

2316/21



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE CIVILE - 2

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

Dott. LUIGI GIOVANNI LOMBARDO - Presidente -

Dott. GIUSEPPE GRASSO - Consigliere -

Dott. MAURO CRISCUOLO - Consigliere -

Dott. CHIARA BESSO MARCHEIS - Consigliere -

Dott. STEFANO OLIVA - Rel. Consigliere -

POSSESSO

Ud. 02/12/2020 - CC

R.G.N. 6789/2019

Cass. 2316

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

C.v. + C.I.

sul ricorso 6789-2019 proposto da:

LIDIA, CLAUDIO,
 VALLEVERDE, MARIA,
 DIONISIO e RITA, elettivamente
 domiciliati in

- ricorrenti -

contro

GIUSEPPINA, rappresentata e difesa dall'avv.
 e domiciliata presso la
 cancelleria della Corte di Cassazione

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 150/2019 della CORTE D'APPELLO di
 BARI, depositata il 23/01/2019;

7655 / 20

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 02/12/2020 dal Consigliere Dott. STEFANO OLIVA

FATTI DI CAUSA

Con ricorso del 25.10.2005 Silvio, usufruttuario,
e Maria e Lidia, nude proprietarie, di un immobile sito al piano terra di un edificio sito in territorio del Comune di Castelluccio dei Sauri, invocavano la reintegrazione nel possesso di una canna fumaria a servizio del predetto cespite, assumendo che Giuseppina, proprietaria del sovrastante appartamento, avesse illecitamente chiuso, in occasione di un intervento di ristrutturazione, il tratto di canna fumaria che attraversava la sua proprietà.

Si costituiva in giudizio la resistendo alla domanda e contestando l'esistenza del diritto di servitù.

Con ordinanza del 2.2.2006 il Tribunale di Foggia accoglieva il ricorso ordinando la reintegrazione nel possesso.

Con successiva ordinanza del 29.3.2006 il medesimo Tribunale, a seguito di reclamo proposto dalla , revocava il primo provvedimento.

All'esito del giudizio di primo grado, con sentenza n. 1315/2014, il Tribunale rigettava la domanda di reintegrazione, rilevando il contrasto tra le diverse deposizioni testimoniali e ritenendo quindi non assolto l'onere della prova da parte ricorrente.

Interponevano appello avverso detta decisione gli eredi del defunto Silvio, unitamente a Maria e Lidia, e si costituiva in giudizio Giuseppina, resistendo al gravame.

Con la sentenza oggi impugnata, n. 150/2019, la Corte di Appello di Bari rigettava l'impugnazione condannando gli appellanti alle spese del secondo grado di giudizio.

Ricorrono per la cassazione di detta decisione
Maria, Lidia, Valleverde, Dioniso, Aldo, Rita e Claudio,
affidandosi a tre motivi.

Resiste con controricorso Giuseppina.

Ambo le parti hanno depositato memoria in prossimità
dell'adunanza camerale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Prima di scrutinare i motivi di ricorso occorre esaminare
l'eccezione di non conformità della copia analogica del ricorso
che è stata depositata all'atto dell'iscrizione al ruolo generale
con l'originale dell'atto notificato, che è stata sollevata da parte
controricorrente (cfr. pag. 2 del controricorso).

L'eccezione è infondata.

Il ricorrente ha provveduto a depositare l'attestazione di
conformità della copia analogica depositata in fase di iscrizione
al ruolo all'originale informatico notificato mediante posta
elettronica certificata alla parte controricorrente, ai sensi di
quanto previsto dall'art. 9, commi 1-bis ed 1-ter, della Legge
n.53 del 1994 (il comma 1-ter, in particolare, è stato aggiunto
dall'art. 46, comma 1, lettera c-bis), del D. L. n. 90 del 24
giugno 2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114
dell'11 agosto 2014).

Tali disposizioni prevedono, rispettivamente:

*"1-bis. Qualora non si possa procedere al deposito con
modalità telematiche dell'atto notificato a norma dell'articolo 3-
bis, l'avvocato estrae copia su supporto analogico del
messaggio di posta elettronica certificata, dei suoi allegati e
della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna e ne
attesta la conformità ai documenti informatici da cui sono
tratte ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo
7 marzo 2005, n. 82.*

1-ter. In tutti i casi in cui l'avvocato debba fornire prova della notificazione e non sia possibile fornirla con modalità telematiche, procede ai sensi del comma 1-bis".

Il deposito dell'attestazione di conformità tra l'originale informatico e la copia analogica del ricorso è stato eseguito dalla parte ricorrente nel rispetto dell'art. 372 c.p.c., trattandosi di documentazione relativa all'ammissibilità del ricorso, e dei relativi termini, senza onere di notificazione alla parte controricorrente, alla luce del principio posto da Cass. Sez. U, Sentenza n. 22438 del 24/09/2018, Rv. 650462, successivamente confermato da Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 27480 del 30/10/2018, Rv. 651336, e da Cass. Sez. U, Sentenza n. 8312 del 25/03/2019, Rv. 653597.

Di conseguenza, il ricorso è ammissibile.

Passando all'esame dei relativi motivi, con il primo di essi i ricorrenti lamentano la violazione e falsa applicazione degli artt. 1102 e 1122 c.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., perché la Corte di Appello avrebbe erroneamente affermato che il proprietario del fondo dominante avrebbe perduto il possesso del diritto di servitù perché non lo aveva esercitato da alcuni anni, omettendo di considerare da un lato che la rimozione, da parte di un condomino, della canna fumaria posta a servizio di altra unità immobiliare esistente nel medesimo stabile costituisce comunque un atto illecito, trasmodante i limiti previsti per l'uso della cosa comune dall'art. 1102 c.c., e dall'altro di tener conto che la canna fumaria passante all'interno della proprietà di un condominio rappresenta un'opera posta a servizio del diritto di servitù di scarico dei fumi costituito a favore della diversa unità immobiliare servita dalla predetta tubatura.

Con il secondo motivo i ricorrenti lamentano invece l'omesso esame di un fatto decisivo, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., perché la Corte pugliese avrebbe erroneamente ritenuto irrilevanti le trattative intercorse tra le parti prima dell'instaurazione del giudizio, omettendo in tal modo di apprezzare il complessivo comportamento delle parti stesse, ed in particolare il fatto che la aveva offerto agli una somma di denaro proprio per essere autorizzata ad eliminare la canna fumaria di cui è causa.

Le due censure, che per la loro connessione meritano un esame congiunto, sono fondate. La Corte di Appello ha ritenuto che l'abitazione degli Schiavoni "... *avesse usufruito nel passato della canna fumaria oggetto di causa, che fuoriusciva dal tetto dell'immobile sovrastante, eliminata nella parte finale dalla convenuta, ma che, ormai da qualche anno, la stessa fosse stata resa inutilizzabile, mediante occlusione nella parte inferiore con materiali inerti*" (cfr. pag. 3 della sentenza impugnata). A tal fine, la Corte pugliese valorizza il fatto che i testimoni escussi in prime cure avessero dichiarato, rispettivamente: il teste Vitale, di non sapere se dal 2001 la canna fumaria fosse stata utilizzata; il teste che il camino al cui servizio era in origine posta la canna fumaria sarebbe stato rimosso per motivi di spazio con installazione, al suo posto, di una stufa a pellet, che veniva usata durante l'inverno e poi smontata in estate; i testi Frisaldi e Mauriello, che la canna fumaria era stata usata a servizio del camino. Sulla base di queste risultanze, poiché la canna fumaria era stata pacificamente occlusa con materiale inerte, la Corte territoriale ha concluso che la stessa non sia stata più utilizzata dagli dopo l'eliminazione del camino, anche perché

l'abitazione era servita da altro impianto di riscaldamento, rappresentato dalla stufa a pellet (cfr. pag. 4 della sentenza).

In realtà, trattandosi di giudizio possessorio, sarebbe stato necessario innanzitutto verificare se il ricorso fosse stato introdotto nel rispetto del termine di decadenza previsto dall'art. 1168, primo comma, c.c. A tal fine, il giudice di merito avrebbe dovuto individuare la data del sofferto spoglio e verificare se essa fosse compresa nell'anno antecedente alla proposizione della domanda di reintegrazione. Soltanto dopo aver eseguito tale verifica, della quale non v'è traccia nella sentenza impugnata, la Corte territoriale avrebbe potuto indagare sulla condotta delle parti, al fine di apprezzare se nel comportamento degli si potesse individuare l'intenzione di rinunciare in modo definitivo all'*utilitas* derivante dalla servitù di cui è causa.

In tale disamina, il giudice di merito avrebbe dovuto tener conto del fatto che chi agisce per la tutela di un possesso deve soltanto dimostrare la clandestinità dello spossessamento. A tal fine il giudice di merito avrebbe dovuto considerare che, nel caso di specie, lo spossessamento era avvenuto mediante l'esecuzione di opere murarie all'interno della proprietà e quindi in una porzione dell'edificio precluso alla sua disponibilità dei possessori del diritto di servitù oggetto di causa. Il termine di cui all'art. 1168 c.c., di conseguenza, avrebbe dovuto essere computato a decorrere dal momento in cui era cessata la clandestinità e lo spossessato era venuto a conoscenza dell'illecito, ovvero ne avrebbe potuto venire a conoscenza facendo uso della normale diligenza, esigibile nella cura dei propri interessi.

Inoltre, la Corte territoriale avrebbe dovuto tener conto anche del fatto che, per la natura stessa del diritto di servitù di

cui si discute –costituito dallo scarico di fumi mediante una canna fumaria posta nella muratura dell'appartamento della e quindi avente natura continua– il titolare del relativo possesso non doveva tenere alcun comportamento attivo, né per rivendicare la propria situazione possessoria, né per confermare l'attualità della stessa. La canna fumaria passante attraverso una proprietà individuale, infatti, costituisce opera stabilmente posta a servizio di una diversa proprietà e quindi non può essere rimossa dal proprietario del fondo servente, a meno che costui dimostri con certezza che l'*utilitas* che detto manufatto era destinato ad assicurare al fondo dominante sia venuta meno, o in base a fatto naturale, o per intervenuta estinzione del diritto di servitù, ai sensi dell'art. 1073 c.c., ovvero per volontà del titolare del fondo dominante, che abbia rinunciato nelle forme di legge ed in modo esplicito al possesso della servitù attiva al cui servizio la canna fumaria era posta ovvero al relativo diritto reale. Con riferimento a detta ultima ipotesi, occorre altresì ribadire il principio per cui l'estinzione del diritto di servitù per rinuncia del titolare deve risultare da atto scritto, ai sensi dell'art. 1350 c.c., e non può essere desunta indirettamente da fatti concludenti (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5302 del 07/12/1977, Rv. 388963; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 835 del 05/02/1980, Rv. 404279 e Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2228 del 30/03/1985, Rv. 440111).

Da quanto esposto deriva, da un lato, che la convenuta nel giudizio possessorio proposto dagli Schiavoni, non avrebbe potuto eliminare la canna fumaria, o comunque renderla inutilizzabile mediante la sua occlusione, senza prima aver dimostrato o la definitiva ed esplicita rinuncia, da parte del possessore del fondo dominante, al possesso della canna fumaria e, quindi, all'*utilitas* che essa assicurava al predetto

fondo dominante, ovvero il fatto estintivo del diritto fatto valere in giudizio, mediante la prova dell'intempestività dell'azione per decorso del termine di cui all'art. 1168 c.c. rispetto all'epoca di conoscenza o di conoscibilità dello spoglio (Cass. Sez. 2, Sentenza n.22016 del 31.10.2016, non massimata; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1036 del 28/01/1995, Rv. 490070; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 20228 del 18/09/2009, Rv. 609627).

Mentre, dall'altro lato, gli Schiavoni avrebbero dovuto essere considerati fino a prova contraria, una volta verificata l'esistenza della canna fumaria a servizio della loro abitazione, titolari del possesso di detto manufatto, in quanto opera apparente, evidentemente posta a servizio dell'immobile sottostante a quello servente. Il possesso del fondo dominante, infatti, implica la presunzione del possesso anche dei diritti di servitù continua a favore del fondo medesimo, ivi incluso, quindi, nel caso di specie, quello di esercitare lo scarico dei fumi mediante la condotta di cui è causa.

L'accoglimento dei due primi motivi di ricorso implica l'assorbimento del terzo, con il quale i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 115 c.p.c. in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., perché la Corte di Appello avrebbe erroneamente fatto derivare l'intervenuta cessazione dell'utilizzazione della canna fumaria dal fatto che il camino esistente nell'appartamento sottostante era stato sostituito con una stufa a pellet, senza considerare che anche tale apparato necessitava, per poter funzionare, di una canna di scarico dei fumi prodotti dalla combustione del pellet. Il giudice del rinvio, infatti, dovrà procedere all'apprezzamento anche di tale circostanza, nell'ambito del complessivo riesame della

fattispecie, tenendo conto dei principi di diritto enunciati in relazione ai primi due motivi proposti da parte ricorrente.

La sentenza impugnata va quindi cassata in relazione alle censure accolte e la causa rinviata alla Corte di Appello di Bari, in differente composizione, anche per le spese del presente giudizio di legittimità.

PQM

la Corte accoglie il primo e secondo motivo di ricorso e dichiara assorbito il terzo. Cassa la sentenza impugnata in relazione alle censure accolte e rinvia la causa alla Corte di Appello di Bari, in differente composizione, anche per le spese del presente giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sesta sezione civile, in data 02 dicembre 2020.

Il Funzionario Giudiziario
Patrizia Ciorra

Depositata in Cancelleria

Oggi.

2 FEB. 2021



Il Funzionario Giudiziario
Patrizia Ciorra

Il Presidente
(L.G. Lombardo)