

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE****SECONDA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAURO MOCCI - Presidente -

Dott. PATRIZIA PAPA - Consigliere -

Dott. MAURO CRISCUOLO - Rel. Consigliere -

Dott. GIUSEPPE DONGIACOMO - Consigliere -

Dott. LUIGI LA BATTAGLIA - Consigliere -

Oggetto

SERVITU'

Ud. 12/07/2022 -
CC

R.G.N. 30063/2017

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 30063-2017 proposto da:

AUGUSTO, rappresentato e difeso dagli avvocati
DINO LATINI e MANUELA SOLIGO giusta procura in calce al
ricorso;

- ricorrente -**contro**

COSIMO, GIUSEPPINA, elettivamente
domiciliati in ROMA, VIA CASSIODORO 19, presso lo studio
dell'avvocato CARLO TOTINO, rappresentati e difesi
dall'avvocato ANTONINO DI RENZO MANNINO giusta procura
in calce al controricorso;



- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1375/2016 della CORTE D'APPELLO di ANCONA, depositata il 16/11/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/07/2022 dal Consigliere Dott. MAURO CRISCUOLO;

Lette le memorie delle parti;

MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Cosimo e Giuseppina con ricorso depositato in data 18 novembre 2002 chiedevano di essere reintegrati nel possesso della servitù di passaggio esercitata tramite il tracciato a valle della loro proprietà sita in Osimo alla via Villa n. 33, in quanto il convenuto Augusto aveva apposto una catena chiusa con lucchetto che impediva il transito.

Nella resistenza del convenuto, il Tribunale di Ancona – sezione distaccata di Osimo, accoglieva la domanda e con ordinanza disponeva la rimozione del lucchetto, fissando il termine di giorni trenta per l’inizio del giudizio di merito.

I ricorrenti con citazione del 29 gennaio 2003 adivano il medesimo Tribunale chiedendo la conferma dell’ordinanza interdittale e nel merito chiedevano accertarsi l’acquisto della servitù di passaggio attraverso le particelle nn. 112 e 223, anche per maturata usucapione.

All’esito del giudizio, espletata l’istruttoria, il Tribunale con la sentenza n. 162 del 4 novembre 2010 dichiarava l’esistenza della servitù di passaggio in favore degli attori, confermando la condanna dello alla rimozione della catena e del lucchetto apposti al cancello che dava accesso al percorso.



Avverso tale sentenza proponeva appello Augusto cui resistevano le originarie parti istanti.

La Corte d'appello di Ancona con la sentenza n. 1375 del 16/11/2016 ha rigettato il gravame, condannando l'appellante anche il rimborso delle spese di lite.

Quanto al primo motivo, con il quale si lamentava che il Tribunale avesse accolto anche una domanda di natura petitoria, avente causa petendi e petitum diversi da quella possessoria inizialmente proposta, la Corte distrettuale rilevava che il divieto contenuto nell'art. 705 c.p.c., circa l'improponibilità della domanda petitoria in pendenza del giudizio possessorio, vale solo per il convenuto in possessorio, e che nella specie la domanda petitoria era stata adeguatamente dedotta ed articolata nella citazione introduttiva del giudizio di primo grado, all'esito della fase interdittale.

Il secondo motivo era ritenuto fondato, in quanto erroneamente il Tribunale aveva ritenuto che gli attori, nell'acquistare la loro proprietà da Franco nel 1999, avessero acquistato anche una quota del fondo di cui alla particella n. 223, della quale il loro dante causa era comproprietario unitamente all'appellante, essendo tale alienazione espressamente esclusa dal contenuto dell'atto.

Inoltre non poteva non rilevarsi che la previsione contenuta nell'atto di acquisto della detta particella, da parte dei germani e da tal Piervittorio Concettoni nel 1982, con la quale si prevedeva che la stessa particella era destinata a



strada più agevole per accedere alla limitrofe proprietà degli acquirenti, aveva un contenuto assolutamente generico, e non permetteva di ricavare che anche il bene successivamente acquistato dagli attori fosse beneficiario di una servitù per titolo sul fondo de quo.

Tuttavia, tale errore non poteva determinare l'accoglimento dell'appello. Infatti, la sentenza di appello, dopo aver ricordato che ai fini dell'*accessio possessionis* non è necessario che la servitù sia espressamente menzionata nel titolo di acquisto del fondo dominante, rilevava che dalle prove raccolte era emersa come maggiormente attendibile la tesi secondo cui

Franco, dante causa degli attori, aveva esercitato il possesso della servitù di passaggio sulla particella n. 223 sin dal 1982, essendo quindi maturato il termine per l'usucapione ordinaria, avendo i ricorrenti unito il loro possesso a quello del dante causa.

Quanto, invece, al mappale 112, acquistato dall'appellante solo nel 1984, la Corte riteneva che il riconoscimento per usucapione della servitù di passaggio a carico del fondo non contiguo a quello dominante, non presuppone anche la prova della titolarità sui fondi intermedi, essendo sufficiente semplicemente dimostrare il loro utilizzo in concreto.

Nella specie, risultava che la particella n. 112 era stata utilizzata unitamente a quella n. 223 da parte di Franco e poi dagli appellati, essendo quindi maturata la relativa usucapione.



Era, infine, disatteso anche il motivo di appello con il quale si lamentava la conferma dell'ordinanza di reintegra nel possesso, e ciò stante la fondatezza della domanda di confessoria servitutis cumulativamente proposta.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso

Augusto sulla base di cinque motivi.

Cosimo e Giuseppina resistono con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie in prossimità dell'udienza.

2. Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione degli artt. 1168 e 703 c.p.c., nonché la violazione dell'art. 112 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 co. 1 n. 4 c.p.c.

Deduce il ricorrente che la Corte d'Appello ha rigettato il motivo di appello con il quale si era lamentato il fatto che gli attori avevano, con la citazione introduttiva del merito possessorio, fatto valere anche la domanda di carattere petitorio, volta ad ottenere l'accertamento dell'acquisto della servitù di passaggio, di cui inizialmente avevano chiesto solo la tutela possessoria.

I giudici di appello hanno disatteso la censura rilevando che la previsione di cui all'art. 705 co. 1 c.p.c., che vieta la proposizione della domanda petitoria in pendenza del giudizio possessorio, opera solo per il resistente, ma non anche per i ricorrenti in possessorio, sicché si palesava legittima l'iniziativa processuale degli appellati intesa a far valere nella fase di merito possessorio anche la domanda petitoria.



Trattasi però di soluzione che ha evidentemente travisato l'effettivo contenuto del motivo di appello che in realtà intendeva dedurre l'inammissibilità della domanda petitoria fatta valere da colui che agisce in possessorio nell'ambito del procedimento sempre possessorio, volto a dare conferma ai provvedimenti emessi nella fase interdittale.

Deve viceversa reputarsi preclusa la cumulabilità della domanda possessoria con quella petitoria all'interno del medesimo giudizio, sicché il Tribunale, prima, e la Corte d'Appello, poi, avrebbero dovuto dichiarare l'inammissibilità dell'actio confessoria servitutis poi in concreto accolta.

Il motivo è fondato.

Come si ricava dalla lettura dello stesso atto di citazione proposto nell'interesse del e della in primo grado, il Tribunale di Ancona - Sezione distaccata di Osimo, dopo avere accolto con ordinanza il ricorso degli istanti, ordinando il ripristino dello status quo ante, e l'eliminazione della chiusura con lucchetto e catena al cancello di accesso al tracciato sul quale vantavano il possesso i ricorrenti, ha assegnato alle parti il termine di giorni trenta per il giudizio di merito, ordine in ottemperanza del quale gli attori hanno notificato l'atto di citazione, espressamente denominato "per la prosecuzione nel merito a seguito di ricorso per la reintegrazione nel possesso (ex artt. 1168 c.c. e 703 c.p.c.)".

Ancorché il giudizio possessorio sia assoggettato alle norme scaturenti dalla novella di cui alla legge n. 353/1990, prima delle modifiche apportate dalla legge n. 80/2005 all'art.



703c.p.c. (rendendo in tal modo del tutto eventuale anche il cd. merito possessorio), e sebbene la soluzione praticata dal Tribunale, che ha ritenuto di fissare un termine per l'introduzione a cura delle parti del merito possessorio, sia in contrasto con la soluzione cui erano già pervenute le Sezioni Unite (cfr. Cass. S.U. n. 1984/1998, secondo cui le modifiche introdotte dalla legge 26 novembre 1990 n. 353, ed in particolare, la nuova formulazione dell'art. 703 cod. proc.civ., non incidono sulla struttura del procedimento possessorio che resta caratterizzato da una duplice fase, la prima, di natura sommaria, limitata all'emanazione dei provvedimenti immediati, la seconda, a cognizione piena, avente ad oggetto il merito della pretesa possessoria, con la conseguenza che, concesse o negate con ordinanza, le misure interdittali, il giudizio deve proseguire innanzi allo stesso giudice all'udienza da questi all'uopo fissata, per l'esame del merito della pretesa possessoria e dell'eventuale domanda accessoria di risarcimento del danno, restando estranea al delineato schema procedimentale la introduzione di una fase di merito mediante la notifica di una nuova citazione ai sensi dell'art. 669 - octies dello stesso codice), resta però evidente che l'ordinanza è stata considerata dal giudice e dalle parti come avente carattere solo interdittale, e priva quindi di definitività, e che era specifico interesse degli originari ricorrenti, conseguire la conferma dei provvedimenti possessori a sé favorevoli, all'esito del cd. merito possessorio (in termini si veda Cass. n. 1142/2005, secondo cui il procedimento



possessorio, pur essendo caratterizzato da una fase sommaria - che si conclude con la emanazione o il diniego della tutela interdittale - e da quella successiva relativa al merito, ha conservato, anche dopo la novella di cui alla legge 353/1990, struttura unitaria, sicché con l'ordinanza conclusiva della fase sommaria, il giudice deve fissare l'udienza per la prosecuzione dinanzi a sé del giudizio relativamente alla fase di merito; peraltro, qualora invece il giudice abbia erroneamente assegnato un termine per la proposizione del giudizio di merito, l'atto di impulso di parte non dà luogo a un nuovo procedimento ma alla riassunzione di quello instaurato con il ricorso introduttivo, definito soltanto nella prima fase ed ancora pendente, perché non esaurito; conf. Cass. n. 12702/2002).

Emerge però che con il detto atto di citazione gli istanti non si sono limitati solo a richiedere la conferma della tutela possessoria già concessa in via interdittale, ma hanno altresì chiesto di accertare e dichiarare esistente il diritto di servitù di passaggio attraverso i fondi di cui alle particella n. 223 e 112 (cfr. pag. 7 delle conclusioni dell'atto di citazione).

Si palesa in tal modo come gli istanti abbiano inteso cumulare al merito possessorio anche la domanda di carattere petitorio, e precisamente una confessoria servitutis, proprio concernente il passaggio attraverso i fondi del convenuto di cui era stata richiesta la tutela possessoria.

Ritiene la Corte che la risposta fornita dal giudice di appello all'analogo motivo di appello non sia corretta in quanto non



appare aver compreso l'effettivo contenuto della critica che, lungi dal denunciare la violazione del divieto di cui all'art. 705 c.p.c. (chiaramente previsto solo per il resistente), mirava piuttosto a censurare il fatto che il Tribunale avesse deciso su di una domanda petitoria, il cui contenuto, per la diversità del petitum e della causa petendi, non ne permetteva il cumulo nel giudizio volto ad accertare il merito possessorio.

Deve piuttosto rilevarsi la fondatezza della doglianza del ricorrente, che trova il conforto della precedente giurisprudenza di questa Corte.

Rileva a tal fine il principio espresso da Cass. n. 10588/2012, secondo cui il divieto di proporre giudizio petitorio, previsto dall'art. 705 cod. proc. civ., riguarda il solo convenuto nel giudizio possessorio, trovando la propria "ratio" nell'esigenza di evitare che la tutela possessoria chiesta dall'attore possa essere paralizzata, prima della sua completa attuazione, dall'opposizione diretta ad accertare l'inesistenza dello "ius possidendi". Ne consegue che l'attore in possessorio, diversamente dal convenuto, può, anche in pendenza del medesimo giudizio possessorio, proporre autonoma azione petitoria, dovendosi interpretare tale proposizione come finalizzata ad un rafforzamento della tutela giuridica, e non già come rinuncia all'azione possessoria; detta facoltà, tuttavia, non può essere esercitata nello stesso giudizio possessorio, ma soltanto con una separata iniziativa, introducendo la domanda petitoria una "causa petendi" ed un "petitum" completamente diversi, dal che deriva l'inammissibilità della



stessa se proposta dall'attore nella fase di merito del procedimento possessorio, la quale costituisce mera prosecuzione della fase sommaria (conf. Cass. n. 6881/1991). Ritiene il Collegio di dover dare continuità a tale orientamento, il che determina con evidenza la fondatezza del motivo in esame, posto che il Tribunale, prima, e la Corte d'Appello, poi, hanno reputato ammissibile il cumulo nello stesso giudizio della domanda di merito possessorio e di quella petitoria, sebbene la prosecuzione del giudizio, dopo la fase interdittale, fosse riservata solo alla conferma nel merito della statuizione sulle istanze di tutela possessoria.

Il motivo deve quindi essere accolto, con la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo stesso, dovendo rilevarsi l'inammissibilità della domanda petitoria avanzata da parte degli attori con l'atto di citazione volto ad introdurre il cd. merito possessorio.

3. Il secondo motivo denuncia l'errore di percezione e la motivazione meramente apparente, con la violazione degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c., nella parte in cui la sentenza di appello non avrebbe in alcun modo specificato da quali fonti testimoniali avrebbe tratto la prova del possesso della servitù di passaggio da parte di Franco sin dal 1982 quanto alla particella n. 223.

Il terzo motivo di ricorso denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1158, 1140, 1143, 1146 e 2697 c.c., nonché degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c., quanto alla corretta applicazione dei principi affermati da Cass. n. 14936/2008,



non essendosi tenuto conto che nella fattispecie anche la proprietà del fondo intermedio era in capo alla parte convenuta, così che non poteva reputarsi sufficiente la prova della concreta possibilità di utilizzazione del detto fondo, ma occorreva invece dimostrare l'effettivo possesso utile ai fini dell'usucapione e ciò con specifico riferimento alla particella n. 112.

Il quarto motivo di ricorso denuncia l'errore di percezione e di motivazione meramente apparente, con violazione degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c., sempre in relazione all'usucapione della servitù di passaggio sulla particella n. 112, in quanto non si sarebbe tenuto conto del fatto che il ricorrente aveva acquistato tale particella solo nel 1984, il che rendeva del tutto priva di giustificazione l'affermazione dei giudici di merito secondo cui il possesso anche di tale particella, quanto al passaggio, sarebbe risalente al 1982.

Il quinto motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1158, 1140 e 1144 c.c., con omessa motivazione su fatto decisivo e controverso, nella parte in cui si è affermata l'usucapione della servitù di passaggio in favore degli attori senza dare adeguata contezza della circostanza che il passaggio è stato esercitato dal dante causa dei controricorrenti, e poi da questi ultimi, solo per mera tolleranza del ricorrente.

I motivi che investono tutti l'accertamento e la correttezza del riscontro dell'usucapione della servitù di passaggio e quindi le statuizioni direttamente correlate alla domanda petitoria di



cui, in accoglimento del primo motivo, è stata rilevata l'inammissibilità della proposizione in questo giudizio, restano evidentemente assorbiti per effetto dell'accoglimento del primo motivo.

4. La sentenza impugnata deve quindi essere cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio, dovendo altresì la stessa valutare la domanda possessoria, ritualmente proposta, e reputata assorbita a seguito dell'accoglimento della domanda petitoria (palesandosi in tal senso infondata la deduzione di cui alla memoria dei controricorrenti, secondo cui vi sarebbe un giudicato interno sulla fondatezza della domanda possessoria).

PQM

Accoglie il primo motivo di ricorso, ed assorbiti i restanti motivi, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per le spese del presente giudizio, alla Corte d'Appello di Ancona, in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 12 luglio 2022

Il Presidente

