



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23/11/2017 dal Consigliere Dott. Andrea Penta.

#### Ritenuto in fatto

Con atto di citazione notificato il 19.11.1993 Antonina conveniva in giudizio, davanti al Tribunale di Messina, Mondello Giacomo e Giuseppina, premettendo che: era proprietaria, per atto notarile trascritto il 1 di un appartamento per civile abitazione sito in Messina nel complesso " , confinante con proprietà di altri, tra cui quella dei convenuti; al momento in cui gli immobili erano stati consegnati, il giardino appartenente ai convenuti risultava essere di oltre due metri e mezzo più basso rispetto al piano di calpestio del giardino di sua proprietà, tanto che i coniugi Mondello per accedere al loro dovevano usare una scaletta di ferro che si dipartiva dal balcone posto in aggetto su detto terreno; da circa 5 anni i convenuti avevano trasformato i luoghi, rialzando al livello del suo giardino il piano di calpestio del loro giardino, eliminando il balcone e la scaletta di cui sopra e così realizzando una terrazza; nelle esecuzione dei detti lavori avevano invaso, per circa 1 ml. di larghezza, la terrazza di sua proprietà, edificando un muretto e trasformando la veduta obliqua in veduta diretta; a nulla erano valse le sue diffide per ottenere il ripristino dello stato dei luoghi.

Tutto ciò premesso, concludeva chiedendo al Tribunale di: a) dichiarare che i convenuti avevano occupato illecitamente la sua proprietà; b) dichiarare che gli stessi avevano modificato la veduta da obliqua in diretta; c) conseguentemente, condannare i convenuti a ripristinare lo stato dei luoghi ed al risarcimento dei danni; d) condannare i convenuti al pagamento delle spese e compensi di causa.

Si costituivano in giudizio i coniugi Mondello contestando il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio e chiedendo al

Tribunale di: 1) dichiarare inammissibili e/o improponibili o rigettare le domande dell'attrice; 2) dichiarare che la linea di confine tra i due giardini coincideva con la linea mediana dell'attuale muretto divisorio, dando atto che la posizione del muretto era stata concordata tra le parti.

Espletata CTU, con sentenza n. 1701/03 depositata in data 25/6/03, il Tribunale di Messina condannava Mondello Giacomo e Giuseppa a retrocedere di mt. 0,75 in larghezza, nella loro proprietà, il muretto posto a confine con la proprietà di Antonina; condannava altresì i convenuti a ripristinare le vedute verso l'immobile dell'attrice, rendendole da dirette in oblique, come erano prima della illegittima trasformazione; rigettava la domanda di risarcimento danni; condannava Mondello Giacomo e Giuseppa, in solido, a restituire a Antonina il 50% delle spese di CTU, oltre che al pagamento delle altre spese processuali.

Avverso la sentenza proponevano appello Mondello Giacomo e Giuseppa con atto di citazione notificato il 30.03.2014.

Si costituiva Antonina, proponendo appello incidentale.

La Corte di Appello di Messina, con sentenza non definitiva del 22.10.2009, in parziale riforma della sentenza impugnata, rigettava la domanda di Antonina di ripristino della servitù obliqua preesistente ed il motivo di appello incidentale relativo alla statuizione di rigetto della domanda di risarcimento danni per la costituzione di servitù diretta, il tutto sulla base, per quanto ancora qui rileva, delle seguenti considerazioni:

1) se, da un lato, era incontestato e, comunque, provato che la creazione, a seguito della modifica dello stato dei luoghi, di una veduta diretta in luogo di quella precedente obliqua costituiva un aggravamento della preesistente servitù, dall'altro, dovendosi valutare l'aggravamento con riferimento alla situazione definitiva dei luoghi, occorreva tener presente che nel progetto relativo ai fabbricati delle parti la quota di calpestio del terrazzo era costante

8

(c.t.u.) e che la situazione esistente era conforme a quella che ci sarebbe stata se le costruzioni fossero state consegnate ultimate secondo le previsioni progettuali;

2) avuto riguardo al motivo di gravame concernente la condanna degli appellanti a retrocedere di mt. 0,75 il muretto posto a confine, potendo le parti procedere ad un regolamento amichevole della linea di confine, doveva essere assunta la prova testimoniale formulata dagli stessi sul punto;

3) tenuto conto dell'accoglimento dell'appello con riferimento alla domanda di ripristino dello stato dei luoghi quanto alla costituita servitù diretta, non poteva che essere confermata la statuizione di rigetto della domanda di risarcimento danni relativa.

All'esito della rimessione della causa sul ruolo e dell'assunzione della prova testimoniale, la stessa corte d'appello, con sentenza definitiva del 27.12.2012, in accoglimento del relativo motivo di appello principale, rigettava le domande di Antonina relative al posizionamento del muro di confine ed al conseguente risarcimento per pretesa occupazione, sulla base, per quanto ancora qui rileva, delle seguenti considerazioni:

1) dall'escussione dei testimoni era emerso che, all'atto della realizzazione del muro a delimitazione del confine Antonina aveva formulato rimostranze solo con riferimento all'altezza del manufatto, e non anche a quest'ultimo in sè stesso, e che i paletti e la rete erano stati collocati da Salvatore, soggetto molto prossimo alla sorella Antonina;

2) dalle predette risultanze era desumibile che il muro fosse stato realizzato sulla base di un sostanziale accordo sul posizionamento.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso Antonina, sulla base di tre motivi Giacomo e Giuseppina non hanno svolto difese.

Considerato in diritto

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione degli artt. 1027 e 1067 c.c. e 116 c.p.c., nonché la contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (in relazione all'art. 360, co. 1, nn. 3 e 5, c.p.c.), per non aver la corte territoriale considerato che in nessuna delle tavole di progetto delle costruzioni erano riportate, sia pure parzialmente, le quote di terreno circostanti le unità immobiliari delle parti e che le costruzioni erano state consegnate ultimate, essendo i relativi lavori stati completati in data 26.1.1981.

1.1. Il motivo è inammissibile.

In primo luogo, in violazione del principio di autosufficienza, la ricorrente ha ommesso di trascrivere, almeno nei loro passaggi salienti, le tavole del progetto delle costruzioni (dalle quali si sarebbe dovuto desumere l'assenza di indicazioni concernenti le quote di terreno circostanti le unità immobiliari, con conseguente impossibilità, da parte del c.t.u., di ricavarne che la quota di calpestio del terrazzo fosse costante - cfr. pagg. 10 della sentenza e 8 del ricorso), le dichiarazioni contenute negli atti pubblici di trasferimento (dalle quali sarebbe emerso che i lavori di costruzione degli appartamenti erano stati ultimati dal costruttore in data 26.1.1981 e, quindi, in epoca anteriore all'acquisto - risalente al 19.5.1981 - effettuato dalla - cfr. pagg. 8 e 13 del ricorso -), gli atti dai quali si sarebbe dovuto evincere che i resistenti, per l'innalzamento della quota di giardino fino al livello del loro balcone, erano stati denunciati ed avevano poi sanato le opere abusivamente realizzate (cfr. pag. 9 del ricorso) ed i "verbali di violazione urbanistica" (dai quali si sarebbe ricavato che l'innalzamento del livello del giardino era stato eseguito nel 1993, anziché nel 1984 come sostenuto dal teste di controparte Rigano - cfr. pag. 13 del ricorso -).

In secondo luogo, le considerazioni espresse a pagina 9 del ricorso rappresentano delle mere supposizioni soggettive.

In terzo luogo, le risultanze emerse dall'escussione dei testimoni (le cui dichiarazioni, peraltro, non sono state parimenti riprodotte; cfr. pag. 13 del ricorso) non sono in contrasto con quanto riportato nella sentenza (cfr. pag. 3), secondo cui fino al 1988 i due giardini erano posti a quote differenti e sulla ringhiera del balcone vi era una scaletta in ferro che consentiva ai Mondello di accedere al loro giardino.

1.2. Non è, comunque, ipotizzabile la violazione dell'art. 1067 c.c., atteso che la corte territoriale ha affermato che, pur costituendo la creazione, a seguito della modifica dello stato dei luoghi, di una veduta obliqua in una diretta un aggravamento della preesistente servitù (cfr. pagg. 9-10 della sentenza), nel caso di specie la situazione definitiva dei luoghi (vale a dire, a seguito della trasformazione operata dai convenuti) corrispondeva a quella che ci sarebbe stata qualora le costruzioni fossero state sin da subito consegnate ultimate secondo le previsioni progettuali (cfr. pag. 10).

Inconferente è, invece, per la sua genericità, il richiamo operato all'asserita violazione dell'art. 1027 c.c..

La deduzione della violazione dell'art. 116 c.p.c. è ammissibile ove si alleggi che il giudice, nel valutare una prova o, comunque, una risultanza probatoria, non abbia operato - in assenza di diversa indicazione normativa - secondo il suo "prudente apprezzamento", pretendendo di attribuirle un altro e diverso valore oppure il valore che il legislatore attribuisce ad una differente risultanza probatoria (come, ad esempio, valore di prova legale), nonché, qualora la prova sia soggetta ad una specifica regola di valutazione, abbia invece dichiarato di valutare la stessa secondo il suo prudente apprezzamento, mentre, ove si deduca, come nel caso di specie, che il giudice ha solamente male esercitato il proprio prudente apprezzamento della prova, la censura è consentita ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c. (v. *postea*). Ne consegue l'inammissibilità della doglianza che sia stata prospettata sotto il



profilo della violazione di legge ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c.p.c. (Sez. L, Sentenza n. 13960 del 19/06/2014; n. 26965 del 2007).

Pertanto, in tema di valutazione delle risultanze probatorie in base al principio del libero convincimento del giudice, la violazione dell'art. 116 c.p.c. è apprezzabile, in sede di ricorso per cassazione, nei limiti del vizio di motivazione di cui all'art. 360, primo comma, n. 5), c.p.c., e deve emergere direttamente dalla lettura della sentenza, non già dal riesame degli atti di causa, inammissibile in sede di legittimità (Sez. 1, Sentenza n. 14267 del 20/06/2006; conf. Sez. 2, Sentenza n. 24434 del 30/11/2016).

Per quanto concerne l'asserita contraddittorietà della motivazione, va premesso che, essendo stata impugnata, sul punto, la sentenza non definitiva pubblicata il 22.10.2009, trova applicazione, *ratione temporis*, la disciplina dell'art. 360, co. 1, n. 5), c.p.c. *post* riforma, atteso che il ricorso per cassazione proposto sia contro la sentenza definitiva, pubblicata in data successiva all'11.9.2012, che contro la sentenza non definitiva, pubblicata anteriormente a tale data, in virtù della riserva di gravame di cui all'art. 361 c.p.c., formulata in precedenza, va considerato soggetto alle modifiche in materia di processo di cassazione introdotte dall'art. 54, co. 3, d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. con modificazioni nella l. 7.8.2012, n. 134, dovendosi in tale ipotesi intendere la sentenza non definitiva pronunciata nella stessa data di quella definitiva, come parte della statuizione dell'intera controversia (Sez. 2, Sentenza n. 23363 del 18/12/2012).

In ogni caso, la ricorrente si limita a sollecitare una rivalutazione del materiale istruttorio, non intaccando, però, l'*iter* logico sotteso alla decisione della corte di merito la quale, dopo aver richiamato il principio secondo cui l'esistenza o meno dell'aggravamento di una servitù di veduta deve essere valutata avuto riguardo (non già ad una situazione transitoria, ma) alla situazione definitiva dei luoghi, ha rilevato, sulla base del progetto relativo ai fabbricati, che la quota di calpestio del terrazzo era costante e, in particolare, che la

quota di terrazza in contestazione aveva all'attualità la medesima quota di quella indicata nell'elaborato progettuale (cfr. pag. 10 della sentenza). Da tali rilievi ha, con motivazione congrua sul piano logico-formale e corretta giuridicamente, tratto la conclusione, già accennata, secondo cui la situazione definitiva dei luoghi (vale a dire, a seguito della trasformazione operata dai convenuti) corrispondeva a quella che ci sarebbe stata qualora le costruzioni fossero state sin da subito consegnate ultimate secondo le previsioni progettuali, rigettando, per l'effetto, la domanda di Antonina di ripristino della servitù obliqua preesistente.

2. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 950 e 1350 c.c. e 116 c.p.c., nonché la contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (con riferimento all'art. 360, co. 1, nn. 3 e 5, c.p.c.), per aver la corte di merito ritenuto che le parti avessero raggiunto un sostanziale accordo circa il posizionamento del muro a confine, senza considerare che la prova di tale accordo non poteva essere affidata a testimoni, ma, essendo necessaria la forma scritta *ad substantiam*, solo ad un atto scritto.

2.1. Il motivo è fondato.

La corte d'appello ha fatto applicazione del principio secondo cui l'incertezza sul confine tra due fondi può essere eliminata anche mediante un negozio di accertamento *per facta concludentia*, come nel caso in cui i proprietari dei fondi limitrofi erigano, d'accordo tra loro, una rete metallica per delimitarli (Sez. 2, Sentenza n. 4437 del 21/02/2008). In questo caso il regolamento amichevole della linea di confine tra due fondi realizza un negozio d'accertamento libero da forme ed indiscutibile e non richiede la forma scritta *ad substantiam* (Sez. 2, Sentenza n. 6189 del 03/05/2001).

Tuttavia, l'anzidetto regolamento amichevole della linea di confine tra due fondi realizza un negozio di accertamento che, a sua volta, postula un contrasto, sia pure virtuale, fra i confinanti in ordine alla

linea di demarcazione tra i rispettivi fondi (Sez. 2, Sentenza n. 10626 del 29/11/1996).

Orbene, non è revocabile in dubbio che, nel caso di specie, la originaria attrice non avesse lamentato una incertezza sul confine tra i due fondi, avendo denunciato una invasione, per circa 1 ml. di larghezza, della terrazza di sua proprietà, con la conseguenza che i giudici di merito avrebbero dovuto inquadrare l'azione dalla medesima esperita nell'ambito dell'azione di rivendicazione, e non già di regolamento di confini, con la conseguente inapplicabilità del secondo comma dell'art. 950 c.c..

Invero, quest'ultima azione, essendo volta ad individuare la demarcazione tra fondi per rimuovere la relativa incertezza, presuppone che quest'ultima, oggettiva o soggettiva, cada sul confine tra due fondi, ma non sul diritto di proprietà degli stessi, anche se oggetto di controversia è la determinazione quantitativa delle rispettive proprietà. Diversamente, l'azione di rivendica della proprietà ha ad oggetto i rispettivi titoli di acquisto di essa, sicchè, come tale va qualificata l'azione finalizzata alla soluzione di un conflitto tra titoli relativi allo stesso bene, se in ciascuno di essi quest'ultimo è stato attribuito ad un diverso soggetto (Sez. 2, Sentenza n. 28349 del 22/12/2011).

Per quanto la corte d'appello non abbia operato una espressa qualificazione giuridica della domanda, è evidente che, nel momento in cui ha ammesso la prova testimoniale sull'esistenza di un possibile accordo, anche *per facta concludentia*, sul posizionamento del muro a delimitazione del confine, ha ritenuto che si fosse in presenza di un'azione di regolamento di confini. La conferma di ciò la si trae dalle pronunce di questa S.C. menzionate a pagina 11 della prima sentenza (non definitiva) e dalla considerazione espressa a pagina 4 della seconda sentenza (definitiva).

2.2. Quando la legge stabilisca per un determinato contratto la forma scritta *ad substantiam* (nella specie, contratto costitutivo di

una servitù o traslativo di diritto di proprietà su immobile), alla mancata produzione in giudizio del documento non può supplire la prova testimoniale, ostandovi il disposto espresso dell'art. 2725 c.c. salva l'ipotesi della perdita incolpevole del documento costitutivo di quel diritto, essendo volta in tal caso la prova per testimoni alla ricostruzione del documento (Sez. 2, Sentenza n. 8611 del 29/08/1998).

Il consenso espresso verbalmente dal proprietario di un fondo alla costruzione da parte del vicino di una terrazza a distanza illegale è inidoneo alla costituzione di un vincolo di natura reale, essendo prescritta per la costituzione delle servitù la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350 n. 4 c.c.), con la conseguenza che è inammissibile la prova testimoniale articolata sul punto (Sez. 2, Sentenza n. 6712 del 18/07/1994; Sez. 2, Sentenza n. 1570 del 13/02/1987).

Del resto, la convenzione tra vicini confinanti con cui si deroghi al rispetto delle distanze legali, risolvendosi in una menomazione per l'immobile che alla distanza legale avrebbe diritto, costituisce una vera e propria servitù convenzionale, che deve risultare *ad substantiam* da atto scritto e non può essere provata con testimoni (Sez. 2, Sentenza n. 1318 del 09/05/1974).

Alla stregua delle considerazioni che precedono, i convenuti non avrebbero potuto provare con testimoni l'esistenza di un accordo volto a consentire il posizionamento del muro invadendo per ml. 0,75 il fondo confinante.

Per mera completezza espositiva, va ricordato che l'inammissibilità della prova testimoniale avente ad oggetto l'esistenza del negozio può essere dedotta, ancorché la prova sia stata espletata, in qualsiasi stato e grado del giudizio ed è rilevabile anche d'ufficio (Sez. 2, Sentenza n. 2902 del 25/03/1987; conf. Sez. 2, Sentenza n. 2988 del 10/04/1990, Sez. 3, Sentenza n. 4690 del 12/05/1999, Sez. 2, Sentenza n. 144 del 08/01/2002, Sez. 2, Sentenza n. 11389 del 30/05/2005).

3. Con il terzo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 91 c.p.c., nonché la contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (con riferimento all'art. 360, co. 1, nn. 3 e 5, c.p.c.), per aver la corte locale, da un lato, rigettato il suo appello incidentale sul capo delle spese di consulenza poste in quota a suo carico e, dall'altro, disposto immotivatamente la integrale compensazione delle spese di lite.

3.1. Il motivo resta assorbito nell'accoglimento del precedente.

4. In definitiva, il ricorso è meritevole di accoglimento con riferimento al secondo motivo.

La sentenza impugnata va, pertanto, cassata con riferimento al motivo accolto e la causa rimessa, anche per la pronuncia sulle spese del presente grado di giudizio, ad altra sezione della Corte d'Appello di Messina.

P. Q. M.

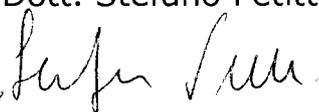
La Corte rigetta il primo motivo del ricorso, accoglie il secondo, dichiara assorbito il terzo, cassa le sentenze impugnate con riferimento al motivo accolto e rinvia la causa, anche per la pronuncia sulle spese del presente grado di giudizio, ad altra sezione della Corte d'Appello di Messina.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della II Sezione civile della Corte suprema di Cassazione, il 23.11.2017.

Il Presidente

Dott. Stefano Petitti

Funzionario Giudiziario  
Dott.ssa Donatella D'ANNA



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma,

22 AGO. 2018

Funzionario Giudiziario  
Dott.ssa Donatella D'ANNA

