23548-17

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SECONDA SEZIONE CIVILE

Oggetto

*DIRITTI REALI

R.G.N. 24241/2012

Cron. 23548

Rep. C I

Ud. 08/06/2017

PU

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LINA MATERA - Presidente -

Dott. PASQUALE D'ASCOLA - Consigliere -

Dott. GUIDO FEDERICO - Rel. Consigliere -

Dott. ELISA PICARONI - Consigliere -

Dott. CHIARA BESSO MARCHEIS - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 24241-2012 proposto da:

(omissis) , (omissis)

(omissis) , (omissis) ,

elettivamente domiciliati in (omissis)

(omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis) ,

che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato

2017 (omissis) ;

1661 ***- ricorrenti -***

contro

(omissis) , (omissis) , (omissis) ,

elettivamente domiciliati in (omissis) ,

presso lo studio dell'avvocato (omissis) ,

che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato (omissis) ;

- controricorrenti -

nonchè contro

(omissis) ;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1156/2011 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 25/10/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/06/2017 dal Consigliere Dott. GUIDO FEDERICO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALESSANDRO PEPE che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato (omissis) , difensore dei ricorrenti che ha chiesto l'accoglimento del ricorso.

Fatto

Con atto di citazione notificato il 12.02.1993 (omissis) , (omissis), (omissis) e (omissis) , premesso di essere proprietari degli immobili, contraddistinti dai mappali n. (omissis) e (omissis) nel Comune di (omissis) , aventi come pertinenza un piccolo triangolo di terreno ed una scala per accedere alla loro proprietà, convenivano innanzi al Tribunale di Bergamo (omissis)., lamentando che la convenuta, proprietaria di immobili situati al confine (contraddistinti ai mappali n. (omissis) e (omissis)), aveva ampliato una porta del proprio fabbricato, realizzando un ingresso carraio, così consentendo il transito di veicoli sul triangolo di terreno, aveva realizzato una tettoia, da cui precipitavano detriti sul triangolo di terreno.

Ciò premesso, gli attori chiedevano la condanna della convenuta al ripristino dello stato dei luoghi.

(omissis) ., costituitasi, resisteva, deducendo che il triangolo di terreno era di sua proprietà e, pertanto, il transito sullo stesso era del tutto legittimo, mentre la tettoia non pregiudicava in alcun modo la sfera giuridica degli attori.

Il Tribunale di Bergamo rigettò le domande degli attori accertando, in particolare, che il cortile in contestazione era di proprietà comune e sullo stesso si era perfezionata per usucapione decennale una servitù di passo carraio in favore della (omissis).

La Corte d'Appello di Brescia, per quanto qui ancora rileva, dichiarò la nullità, per vizio di ultrapetizione, del capo della sentenza di primo grado che aveva riconosciuto l'acquisto per usucapione della servitù di passaggio.

Rilevò la formazione del giudicato interno in relazione alla statuizione della medesima sentenza che dichiarava il cortile di proprietà comune ed affermò che l'apertura di un passo carraio sul cortile comune ne alterasse la destinazione.

Condannò dunque (omissis), (omissis) e (omissis) , quali eredi di (omissis)., al ripristino dello status *quo ante*, riportando la porta del fabbricato all'originaria misura di 80 cm.

Per la cassazione di detta sentenza propongono ricorso, con sei motivi, (omissis) ., (omissis) e (omissis) (omissis).

(omissis) , (omissis) e (omissis) resistono con controricorso.

In prossimità dell'odierna udienza collegiale i ricorrenti hanno depositato memorie ex art. 378 cpc.

Considerato in diritto

Con il *primo* motivo, i ricorrenti denunciano la violazione o falsa applicazione di norme di diritto e l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo in relazione

al combinato disposto degli artt. 112 c.p.c., 948 e 1158 c.c. ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c., censurando la statuizione della Corte territoriale che ha ritenuto affetto da ultra petizione il riconoscimento della costituzione della servitù di passaggio in capo ai ricorrenti in forza di intervenuta usucapione, deducendo che essi ricorrenti avevano sempre sostenuto, in primo e in secondo grado, la propria proprietà esclusiva in relazione all'area cortilizia, evidenziando l'esercizio del transito *ab immemorabili.*

Il motivo è infondato.

Secondo quanto riferito dagli stessi ricorrenti, e come desumibile dal contenuto degli atti difensivi riportati nel corpo del ricorso, essi hanno sempre sostenuto la proprietà esclusiva dell'area cortilizia, facendo derivare da tale presupposto la legittimità del transito sull'area medesima: il titolo del transito, nella prospettazione degli odierni ricorrenti, era dunque costituito dal diritto di proprietà esclusiva dell'area.

Solo nelle due comparse conclusionali di primo grado, e dunque tardivamente, risulta il riferimento al profilo dell'acquisto per usucapione del diritto di accesso.

Da ciò, la corretta conclusione della Corte territoriale la quale ha affermato che il riconoscimento dell'acquisito della servitù di transito era stata pronunciata dal primo giudice in assenza di domanda e dunque in violazione dell'art. 112 cpc, ponendosi a base della pronuncia un diritto diverso da quello ritualmente fatto valere in giudizio dalla parte.

Ed invero il dominio esclusivo asserito e lo *ius in re aliena* (servitù) riconosciuto dal primo giudice non si trovano in un rapporto quantitativo di *plus a minus*, ma in un rapporto di diversità qualitativa, trattandosi di posizioni giuridiche antitetiche, la seconda delle quali (alienità della res) contraddice nettamente la prima (proprietà del bene)(Cass. 1302 del 08/05/1974).

Con il *secondo* motivo i ricorrenti denunciano violazione o falsa applicazione di norme di diritto, nonchè omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo in relazione al combinato disposto degli artt. 112, 163 e 164 c.p.c. ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. deducendo che la Corte ha omesso di esaminare le domande relative all'accertamento della proprietà dell'area in questione sull'erroneo presupposto che le parti non avevano censurato l'accertamento della sentenza di primo grado di proprietà comune della corte.

Il motivo è infondato.

Come risulta dal contenuto dell'atto di appello, riportato nel ricorso, infatti, gli odierni ricorrenti si sono limitati alla generica contestazione delle domande avversarie e non hanno spiegato appello incidentale

avverso il capo della sentenza di primo grado che aveva accertato la proprietà comune dell'area cortilizia, né hanno riproposto la questione della proprietà esclusiva della stessa ai sensi dell'art. 346 cpc.

Orbene, al fine di evitare la formazione del giudicato su detto capo della sentenza, non è sufficiente la contestazione delle domande avversarie, né il generico richiamo dei propri atti difensivi, ma costituiva onere degli appellati, odierni ricorrenti, formulare appello incidentale chiedendo la riforma della sentenza di prime cure in ordine all'affermata comproprietà sulla corte in esame.

Con il *terzo* motivo i ricorrenti denunciano la violazione o falsa applicazione di norme di diritto nonché l' omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo del giudizio in relazione al combinato disposto degli artt. 112, 163 e 164 c.p.c. ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c., deducendo che la Corte ha erroneamente respinto la domanda di accertamento della proprietà dell'area cortilizia formulata dai ricorrenti.

Con il *quarto* motivo i ricorrenti denunciano la violazione o falsa applicazione di norme di diritto, nonchè omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo del giudizio, in relazione al combinato disposto degli artt. 848 e 922 c.c. ai sensi dell'art. 360 n.4 c.p.c., deducendo che la Corte ha erroneamente omesso di esaminare le osservazioni dei ricorrenti sulle conclusioni del consulente tecnico ing. (omissis), in ordine alla proprietà dell'area cortilizia.

Con il *quinto* motivo i ricorrenti denunciano la violazione o falsa applicazione di norme di diritto e l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo in relazione al combinato disposto degli artt. 848 e 922 c.c. ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c., deducendo che la Corte ha erroneamente aderito alle conclusioni circa l'esistenza di un regime di proprietà comune sulla corte formulate dal terzo Ctu, arch. (omissis), in luogo di quelle dei suoi due predecessori, geom. (omissis) e geom. (omissis), dalle quali risulta che l'area in questione è oggetto di proprietà esclusiva dei ricorrenti.

I motivi che, in quanto connessi vanno unitariamente esaminati, sono inammissibili, in quanto non colgono la *ratio* della pronuncia della Corte territoriale.

Il mancato esame, nel merito, della questione della proprietà dell'area cortilizia da parte del giudice di appello, infatti, discende dalla formazione del giudicato interno sul capo della sentenza di prime cure che ne aveva accertato la proprietà comune.

Da qui il difetto di decisività dei motivi che precedono.

Con il *sesto* motivo i ricorrenti denunciano la violazione o falsa applicazione di norme di diritto e omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo in relazione all'art. 1102 c.c. ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c. deducendo che la Corte ha ritenuto, erroneamente e

senza motivazione alcuna, che l'apertura di un passo carraio sulla cosa comune ne altera la destinazione e costituisce comportamento non consentito ai comproprietari, atteso che l'area cortilizia in questione è destinata al transito pedonale e carraio e la creazione di una porta carraia non costituisce impedimento all'uso che ne possono fare gli altri comproprietari.

Il motivo è destituito di fondamento.

Costituisce infatti abuso non consentito della cosa comune, anche quando non venga alterata la destinazione del bene comune, l'apertura, senza il consenso degli altri condomini, di un accesso carraio allo spazio interno comune da un immobile limitrofo, estraneo al condominio e di proprietà esclusiva del singolo condomino, poiché in tal modo si costituisce in favore del bene estraneo alla comunione ed *in pregiudizio degli altri condomini* e della cosa comune, una servitù di passaggio carraio, in violazione dell'art. 1102 c.c. (Cass. Civ. Sez. II sent del 26/09/2008 n. 24243).

Nel caso di specie, ferma la formazione del giudicato interno sull'accertamento della proprietà comune dell'area cortilizia, il Giudice d'appello ha ritenuto illegittimo l'ingresso carraio realizzato dagli odierni ricorrenti sul triangolo di terreno verso la propria abitazione, atteso che la realizzazione di tale accesso carraio travalica l'utilizzo legittimo del cortile comune, comportando una rilevante immutazione dello stato dei luoghi e la costituzione, a carico dello stesso, di una servitù di passaggio *carraio* a vantaggio dell'immobile di esclusiva proprietà degli odierni ricorrenti.

Né assumono rilievo i precedenti giurisprudenziali richiamati dagli odierni ricorrenti, in quanto si riferiscono a fattispecie diverse da quella in esame.

In particolare, appare non omogena alla fattispecie in esame, l'ipotesi di un uso diverso e più intenso rispetto al passato della corte comune da parte dei comproprietari di un fabbricato, onde consentire il transito e la sosta anche di mezzi meccanici sull'area condominiale, mentre, nel caso di specie, l'apertura di un passo carraio sulla corte comune, mediante ampliamento di una preesistente apertura, come si è evidenziato, non solo modifica la cosa comune, ma implica la costituzione *ex novo* di una servitù di passaggio a carico del bene comune, in favore di un immobile di proprietà esclusiva di uno solo dei comunisti, con invadenza pregiudizievole dei diritti di uso dell'area cortilizia comune degli altri comproprietari.

Il ricorso va dunque respinto ed i ricorrenti vanno condannati in solido alla refusione delle spese del giudizio di legittimità, che si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna i ricorrenti in solido alla refusione delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi, 2.700,00 euro, di cui 200,00 euro per rimborso spese vive, oltre a rimborso forfettario spese generali, in misura del 15%, ed accessori di legge.

Così deciso in Roma l'8 giugno 2017

L'Estensore

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
D'ANNA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, - 9 OTT. 2017

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella D'ANNA