



5040/13

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SECONDA SEZIONE CIVILE

Oggetto

DIRITTI  
REALI

R.G.N. 20721/2006

Cron. 5040

Rep. 909

Ud. 16/01/2013

PU

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA - Presidente -

Dott. EMILIO MIGLIUCCI - Rel. Consigliere -

Dott. LINA MATERA - Consigliere -

Dott. VINCENZO CORRENTI - Consigliere -

Dott. ANTONINO SCALISI - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 20721-2006 proposto da:

T V , elettivamente

domiciliato in ROMA, VIA DELLA CONCILIAZIONE 10,

presso lo studio dell'avvocato SCORDAMAGLIA VINCENZO,

rappresentato e difeso dall'avvocato GIUNGI RODOLFO;

- **ricorrente** -

**contro**

2013

I M

T F

95

, elettivamente

domiciliati in ROMA, VIA UGO DE CAROLIS 100, presso

lo STUDIO PALOZZI E FAVETTI, rappresentati e difesi

dall'avvocato MASSARI LUIGI;

- **controricorrenti** -

avverso la sentenza n. 184/2006 della CORTE D'APPELLO  
di L'AQUILA, depositata il 14/03/2006;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 16/01/2013 dal Consigliere Dott. EMILIO  
MIGLIUCCI;

udito l'Avvocato Giungi Rodolfo difensore del  
ricorrente che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito l'Avv. Luigi Massari difensore dei  
controricorrenti che ha chiesto il rigetto del  
ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. ANTONIETTA CARESTIA che ha concluso  
per l'accoglimento del primo e del quinto motivo del  
ricorso e per l'assorbimento degli altri motivi.



**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

1.- Con sentenza dep. il 14 marzo 2006 la Corte di appello di L' Aquila, in riforma della decisione impugnata dai convenuti M I e F T , rigettava la domanda con la quale l'attore V T , assumendo di avere costruito una palazzina composta di quattro unità di cui una venduta ai convenuti, aveva chiesto la condanna di questi ultimi alla rimozione di una canna fumaria da loro installata al servizio del loro appartamento nella soprastante soffitta di proprietà dell'attore.

Secondo i Giudici la canna fumaria esisteva già nel 1980, quando gli immobili appartenevano al medesimo proprietario e nell'atto di vendita non era stata espressa una volontà contraria né una volontà incompatibile con la creazione della servitù per destinazione del padre di famiglia poteva desumersi dall'aver attribuito all'attore il diritto di proprietà della soffitta e il diritto di sopraelevazione sull'ultimo piano.

2.- Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione il T sulla base di cinque motivi.

Resistono con controricorso gli intimati, depositando memoria illustrativa.

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

1.1. - Il primo motivo censura la decisione gravata che non aveva accertato, ai sensi dell'art. 1062 cod. civ., la realizzazione di opere

necessarie all'esercizio della servitù, predisposte a tale scopo da parte dell'unico proprietario ovvero di colui al quale sia stato concesso il possesso della situazione oggettiva idonea a fare sorgere la servitù.

1.2. - Il motivo è infondato.

La sentenza ha implicitamente ritenuto la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1062 cod. civ., avendo accertato che la canna fumaria esisteva nel 1980 già quando l'attore, originario costruttore del fabbricato, ne era ancora unico proprietario.

2.1.- Il secondo motivo censura la sentenza impugnata laddove non aveva verificato se l'opera fosse visibile e percepibile in modo da denotare in maniera inequivoca l'assoggettamento del fondo servente a quello dominante.

2.2. -Il motivo è inammissibile.

La questione ha il carattere della novità e, involgendo anche accertamenti di fatto, è inammissibile in sede di legittimità, posto che dalla sentenza impugnata non risulta che la natura apparente o meno dell'opera fosse stata oggetto di contestazione nel giudizio di merito: sarebbe stato onere del ricorrente dedurre di avere ritualmente e tempestivamente sollevato la questione.

3.1.- Il terzo motivo, lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 115 cod. proc. civ., denuncia che i Giudici non avevano posto a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti e avevano omesso di indicare le risultanze probatorie in base alle quali aveva ritenuto la costruzione della canna fumaria risalente al 1980.

Formula il seguente quesito : "..... voglia stabilire se l' art. 115 cod.

proc.civ. vada interpretato nel senso che il giudice possa, o meno, omettere completamente in sentenza qualsiasi riferimento alle prove adottate dalle parti e raccolte in istruttoria, e su cui la decisione deve essere fondata"

3.2.- Il motivo è inammissibile.

Ai sensi dell' art. 366 bis cod. proc. civ., introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 40 del 2006, *ratione temporis* applicabile, i motivi del ricorso per cassazione devono essere accompagnati, a pena di inammissibilità (art. 375 n.5 cod. proc. civ.,) dalla formulazione di un esplicito quesito di diritto nei casi previsti dall'art.360 primo comma n.1),2),3),4) cod. proc. civ., e qualora il vizio sia denunciato anche ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la renda inidonea a giustificare la decisione.

Al riguardo va ricordato che, nel caso di violazioni denunciate ai sensi dell'art. 360 n.1),2),3),4) cod. proc. civ., secondo il citato art. 366 bis, il motivo deve concludersi con la *separata e specifica* formulazione di un esplicito quesito di diritto, che si risolva in una *chiara sintesi logico-giuridica* della questione sottoposta al vaglio del giudice di legittimità, formulata in termini tali per cui dalla risposta - negativa od affermativa - che ad esso si dia, discenda in modo univoco l'accoglimento od il rigetto del gravame (SU 23732/07): non può,

infatti, ritenersi sufficiente il fatto che il quesito di diritto possa implicitamente desumersi dall'esposizione del motivo di ricorso né che esso possa consistere o ricavarsi dalla formulazione del principio di diritto che il ricorrente ritiene corretto applicarsi alla specie, perchè una siffatta interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma di cui all'art. 366 bis cod. proc. civ., secondo cui è, invece, necessario che una parte specifica del ricorso sia destinata ad individuare in modo specifico e senza incertezze interpretative la questione di diritto che la Corte è chiamata a risolvere nell'esplicazione della funzione nomofilattica che la modifica di cui al decreto legislativo n. 40 del 2006, oltre all'effetto deflattivo del carico pendente, aveva inteso valorizzare, secondo quanto formulato in maniera esplicita nella Legge Delega 14 maggio 2005, n. 80, art. 1, comma 2, ed altrettanto esplicitamente ripreso nel titolo stesso del decreto delegato soprarichiamato. In tal modo il legislatore si era proposto l'obiettivo di garantire meglio l'aderenza dei motivi di ricorso (per violazione di legge o per vizi del procedimento) allo schema legale cui essi debbono corrispondere, giacchè la formulazione del quesito di diritto risponde all'esigenza di verificare la corrispondenza delle ragioni del ricorso ai canoni indefettibili del giudizio di legittimità, inteso come giudizio d'impugnazione a motivi limitati. In effetti, la ratio ispiratrice dell'art. 366 bis cod. proc. civ. era quella di assicurare pienamente la funzione, del tutto peculiare, del ricorso per cassazione, che non è solo quella di soddisfare l'interesse del ricorrente ad una corretta decisione di quella controversia ma anche

di enucleare il corretto principio di diritto applicabile in casi simili. Pertanto, il quesito di diritto di cui all'art. 366 bis cod. proc. civ. deve comprendere l'indicazione sia della "regula iuris" adottata nel provvedimento impugnato, sia del diverso principio che il ricorrente assume corretto e che si sarebbe dovuto applicare in sostituzione del primo. Ne consegue che il quesito deve costituire la chiave di lettura delle ragioni esposte e porre la medesima Corte in condizione di rispondere ad esso con l'enunciazione di una regula iuris che sia, in quanto tale, suscettibile - come si è detto - di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata (S.U.3519/2008).

Nella specie, il quesito è :a) del tutto generico, perché non contiene alcun riferimento alla presente controversia e dunque non potrebbe essere risolutivo ; b) è tautologico risolvendosi in un interrogativo circolare, che già presuppone la risposta (S.U.28536/2008).

4.1. Il quarto motivo denuncia la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione laddove i Giudici avevano ritenuto la preesistenza della canna fumaria rispetto all'atto di compravendita senza alcuna motivazione, mentre avrebbe dovuto tenere conto degli elementi di prova al riguardo emersi e ammettere la richiesta di c..t.u formulata; i Giudici non avevano spiegato le ragioni per le quali non avevano dato credito ai testimoni ( T G e T E ) che, smentendo quanto affermato da quelli di controparte, avevano collocato la realizzazione della canna fumaria intorno all'anno 1983-1984, né avevano dato rilevanza ai documenti, decisivi, dai quali era da escludersi la

preesistenza della canna fumaria.

4.2.- - Il quinto motivo censura la sentenza impugnata che non aveva dato alcuna contezza del giudizio circa preesistenza della canna fumaria, quando dalle deposizioni dei testi ( D , G e S ) la canna fumaria era risultata realizzata dall'Illiceto e non dall'attore.

4.3.- Il quarto e il quinto motivo - che, per la stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente- vanno disattesi.

In effetti, le doglianze, prospettando una ricostruzione della fattispecie concreta difforme da quella accolta in sentenza, si risolvono nella richiesta di riesame del merito della causa attraverso una rivalutazione degli elementi probatori acquisiti agli atti, dovendo qui ricordarsi che intanto può configurarsi il vizio di motivazione per omesso esame di un documento o delle risultanze di una prova in quanto si tratti di un elemento probatorio decisivo nel senso che la relativa acquisizione sia tale da invalidare, con giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre risultanze di causa su cui si è fondato il convincimento del giudice del merito, sì che la "ratio decidendi" venga a trovarsi priva di base. Pertanto, non può essere dedotto il vizio di motivazione per denunciare il mancato esame di elementi che siano suscettibili di essere liberamente apprezzati unitamente ad altri con essi contrastanti nell'ambito della valutazione discrezionale del complessivo materiale probatorio riservata al giudice di merito : altrimenti la Corte di Cassazione verrebbe in sostanza investita del riesame del merito della controversia, che è sottratto al

*M*

giudice di legittimità.

6.1.- Il sesto motivo censura la sentenza laddove aveva escluso che la riserva di proprietà non costituiva una volontà incompatibile con la permanenza della servitù, quando invece era espressione della sicura volontà di escludere qualsiasi *ius in re aliena* sulla soffitta, sul tetto e sullo spazio sovrastante. La motivazione era: insufficiente e illogica laddove aveva apoditticamente affermato la compatibilità fra la riserva dei diritti di proprietà e la situazione di fatto consistente nell'uso della canna fumaria *trapassante* la proprietà o ancora quando aveva ritenuto che le clausole in questione avrebbero il significato di affermare delle facoltà incompatibili con il regime di comunione, mentre ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. il proprietario dell'ultimo piano dell'edificio ha il potere di sopraelevare. La Corte, facendo poi riferimento alla mancanza di una volontà diretta a operare un mutamento dello stato di fatto esistente, si era contraddetta perché, dopo avere affermato che la manifestazione di una volontà contraria alla costituzione della servitù può desumersi da una qualsiasi clausola che sia incompatibile con la volontà di lasciare immutata la situazione di fatto esistente, sembrava ritenere necessaria una esplicita volontà in tal senso : il che invece era erroneo.

6.2.- Il motivo è infondato.

Nel ritenere i presupposti di cui all'art. 1062 cod. civ., la sentenza ha chiarito che l'attribuzione dei diritti di proprietà, prevista nelle clausole contrattuali pattuite dalle parti, non era incompatibile con la permanenza della situazione di fatto esistente ovvero con la presenza

della canna fumaria, opera destinata all'esercizio della relativa servitù. La motivazione appare corretta e congrua, dovendo qui rilevarsi che se, da un lato, il ricorrente insiste nella denunciata incompatibilità senza spiegare le ragioni della propria tesi, dall'altro la esistenza di un diritto di servitù su un bene non è inconciliabile con il diritto di proprietà ovvero che l'attribuzione del diritto di proprietà non esclude che su di esso possa essere costituito un diritto di servitù. D'altra parte i Giudici, dopo avere correttamente escluso che le pattuizioni contrattuali di per sé potessero considerarsi espressione di una volontà incompatibile con il permanere della servitù, hanno ancora evidenziato - a ulteriore conferma di quanto emerso dal tenore delle clausole - che non era stato previsto alcun mutamento del preesistente stato di fatto. Ed invero, la sentenza ha fatto corretta applicazione del principio secondo cui, a norma dell'art. 1062 cod. civ., la costituzione di una servitù per destinazione del padre di famiglia è impedita dalla contraria manifestazione di volontà del proprietario dei due fondi al momento della loro separazione, e tale contraria manifestazione di volontà non può desumersi per "facta concludentia", ma deve rinvenirsi in una clausola contrattuale con la quale si convenga esplicitamente di volere escludere il sorgere della servitù corrispondente alla situazione di fatto esistente fra i due fondi e determinata dal comportamento del comune proprietario, ovvero in una qualsiasi clausola il cui contenuto sia incompatibile con la volontà di lasciare integra ed immutata la situazione di fatto che, in forza della legge, determinerebbe la nascita della servitù

(Cass. 6520/2008, 13534/2011).

Le spese della presente fase vanno poste a carico del ricorrente,  
risultato soccombente

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso.

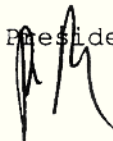
Condanna il ricorrente al pagamento in favore del resistente delle spese relative alla presente fase che liquida in euro 2.200,00 di cui euro 200,00 per esborsi ed euro 2.000,00 per onorari di avvocato ed accessori di legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 gennaio 2013

Il Cons. estensore

Il Presidente

*Emilio Mighi*



Il Funzionario Giudiziario  
Francesco CAIARNA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
oggi 28 FEB. 2013



Il Funzionario Giudiziario  
Francesco CAIARNA