REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. COSENTINO Antonello - Presidente

Dott. ROLFI Federico V. A. - Consigliere

Dott. OLIVA Stefano - Consigliere

Dott. AMATO Cristina - Consigliere

Dott. CAPONI Remo - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 11607/2018, proposto da:

(OMISSIS), domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avv. (OMISSIS), che la rappresenta e difende;

- ricorrente e controricorrente a ricorso incidentale -

contro

(OMISSIS) s.r.l., domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avv. (OMISSIS), che la rappresenta e difende;

- controricorrente -

nonche'

(OMISSIS), domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avv. (OMISSIS), che lo rappresenta e difende, unitamente all'avv. (OMISSIS);

- controricorrente e ricorrente incidentale -

avverso la sentenza della CORTE DI APPELLO DI ROMA n. 8016/2017, depositata il 20/12/2017;

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 13/12/2022 dal cons. Dott. REMO CAPONI.

FATTI DI CAUSA

Nel 1931 venne costituita una servitu' di non edificare su cortile a favore di un edificio limitrofo. Dal 1978 il cortile e' attraversato da un tunnel che dalla pubblica via conduce all'ingresso di una discoteca ubicata sul fondo servente. Nel 2003 il Condominio dell'edificio del fondo dominante conveniva in giudizio ex articolo 1079 c.c. (OMISSIS), proprietario del fondo servente, e la (OMISSIS) s.r.l., che gestisce la discoteca, con domande di accertamento della servitu', demolizione, rimessione in pristino e condanna generica ai danni. In prime cure la domanda veniva rigettata per prescrizione ex articolo 1073 c.c. Proponeva appello la condomina (OMISSIS), censurando la sentenza di primo grado per non aver ritenuto provati la demolizione e il completo rifacimento del tunnel nel 1995 per iniziativa di (OMISSIS) s.r.l., che gestiva la discoteca all'epoca, e per non aver di conseguenza valorizzato l'eccezione di interruzione della prescrizione. In appello e' stata confermata la sentenza di prime cure (con diversa motivazione).

Ricorre in cassazione la (OMISSIS) con due motivi, illustrati da memoria. Resistono la (OMISSIS) s.r.l. e (OMISSIS) con distinti controricorsi, cui il secondo abbina un motivo di ricorso incidentale condizionato, cui resiste a sua volta la (OMISSIS).

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo del ricorso principale, proposto ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3, si deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 1073, 2934 e 2943 c.c., per avere la Corte d'appello omesso di considerare che, in caso di servitu' di non edificare, la demolizione dell'opera edilizia costruita

contravvenendo al divieto di costruire costituisce, in quanto tale, atto istantaneamente interruttivo della prescrizione della servitu', indipendentemente dalla causa e/o dall'autore della demolizione, in particolare, indipendentemente dal fatto che la demolizione consegua all'esercizio dello ius prohibendi da parte del titolare del fondo dominante.

In sintesi, l'argomentazione della Corte di appello censurata e' la seguente: e' vero che vi e' stata demolizione del tunnel, ma cio' non interrompe la prescrizione, poiche' non e' effetto dello ius prohibendi da parte del titolare della servitu', bensì della libera scelta del titolare del fondo servente ed e' funzionale ad un rapido rifacimento del tunnel, che conserva intatta la finalita' della costruzione originaria.

La parte ricorrente reputa che cio' sia in contrasto con la norma dell'articolo 1073 c.c., comma 2, secondo cui a determinare sia l'inizio che la fine (o l'interruzione) del termine di prescrizione vale solo "il fatto dell'uomo", di qualsiasi uomo, sia esso impeditivo o ripristinatorio dell'esercizio della servitu': "Nel caso di specie la demolizione del manufatto (c.d. tunnel) eretto nel 1978 nella zona asservita in contrasto con la servitu' di non edificazione e' avvenuta nell'estate del 1995 (fatto debitamente provato, secondo la decisione qui impugnata) e dunque il termine ventennale di non uso previsto dall'articolo 1073 c.c. non si e' potuto compiere per effetto della demolizione prima del compimento del termine di prescrizione ventennale, cioe' pel fatto dell'uomo che ha comportato il venir meno del non uso della servitu' di inedificazione" (...) Infatti, nella norma dell'articolo 1073 c.c. nella tradizione giuridica italiana - al contrario di quanto affermato dalla Corte capitolina - non esiste alcun riferimento alla volonta' o all'iniziativa nella causazione del fatto impeditivo del compimento del termine prescrizionale nella servitu' negativa".

In altre parole, ad avviso della parte ricorrente, poiche' si tratta di servitu' negativa continua, il periodo di tempo che determina la prescrizione per "non uso", cioe' il periodo in cui vi e' l'edificio, non tollerebbe interruzioni o discontinuita', neppure istantanee o di breve durata (com'e' accaduto in questo caso, attraverso la momentanea demolizione). Tale argomentazione potrebbe vantare di aderire alla giurisprudenza di questa Corte, laddove si sostiene che l'articolo 1073 c.c., comma 2 disciplina il dies a quo del termine di prescrizione estintiva per le servitu' negative e per quelle continue, disponendo - in considerazione della peculiarita' di tali servitu', il cui esercizio non implica lo svolgimento di una specifica attivita' da parte del titolare - che quel termine inizia a decorrere dal giorno in cui e' stato compiuto un fatto impeditivo dell'esercizio del diritto (Cass. 3857/2016, 2338/1976, 3164/1974).

In particolare, l'argomentazione aderirebbe all'orientamento della giurisprudenza di legittimita', dal momento che la ricostruzione del tunnel e' qualificata come l'evento impeditivo della servitu' di non edificare che segna l'inizio di un nuovo periodo di prescrizione per non uso dopo l'interruzione determinata dalla momentanea demolizione. In altre parole, all'evento interruttivo della demolizione segue ex novo il periodo di non uso (inaugurato dalla ricostruzione). Nell'esposizione del motivo si richiama che nella prescrizione delle servitu' si applica la disciplina generale della sospensione e dell'interruzione (articoli 2941 c.c. e ss.), in quanto compatibile (cfr. Cass. 16861/2013).

Il Collegio reputa tuttavia che il primo motivo non sia fondato. Esso non vale a infirmare la tenuta dell'argomento speso dalla Corte di appello per negare il carattere interruttivo della demolizione seguita dalla ricostruzione. Con tale argomento la corte territoriale fa valere che la demolizione non consegua

all'esercizio dello ius prohibendi da parte del titolare del fondo dominante. Per dimostrare che l'argomento e' coerente con la giurisprudenza di legittimita' occorre solo esplicitare che lo ius prohibendi deve esercitarsi (si sarebbe dovuto esercitare) attraverso la proposizione di una domanda giudiziale, poiche' la virtu' interruttiva di una costituzione in mora o di una diffida stragiudiziale e' circoscritta ai diritti di obbligazione (cfr. Cass. 1681/2013).

D'altra parte, l'argomentazione della parte ricorrente si confuta da sola, dal momento che richiama l'applicazione della disciplina sulle cause interruttive alla prescrizione delle servitu', ma pretende poi di applicarla ad un fatto praticamente opposto al riconoscimento del diritto ex articolo 2944 c.c. da parte del soggetto passivo, cioe' alla sequenza demolizione-ricostruzione (del tunnel), i cui due momenti non sono da considerare in modo atomistico, ma si inseriscono in un processo strutturalmente e funzionalmente unitario, teso a consolidare l'inosservanza della servitu' di non edificare, senza soluzione di continuita' con il precedente periodo.

In conclusione, il primo motivo e' rigettato.

2. - Con il secondo motivo del ricorso principale si deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 101 e 183 c.p.c., articoli 24 e 111 Cost., per avere la Corte di appello rilevato d'ufficio, senza aver provocato il contraddittorio delle parti sul punto, la questione se abbia o meno effetto interruttivo della prescrizione la demolizione che non consegue all'esercizio dello ius prohibendi ad opera del titolare del fondo dominante ed e' immediatamente seguita dalla ricostruzione dell'opera.

Il secondo motivo non e' fondato.

La questione relativa alla rilevanza della demolizione come atto interruttivo della prescrizione, ove tale fatto sia stato accertato nel suo storico verificarsi, appartiene gia' in quanto tale al thema decidendum. La Corte territoriale ha offerto una delle possibili argomentazioni per la sua soluzione. Inoltre, dall'ipotetica violazione del contraddittorio non e' scaturito alcun pregiudizio effettivo. Trattandosi di questione di diritto, la parte ricorrente ha potuto infatti far valere pienamente le sue ragioni nel presente giudizio di legittimita' (cfr. infatti il primo motivo). Del resto, il doppio grado di giudizio non e' munito di garanzia costituzionale, ne' trova attuazione nella disciplina ordinaria, se non in ipotesi eccezionali (cfr. articolo 354 c.p.c.).

In conclusione, il secondo motivo e' rigettato.

3. - L'infondatezza di ogni motivo su cui si fonda il ricorso principale determina l'infondatezza di quest'ultimo nel suo complesso. Pertanto, il ricorso principale e' rigettato.

4. - Il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato, con cui si denuncia, per violazione degli articoli 115 e 229 c.p.c., articolo 2733 c.c., che la Corte di appello abbia considerato come accertata la demolizione del tunnel nel 1995.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo. Inoltre, ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, ad opera della parte ricorrente, dell'ulteriore somma pari al contributo unificato per il ricorso a norma dello stesso articolo 13, comma 1 bis se dovuto.

P.Q.M.

La Corte pronuncia il rigetto del ricorso principale e l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato; condanna la parte ricorrente al rimborso delle spese del presente giudizio in favore di ciascuna delle due parti controricorrenti, liquidate in Euro 4.000,00, oltre a Euro 200,00 per esborsi, alle spese generali, pari al 15% sui compensi e agli accessori di legge.

Sussistono i presupposti per il versamento, ad opera della parte ricorrente, dell'ulteriore somma pari a quella dovuta per il ricorso, se dovuto.