

**Negata la servitù di scarico, è esperibile l'evizione nei confronti del venditore**

**Cass. Civ. – Sez. II – ordinanza 18 ottobre 2019, n. 26627**

**Il compratore di un immobile che abbia subito il vittorioso esperimento dell'*actio negatoria servitutis*, quando lo stato di fatto lesivo a danno di terzi preesisteva alla vendita, è tutelato dalle azioni previste dagli artt. 1484 e 1489 c.c.**

#### **FATTI DI CAUSA**

1. La Corte d'appello di Firenze, con sentenza, resa pubblica il 28 novembre 2014, ha accolto l'appello proposto da G.F. avverso la sentenza del Tribunale di Livorno-sez. distaccata di Cecina n. 217 del 208, e nei confronti di C.R., Maga s.r.l., Solmar s.r.l., Russo Costruzioni s.r.l. e P.M..
- 1.1. Il Tribunale aveva rigettato la domanda proposta dalla sig.ra G., proprietaria dell'appartamento posto al piano terra del fabbricato sito in (OMISSIS), che aveva agito perchè fosse accertato che non esisteva servitù di scarico a favore dell'appartamento di proprietà C., che non era posto in corrispondenza del proprio. Nel rigetto erano rimaste assorbite le domande di manleva proposte sia dal convenuto C. nei confronti delle venditrici Maga srl e Solmar srl, sia dalle predette società nei confronti di Russo Costruzioni srl e da quest'ultima nei confronti del progettista e direttore dei lavori arch. P..
2. La Corte d'appello ha riformato la decisione.
- 2.1. Rilevato che la situazione di fatto integrativa della servitù si era formata prima della costituzione del condominio, quando il fabbricato era ancora di proprietà delle società Maga e Solmar; che il titolo di acquisto dell'attrice non prevedeva servitù a favore della proprietà C. e che doveva escludersi la natura apparente della servitù, la Corte territoriale ha condannato il convenuto C. a rimuovere l'allacciamento della sua tubazione dal pozzetto di scarico posto nel resede di proprietà esclusiva G..
- 2.1. La stessa Corte ha ritenuto fondata la domanda formulata dal C. nei confronti delle società venditrici, qualificata come domanda risarcitoria ex art. 1484 c.c., mentre ha dichiarato prescritta la



# Lex, Com & Labor

domanda proposta dalle predette società -nei confronti dell'appaltatore Russo Costruzioni, con assorbimento sia della manleva da quest'ultima esercitata nei confronti del progettista e direttore lavori arch. P., sia degli appelli incidentali aventi ad oggetto le spese di lite.

3. Ricorrono per la cassazione della sentenza Maga srl e Solmar srl sulla base di sei motivi, ai quali resistono con separati atti di controricorso G.F., C.R. e Russo Costruzioni srl. Non ha svolto difese in questa sede P.M.. Le ricorrenti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c. L'avv. Boldrini, per conto di Russo Costruzioni srl, ha depositato documentazione comprovante il decesso in data 19 marzo 2018 dell'avv. Salamone, difensore di fiducia della società.

## **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Preliminarmente si deve rilevare l'irritualità della produzione documentale depositata in data 7 maggio 2019 dall'avv. Boldrini per conto, della società Russo Costruzioni srl, poichè il predetto legale non risulta investito del potere rappresentativo, essendo nulla la procura depositata in data 8 maggio 2019.
  - 1.1. La nomina del difensore nel giudizio di legittimità, ai sensi dell'art. 83 c.p.c., comma 3, nel testo previgente, deve essere effettuata con procura apposta in calce o a margine del ricorso o del controricorso, e se non rilasciata in occasione di tali atti, nelle forme previste dal comma 2 citato articolo e, dunque, con atto pubblico o scrittura privata autenticata che facciano riferimento agli elementi essenziali del giudizio, quali l'indicazione delle parti e della sentenza impugnata. Non diversamente è a dirsi con riguardo al caso in cui debba sostituirsi il difensore deceduto nelle more del giudizio (ex multis Cass. 09/04/2009, n. 8708; Cass. 30/06/2015, n. 13329; Cass. 19/01/2018, n. 1255). Soltanto nella nuova formulazione dell'art. 83 c.p.c., comma 3, (a seguito dell'aggiunta attuata dalla L. n. 69 del 2009, art. 45, comma 9, lett. a, applicabile ai giudizi introdotti dopo il 4 luglio 2009), è prevista specifica memoria di nomina del nuovo difensore, in calce o a margine della quale può quindi essere validamente apposta la procura.
  - 1.2. Nel giudizio in esame, che ha avuto inizio con citazione notificata nel 2005, non trova applicazione la norma da ultimo richiamata, sicchè la nomina del nuovo difensore richiedeva l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata dal notaio ai sensi dell'art. 2703 c.c. mentre l'atto di conferimento del mandato all'avv. Boldrini, sottoscritto in data 23 aprile 2019 dal legale rappresentante di Russo Costruzioni, risulta autenticato dal medesimo legale, e quindi non risponde alla prescrizione di legge. Trattandosi di nullità che attiene alla costituzione del rapporto processuale è rilevabile d'ufficio (cfr. Cass. 15/03/2001, n. 3757).
  - 1.3. Avuto riguardo alla garanzia del diritto di difesa della parte il cui originario difensore risulta deceduto, si rileva che essa era stata resa edotta della fissazione dell'udienza tramite la comunicazione in data 4 marzo 2019 al domiciliatario avv. Vitolo, a fronte di decesso del difensore di fiducia avvenuto un anno



# Lex, Com & Labor

addietro, e ciò consente di affermare che la parte è stata messa nelle condizioni di nominare nuovo difensore in tempo utile per la partecipazione all'odierna udienza.

2. Con il primo motivo è denunciata nullità della sentenza come conseguenza della nullità della domanda di manleva proposta dal convenuto C. nei confronti delle chiamate Maga e Solmar, e non integrata a seguito dell'eccezione di nullità formulata dalle chiamate in comparsa di risposta.
- 2.1. La doglianza è inammissibile.

La questione della nullità della domanda di manleva del convenuto C. non risulta trattata nella sentenza impugnata, che dà conto esclusivamente della difesa nel merito delle società ricorrenti, e le predette società non hanno neppure allegato, nel ricorso, di avere riproposto l'eccezione di nullità nel prosieguo del giudizio ed in particolare in appello, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., con il risultato che la deduzione in questa sede della nullità risulta, anche agli effetti dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, carente di specificità e come tale inammissibile (ex multis, Cass. 23/11/2016, n. 23896).

3. Con il secondo motivo è denunciata nullità della sentenza per violazione del contraddittorio, giudizio di terza via e ultrapetizione, e si contesta che la Corte d'appello aveva qualificato la domanda di manleva proposta dal convenuto C. come domanda di garanzia per evizione parziale e risarcimento danni, ai sensi dell'art. 1484 c.c., senza che il tema fosse stato discusso tra le parti, e senza sottoporlo al contraddittorio. Il convenuto si era limitato a chiedere di essere "tenuto indenne" dall'eventuale condanna alla rimozione dell'impianto di scarico collocato nella proprietà G., senza fare riferimento alcuno all'art. 1484 c.c., e le società chiamate in causa non erano state messe in condizione di prendere posizione in proposito.
4. Con il terzo motivo è denunciata falsa applicazione dell'art. 1484 c.c. e si contesta l'inconferenza della norma citata al caso concreto nel quale non si era verificata privazione, neppure parziale, dell'immobile che il convenuto C. aveva-acquistato dalle società ricorrenti.
5. Con il quarto motivo è denunciata omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, costituito dall'eccezione di decadenza e prescrizione dall'azione ex artt. 1167-1669 c.c. che le chiamate in causa avevano formulato a fronte della responsabilità ipotizzata a tale titolo, seppur genericamente, dal convenuto C. nella memoria depositata ai sensi dell'art. 183 c.p.c., comma 5.
- 5.1. I motivi dal secondo al quarto – che possono essere esaminati congiuntamente, perchè contestano sotto plurimi profili l'accoglimento della domanda di manleva – sono in parte inammissibili ed in parte infondati.
- 5.2. Non è ammissibile la doglianza di omessa motivazione (quarto motivo) riferita all'eccezione di decadenza e prescrizione del convenuto dall'azione di garanzia ex artt. 1667-1669 c.c.

Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte regolatrice, assurta ormai a diritto vivente (a



## Lex, Com & Labor

partire da Cass. Sez. U 07/04/2014, nn. 8053 e 8054), dopo la riformulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 ad opera del D.L. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla L. n. 134 del 2012, non è più consentito un vizio di motivazione se non quando esso dia luogo ad una vera e propria violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, che verifica soltanto in caso di mancanza grafica della motivazione, o di motivazione del tutto apparente, oppure di motivazione perplessa od oggettivamente incomprensibile, là dove l'omesso esame deve riguardare un fatto (inteso nella sua accezione storico-fenomenica) principale o primario (ossia costitutivo, impeditivo, estintivo o modificativo del diritto azionato) o secondario (cioè dedotto in funzione probatoria), decisivo, vale a dire idoneo ad incrinare la plausibilità delle conclusioni – cui è pervenuta – la sentenza rispetto a premesse date nel quadro del sillogismo giudiziario.

Il motivo in esame non risponde all'evidenza ai requisiti prescritti dalla giurisprudenza citata, giacchè la denunciata omissione non riguarda un fatto storico, ma un'eccezione preliminare peraltro priva di ricadute sulla ratio decidendi della sentenza impugnata.

### 5.3. Risulta in parte infondato ed in parte inammissibile il secondo motivo.

L'obbligo per il giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni (di fatto o miste di fatto e di diritto) rilevate d'ufficio non riguarda l'attività di interpretazione e qualificazione della domanda, che è espressione del potere-dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalla parte e dalle precisazioni dalla medesima fornite nel corso del giudizio, nonchè dal provvedimento concreto dalla stessa richiesto, con i soli limiti della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di non sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella esercitata. Tale ampio potere, estrinsecandosi in valutazioni discrezionali sul merito della controversia, è sindacabile in sede di legittimità soltanto se il suo esercizio ha travalicato i predetti limiti, ovvero per vizio della motivazione (ex multis, Cass. 29/04/2004, n. 8225; Cass. 10/02/2010, n. 3012; Cass. 21/05/2019, n. 13602). La denuncia di violazione dell'art. 101 c.c. è quindi infondata.

Non è ammissibile, invece, la doglianza di ultrapetizione. Premesso che in tema di giudizio di appello, il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, come il principio del tantum devolutum quantum appellatum, non osta a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti, ovvero in base alla qualificazione giuridica dei fatti medesimi ed all'applicazione di una norma giuridica diverse da quelle invocate (ex multis, Cass. 11/Q1/2019, n. 513; Cass. 25/09/2008, n. 24055; Cass. 12/05/2006, n. 11039), la doglianza è prospettata senza richiamare il contenuto degli atti processuali e senza precisare quali nuovi elementi, rilevati dalla Corte d'appello, avrebbero comportato il mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato dal convenuto, così modificando l'oggetto sostanziale dell'azione



## Lex, Com & Labor

ed i termini della controversia, in modo da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in primo grado (tra le altre, Cass. 23/07/2015, n. 15506; Cass. 10/09/2012, n. 15101).

### 5.4. Risulta infondato il terzo motivo ricorso.

Il convenuto C. aveva chiesto, per l'ipotesi di condanna a rimuovere l'impianto di scarico, di essere tenuto indenne dalle società venditrici sia dei costi della rimozione sia di quelli necessari per realizzare un nuovo sistema di scarico.

La Corte d'appello, dopo aver accertato l'inesistenza della servitù di scarico a favore della proprietà C. ed a carico della proprietà G. ed avere condannato il C. alla rimozione dell'impianto, ha ritenuto che la domanda risarcitoria da questi proposta nei confronti delle venditrici fosse sussumibile nello schema dell'evizione parziale, di cui all'art. 1484 c.c.

La prospettiva assunta dalla Corte d'appello, pure non del tutto esplicitata, è che il vittorioso esperimento dell'actio negatoria servitutis da parte della G. avesse comportato un'alterazione strutturale dell'immobile C., che risultava infatti privo dell'impianto di scarico. Non si era trattato, nella specie, della perdita di utilità e quindi – della restrizione – del godimento dell'immobile – situazione che avrebbe legittimato l'applicazione del rimedio previsto dall'art. 1489 c.c. – ma vi era stata una vera e propria perdita di una parte dell'immobile acquistato, corrispondente all'impianto di scarico.

In questi termini, e sulla base dell'accertamento in fatto non sindacabile in questa sede, la decisione risulta conforme al principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte regolatrice, secondo cui il compratore di immobile che abbia subito il vittorioso esperimento dell'actio negatoria servitutis, quando lo stato di fatto lesivo a danno di terzi preesisteva alla vendita, è tutelato dalle azioni previste dagli artt. 1484 e 1489 c.c., che costituiscono entrambe rimedi allo squilibrio del sinallagma funzionale del contratto di compravendita, per cui al prezzo corrisponde una cosa inferiore, o per quantità o per qualità, a quella venduta (ex multis, Cass., 02/08/1975, n. 2947; Cass. 06/12/1984, n. 6402; Cass. 21/12/2012, n. 23818).

6. Con il quinto motivo è denunciata nullità della sentenza perchè afferma come veri fatti che non sono stati provati. Le ricorrenti lamentano la Corte d'appello non abbia disposto CTU nè assunto mezzi istruttori, nonostante le contestazioni sulla pretesa dell'attrice G..

### 6.1. Il motivo è inammissibile sotto tutti i profili.

La scelta del giudice di merito di non ammettere mezzi di prova può essere denunciata per cassazione solo nel caso in cui abbia determinato l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, quindi, ove la prova non ammessa ovvero non esaminata in concreto sia idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità,



## Lex, Com & Labor

l'efficacia delle altre risultanze istruttorie effe hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la ratio decidendi venga a trovarsi priva di fondamento (ex multis, Cass. 07/03/2017, n. 5654). Nessuno degli oneri di allegazione sopra indicati risulta assolto nel motivo in esame, donde l'inammissibilità.

Analogamente le ricorrenti non chiariscono la decisività della mancata nomina di un consulente tecnico d'ufficio, a fronte della plausibilità delle conclusioni raggiunte dalla Corte d'appello sulla base

delle allegazioni delle parti. E infatti, pacifica l'esistenza del pozzetto di ispezione nella proprietà dell'attrice G., la Corte territoriale ha escluso che dall'esame visivo del pozzetto potessero essere individuate origine e funzioni delle singole condutture, in particolare il collegamento di una di esse all'unità abitativa del C., posizionata a lato della proprietà G., nella parte centrale del fabbricato condominiale.

Risulta infine generica e perciò inammissibile la doglianza riferita all'applicazione del principio di non contestazione, che in assunto delle ricorrenti sarebbe erronea e comunque ad esse non opponibile. Le ricorrenti non chiariscono quali profili fattuali dell'allegazione attorea sarebbero stati contestati dal convenuto C., limitandosi ad una indistinta censura che non consente alcuna verifica dell'operato del giudice di merito.

7. Con il sesto motivo è denunciata violazione degli artt. 99 e 112 c.p.c. e si contesta l'invalidità della statuizione di condanna delle ricorrenti al pagamento delle spese processuali in favore di Russo Costruzioni srl, che non aveva formulato domanda sul punto.

7.1. La doglianza è infondata.

La condanna della parte soccombente alle spese, in quanto pronuncia consequenziale ed accessoria, può essere emessa d'ufficio dal giudice, indipendentemente dalla specifica richiesta della parte risultata vittoriosa (ex multis, Cass. Sez. U 18/11/1988, n. 6242; Cass. 27/08/2003, n. 12542; Cass. 12/06/2018, n. 15326), con. 1a conseguenza che il vizio di extrapetizione non è neppure configurabile salva l'ipotesi in cui la parte vincitrice abbia fatto richiesta di compensazione, così rinunciando alle spese, ipotesi che non ricorre nella fattispecie in esame.

8. Al rigetto del ricorso segue la condanna delle ricorrenti, in solido, alle spese del presente giudizio, nella misura liquidata in dispositivo. Sussistono i presupposti per il raddoppio del contributo unificato.

### **PQM**

La Corte rigetta il ricorso e condanna le ricorrenti in solido alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità in favore di ciascuno dei controricorrenti G.F., C.R. e Russo Costruzioni srl, nella misura di Euro 3.700,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali e accessori di legge.



## **Lex, Com & Labor**

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione Seconda civile della Corte Suprema di Cassazione, il 8 maggio 2019.

Depositato in Cancelleria il 18 ottobre 2019



**Lex, Com & Labor**



**Lex, Com & Labor**