfr. sentenza pag.20). Essendo stato accolto il terzo motivo di ricorso, che verte proprio sull'applicabilità dell'art. 1054 c.c., competerà al giudice del rinvio riesaminare i fatti di causa e verificare se i resistenti abbiano eventualmente diritto, in via subordinata, alla costituzione del diritto di passaggio ai sensi dell'art. 1051 c.c..

7. Il nono motivo denuncia la violazione degli artt. 91 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3 c.p.c., sostenendo che, data l'infondatezza delle domande proposte dai resistenti, questi ultimi dovevano sostenere le spese processuali, e che – in ogni caso – la sentenza abbia omesso di pronunciare sulle domande di responsabilità processuale aggravata.

Il motivo è assorbito, essendo rimesso al giudice del rinvio il compito di regolare nuovamente le spese in base all'esito finale della causa e di pronunciare anche sulla responsabilità ex art. 96 c.p.c..

In conclusione, sono accolti il terzo ed il sesto motivo di ricorso, sono respinti il primo e il settimo e sono assorbiti il secondo, il quarto, il quinto, l'ottavo ed il nono motivo.

La sentenza impugnata è cassata in relazione ai motivi accolti, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Trento, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il terzo ed il sesto motivo di ricorso, rigetta il primo e il settimo e dichiara assorbiti il secondo, il quarto, il quinto, l'ottavo e il nono motivo, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Trento, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda sezione civile del giorno 3.2.2021.

IL PRESIDENTE

Rosa Maria Di Virgilio



CORTE DI CASSAZIONE
Sezione II Civile
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Roma

16 LUG. 2021

