

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Presidente -
Dott. TRIOLA Roberto Michele - Consigliere -
Dott. GOLDONI Umberto - Consigliere -
Dott. ATRIPALDI Umberto - Consigliere -
Dott. MALPICA Emilio - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da: R.A., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso lo studio dell'avvocato BRIGUGLIO ANTONIO, rappresentato e difeso dall'avvocato DI SALVO SETTIMIO;

- ricorrente -

contro

M.I., R.R., R.L.;

- intimati -

e sul ricorso n. 5953/2004 proposto da:

M.I., R.R., R.L., elettivamente domiciliate in ROMA, FORO TRAIANO 1/A, presso lo studio dell'avvocato SCHETTINI DARIO, rappresentate e difese dall'avvocato VITIELLO GIUSEPPE;

- ricorrenti -

contro

R.A., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso lo studio dell'avvocato BRIGUGLIO ANTONIO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato DI SALVO SETTIMIO;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 139/2003 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 15/01/2003; udita la relazione della causa svolta nella Udienza pubblica del 13/11/2008 dal Consigliere Dott. MALPICA Emilio;

udito l'Avvocato DI SALVO Settimio, difensore del ricorrente che si riporta agli atti;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. LO VOI Francesco, che ha concluso per ricorso principale: accoglimento, ricorso incidentale: rigetto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il tribunale di Napoli, adito con separati atti di citazione da R.A. nei confronti di Ru.Lu., M.I., R. L. e R.R., e da M.I. nei confronti di R. A., riuniti i giudizi, accolse la domanda di quest'ultimo e condannò M.I., R.L. e R.R. a chiudere l'apertura praticata in corrispondenza della loro unità abitativa sul muro perimetrale del fabbricato sito in (OMISSIS), per accedere ad altra unità di loro pertinenza ubicata al civico (OMISSIS) della medesima via; il tribunale, inoltre, rigettò la domanda di R. I., con la quale la predetta aveva chiesto la condanna di R. A. a demolire la parete in ferro che incorporava il pianerottolo del secondo piano perchè antiestetica, a demolire il locale - palestra ricavato collegando locali terranei e un box sul cortile posteriore perchè antiestetico e pregiudizievole al passaggio di luce e aria, e, infine, ad astenersi dal passaggio sul lastrico solare di essa attrice sito al civico n. (OMISSIS); il tribunale, inoltre, rigettò la domanda riconvenzionale di R.A. nei confronti di R.R., L. e Lu., intesa ad ottenerne la condanna all'eliminazione di una tettoia di collegamento tra i suoi box e il fabbricato, e rigettò altresì la riconvenzionale del R.A. per la demolizione della sopraelevazione della controparte al civico n. (OMISSIS).

Avverso detta sentenza proposero appello in via principale M. I., R.R. e R.L., e in via incidentale condizionata R.A., per l'accoglimento delle sue domande riconvenzionali.

All'esito del giudizio la corte d'appello di Napoli, con sentenza del 29.11.2002, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, accolse la domanda di M.I. e condannò R.A. a munire di parapetto regolamentare l'apertura a livello del lastrico solare di proprietà della controparte sul fabbricato sito al civico n. (OMISSIS); revocò la pronuncia di rigetto della domanda riconvenzionale condizionata di R.A. nei confronti delle controparti relativa all'eliminazione della tettoia di collegamento tra i suoi box e l'edificio, e dichiarò assorbita sul punto la domanda stessa, revocò la pronuncia di rigetto della domanda riconvenzionale diretta ad ottenere la demolizione della sopraelevazione del fabbricato sito al civico (OMISSIS), e dichiarò in ordine a essa cessata la materia del contendere, e compensò integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

A fondamento della decisione, la Corte territoriale osservò, per quanto ancora rileva in questa sede, che:

a) era infondata la doglianza concernente il rigetto della domanda diretta ad ottenere la demolizione da parte di R.A. della parete inglobante la rampa e il ballatoio perchè, da un lato risultava la proprietà (o quanto meno l'uso) in via esclusiva della porzione in discorso in capo al convenuto, atteso che la

planimetria, da cui emergeva tale diritto, era allegata come parte integrante dell'atto di divisione amichevole stipulato il (OMISSIS); per altri versi non risultava leso il decoro architettonico nè le parti avevano enunciato quali elementi architettonici risultassero a loro avviso turbati dalla presenza della parete de qua;

b) non poteva accogliersi la seconda censura concernente il rigetto della domanda di demolizione del locale - palestra, perchè le attrici non avevano indicato quali norme del regolamento condominiale erano state violate, nè le ragioni per le quali ritenevano turbata l'estetica dell'edificio e in che cosa consisteva la disarmonia conseguente; rilevò, inoltre, la corte che il tribunale aveva tenuto conto del fatto che le parti erano comproprietarie delle zone dei cortili antistanti e retrostanti i corpi di fabbrica e poichè ciascuna aveva facoltà di sfruttare i propri spazi a fini edilizi, la pretesa di ottenerne la demolizione esigeva la dimostrazione della violazione di distanze legali o, ai soli fini risarcitori, l'illegittimità sotto il profilo amministrativo generale, ma ciò non era stato nè dedotto nè dimostrato;

c) non sussisteva l'asserito aggravio della servitù di passaggio, perchè con l'atto 13.4.1985 erano state costituite servitù reciproche, sicchè per dimostrare l'aggravio andava dimostrato non solo il totale snaturamento sul piano funzionale ed economico della destinazione dei locali terranei e dei box - non essendo a ciò sufficiente la possibilità di un più vantaggioso impiego di essi a palestra - ma anche che in tal modo si veniva ad incidere negativamente sul contenuto del peso prediale;

d) era fondato, invece, il motivo concernente il rigetto della domanda intesa ad impedire a R.A. di accedere al lastrico solare della controparte, perchè il tribunale, ritenendo che fosse stata svolta un'azione di natura obbligatoria e che non fosse provato, oltre il passaggio potenziale, anche il passaggio effettivo, aveva apoditticamente escluso la lesione, mentre avrebbe dovuto rilevare che per l'azione reale esperita (negatoria servitutis) era rilevante non solo il passaggio effettivo ma anche la predisposizione di un'apertura sul terrazzo, giacchè quello che sarebbe dovuto rimanere un balcone, essendo sfornito di parapetto, lasciava intravedere la possibilità che fosse praticato il passaggio, peraltro ammesso dall'interessato che ne aveva addirittura reclamato l'usucapione;

e) quanto alle altre doglianze, cui si riconnetteva la questione della natura unitaria o separata degli edifici, osservò la corte - enunciando analiticamente gli elementi strutturali significativi- che i due edifici erano distinti e costruiti in aderenza, sicchè l'apertura nel muro perimetrale per praticare il passaggio da un edificio all'altro era produttivo di una servitù a carico della cosa comune e a vantaggio di un bene immobile esterno altrui;

f) era, infine, infondato l'appello avverso il rigetto della domanda risarcitoria di R.A. in relazione alla realizzata servitù di passaggio, per la mancata dimostrazione del danno.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso in via principale R.A. in forza di un unico motivo; resistono con controricorso M.I., R.R. e R.L. che propongono ricorso incidentale, affidato a due motivi, al quale resiste con controricorso R.A..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente vanno riuniti i ricorsi perchè proposti avverso la stessa sentenza.

Con il primo motivo il ricorrente principale denuncia violazione degli artt. 112, 113, 166, 132, 342, 346 c.p.c., nonché insufficiente motivazione ed omesso esame di un punto decisivo della controversia. Assume che il tribunale non aveva esaminato l'eccezione di usucapione opposta alla domanda volta a far chiudere la porta - finestra che consentiva il passaggio sul lastrico solare, avendo ritenuto che il consenso prestato dalla controparte avesse dato luogo ad un diritto obbligatorio; l'eccezione di usucapione del diritto di accesso era stata riproposta in appello, sicchè la Corte, una volta ritenuta la natura reale dell'azione svolta da M.I. e dalle sue figlie, avevano l'obbligo di esaminarla. L'omesso esame da parte della Corte di Napoli, integra, a dire del ricorrente, violazione dell'art. 112 c.p.c..

Il motivo è fondato.

Dall'esame degli atti, consentito dalla natura processuale della censura mossa, e dalla stessa narrativa della sentenza impugnata, si evince che R.A. aveva riproposto la questione - ritenuta assorbita dal tribunale- dell'usucapione del diritto a mantenere la porta - finestra che rendeva accessibile il lastrico solare della controparte dal suo appartamento. La Corte di merito, allorchè ha ritenuto di dover riformare la statuizione impugnata qualificando l'azione esperita non già come di natura personale, bensì reale, e ritenendo, quindi, lesiva della proprietà anche la sola potenziale accessibilità al lastrico solare delle appellanti, avrebbe dovuto prendere in esame l'eccezione della controparte di aver usucapito il diritto di servitù di accesso e, quindi, il diritto di mantenere la porta - finestra aperta su di esso.

Nella specie sussiste, quindi, una omessa pronuncia che dovrà essere colmata dal giudice di rinvio, il quale dovrà esaminare in fatto la fondatezza o meno dell'eccezione proposta.

Con il secondo motivo il ricorrente principale denuncia violazione degli artt. 99, 100, 112, 132, 125, 278 e 343 c.p.c., nonché 2043 c.c. e vizi motivazionali; Lamenta di aver richiesto, oltre alla chiusura del passaggio praticato dalle controparti ad una loro proprietà attraverso un'apertura nel muro perimetrale del fabbricato condominiale, anche la condanna delle convenute al risarcimento dei danni. Poichè il tribunale aveva omesso di esaminare detta seconda istanza, egli l'aveva riproposta innanzi alla Corte di Napoli, chiedendo la liquidazione equitativa atteso che il danno doveva considerarsi in re ipsa; il giudice d'appello, a dire del ricorrente, ha respinto la domanda con motivazione apodittica

assumendo non essere stato provato il danno, senza considerare che ogni asservimento comporta di per sè stesso un pregiudizio economico, pur se di difficile monetizzazione.

Il motivo è infondato.

Va premesso che l'apertura di un varco nel muro perimetrale per le esigenze del singolo condomino può ritenersi consentita, per costante giurisprudenza di questa corte, quale uso più intenso del bene comune ex art. 1102 c.c. (sempre che ricorrano i presupposti di legittimità previsti dalla citata norma), mentre non può ritenersi legittima - costituendo un uso abnorme del bene comune - allorchè il varco consenta la comunicazione tra il proprio appartamento ed altra unità immobiliare attigua, se pur di proprietà del medesimo condomino, ma ricompresa in un diverso edificio condominiale; ciò perchè il collegamento tra tali unità abitative determina, inevitabilmente, la creazione di una servitù a carico di fondazioni, suolo, solai e strutture del fabbricato e può, in ipotesi, creare una eventuale servitù di passaggio a carico di un eventuale ingresso condominiale su via pubblica (cfr. Cass. 18.2.1998, n. 1708;

19.4.2006, n. 9036).

Nella specie, essendo pacifico - per quanto si dirà anche in ordine al ricorso incidentale - che il varco aperto nel muro perimetrale pone in comunicazione due ambienti appartenenti ad edifici separati e costituenti autonomi condomini - non può dubitarsi che il fatto vada qualificato come illecito, produttivo potenzialmente di danno da lesione del corrispondente diritto reale sul bene comune; tuttavia, come questa Corte ha già avuto modo di rilevare (cfr. Cass. 12.6.2008, n. 15814), anche ove si volesse considerare nella specie un danno "in re ipsa", ciò che può presumersi è solo l'an debeatur (che presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l'"id quod plerumque accidit"); ne consegue che permane, anche in detta ipotesi, la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario. Nella specie, quindi, correttamente la corte territoriale ha ritenuto di non poter procedere ad una valutazione equitativa, giacchè non è solo in discussione il quantum della lesione patita di problematica dimostrazione, ma anche la sua concreta verifica che, in assenza di un'affettiva dimostrazione, può ritenersi solo possibile o probabile.

Nello stesso motivo il ricorrente si duole anche dell'integrale compensazione delle spese del doppio grado, sul presupposto di una reciproca soccombenza fondata sull'errata soluzione data dalla Corte alle domande da lui proposte. La censura è assorbita dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

Quanto al ricorso incidentale, le ricorrenti, con il primo e secondo motivo, denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1102, 11171120 e 1122 c.c.. Assumono che nessuna apertura era stata praticata nel muro perimetrale, perchè quella oggetto di causa risultava realizzata tra due ambienti di

un unico stabile inizialmente collegati attraverso un'apertura chiusa a seguito dell'atto di divisione. Lo stabile, infatti, comprendeva gli attuali numeri civici (OMISSIS) e (OMISSIS) della (OMISSIS), in (OMISSIS) di (OMISSIS), e fu costruito da M.D. su terreno acquistato in data (OMISSIS); con atto del (OMISSIS) il caseggiato fu diviso in due parti perchè quella contrassegnata attualmente con il civico (OMISSIS) era stata data in dote alla figlia A.. La ricorrente, dopo aver descritto minuziosamente le varie vicende successive di cui erano state oggetto le due parti di fabbricato, assume che il c.t.u. non ha esaminato attentamente i titoli di provenienza circa la preesistenza di un solo caseggiato trascurandone la loro portata, pur avendo rilevato che dal punto di vista architettonico i due fabbricati evidenziavano innegabili affinità, e avanzando solo ipotesi immotivate. Enunciano, quindi, le ricorrenti gli elementi che a loro avviso comproverebbero l'unicità del fabbricato, escludendo che essi fossero stati solo realizzati in aderenza, e afferma che l'apertura in questione è perfettamente perpendicolare all'apertura dalla quale il R. pretendeva di accedere al lastrico solare di M.I.. Censurano, inoltre, la decisione nella parte in cui ha escluso che l'inglobamento da parte di R.A. del ballatoio alla sua proprietà esclusiva ledesse il decoro architettonico, in primo luogo contestando l'affermata proprietà del R.A. su detto ballatoio. Quanto alla questione del cortile posteriore dove insistono i box - garages, obiettano le ricorrenti che detto cortile è di proprietà esclusiva di M. I. e su di esso il R.A. vanta soltanto una servitù di passaggio, sicchè il manufatto realizzato altera l'estetica del complesso condominiale, diminuisce l'arieggiamento e il soleggiamento del cortile e dei locali adiacenti, non è conforme al regolamento urbanistico vigente, e determina un aggravio della servitù. Il ricorso incidentale è nel suo complesso infondato.

Le ricorrenti propongono censure attinenti esclusivamente al merito, prospettando una diversa interpretazione degli elementi di fatto acquisiti e dei rilievi effettuati dal consulente tecnico d'ufficio, al fine di pervenire, sulla questione della unicità o meno del corpo di fabbrica oggetto della controversia, a conclusioni differenti rispetto a quelle fatte proprie dalla Corte territoriale, che appaiono tuttavia supportate da motivazione ampiamente argomentata e immune da vizi logici o giuridici. Altrettanto inammissibili, perchè concernenti il merito, sono le censure che intendono porre in discussione in questa sede la proprietà del ballatoio inglobato da R.A. e le valutazioni circa la lesione del decoro architettonico o della salubrità degli ambienti circostanti a causa delle edificazioni del predetto nel cortile posteriore, atteso che le dette valutazioni risultano supportate da adeguata e logica motivazione.

Il terzo motivo, con il quale le ricorrenti denunciano violazione dell'art. 91 c.p.c. lamentando che l'accoglimento parziale del gravame obbligava la Corte a condannare la controparte al rimborso delle spese processuali - al di là di ogni possibile considerazione sulla sua ammissibilità in questa sede nei termini prospettati - deve ritenersi comunque assorbito dall'accoglimento del primo motivo del ricorso

principale, perchè all'esito del giudizio di rinvio seguirà necessariamente una nuova valutazione in ordine alle spese.

In conclusione, quindi, va accolto il primo motivo del ricorso principale, rigettato il secondo e il ricorso incidentale, con conseguente cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli, che provvedere anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

LA CORTE Riuniti i ricorsi, accoglie il primo motivo del ricorso principale, rigetta il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli.

Così deciso in Roma, il 13 novembre 2008.

Depositato in Cancelleria il 6 febbraio 2009