

Civile Ord. Sez. 2 Num. 17287 Anno 2025

Presidente: ORILIA LORENZO

Relatore: PICARO VINCENZO

Data pubblicazione: 26/06/2025



## ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 26499/2021 R.G. proposto da:

\_\_\_\_\_, quale erede di \_\_\_\_\_, elettivamente domiciliata in \_\_\_\_\_, presso lo studio dell'avvocato ANDREA INGENITO, rappresentata e difesa dagli avvocati ERICA BARDI ed ALBERTO CORSINI,

-ricorrente-

contro

CONDOMINIO \_\_\_\_\_, elettivamente domiciliato in \_\_\_\_\_, presso lo studio dell'avvocato STEFANO FIORELLI, che lo rappresenta e difende unitamente e disgiuntamente all'avvocato PAOLO FRANCESCO BUFANO,

-controricorrente-

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di GENOVA n.411/2021 depositata il 7.4.2021.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 17.6.2025 dal Consigliere VINCENZO PICARO.

### **FATTI DI CAUSA**

Con citazione notificata il 27.9.1999, il Condominio

conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di La Spezia, sezione distaccata di Sarzana, [redacted], proprietario dal 1968 di un'area cortilizia (particella 221 del foglio 21) attigua alla corte condominiale (particella 223 del foglio 21), per sentir dichiarare l'esistenza di una servitù di passaggio pedonale per accedere alla pubblica via a carico dell'area del convenuto ed in favore della corte condominiale. L'attore deduceva che detto passaggio era contemplato nella nota di trascrizione dell'1.8.1962 dell'atto di compravendita del fondo, su cui era stato poi edificato il Condominio, atto risalente al 1911 ed andato distrutto per un incendio durante la seconda guerra mondiale, e che il passaggio era stato esercitato dai condomini in modo pacifico, ininterrotto ed incontestato per diversi decenni attraverso un'apertura nel muro divisorio tra le due corti, fintantoché il [redacted] non lo aveva ostruito con l'apposizione di un cancello su via [redacted].

Costitutosi in giudizio, [redacted] negava l'esistenza del passaggio pedonale, osservando che il varco era sempre stato chiuso da un portoncino in legno, che era stato sostituito dalla Società [redacted], che deteneva in locazione la particella 221, con un cancello, del quale il Condominio non aveva mai avuto le chiavi, cancello poi sostituito nel 1985 dalla conduttrice subentrata [redacted], ed osservava che comunque l'eventuale diritto di passaggio si era prescritto per non uso, tanto più che ormai da lungo tempo il Condominio attore aveva un accesso diretto da via [redacted] e non aveva alcun bisogno di transitare sull'area cortilizia del

Espletate prove testimoniali ed interrogato il [redacted], il Tribunale di La Spezia, sezione distaccata di Sarzana, con la sentenza n.155/2003 accoglieva la domanda attorea, basandosi sulla menzionata nota di trascrizione quale titolo costitutivo della servitù di passaggio pedonale.

Canci Luigi proponeva appello avverso la predetta sentenza, ed il Condominio resisteva al gravame, avanzando in via subordinata domanda di usucapione della servitù.

Avverso la sentenza n. 158/2011, con cui la Corte d'Appello di Genova aveva confermato la decisione di prime cure, desumendo dalle testimonianze valutate nel loro complesso, e dal riferimento della nota di trascrizione all'attuale destinazione a passaggio della corte poi divenuta di proprietà del [redacted], la prova dell'interruzione della prescrizione, il [redacted] proponeva ricorso per cassazione, affidandosi a nove doglianze.

Nella resistenza del Condominio, con la sentenza n. 2791/2017, questa Corte, mentre respingeva il motivo di ricorso attinente all'asserita incapacità a deporre dei testimoni escussi in quanto condomini, accoglieva il secondo ed il terzo motivo di ricorso, cassando la decisione impugnata e rinviando ad altra sezione della medesima Corte territoriale. In particolare, quanto al secondo motivo, questa Corte riconosceva che, dovendosi applicare il codice civile previgente all'atto di compravendita del 1911 del terreno, sul quale era poi sorto il Condominio, non poteva essere attribuita alcuna efficacia probatoria costitutiva alla nota di trascrizione del 1962 che faceva riferimento a quell'atto, relativo al solo preteso fondo dominante, e non a quello servente, e quanto al terzo motivo, reputava insufficiente la motivazione della sentenza impugnata, perché non aveva dato conto delle ragioni per le quali nella nota di trascrizione del 1962 era stato inserito il riferimento all'attuale destinazione a passaggio della corte, poi divenuta di proprietà del [redacted].

(al quale poi subentrava l'erede Paganini Stefania) riassumeva il giudizio davanti alla Corte d'Appello di Genova, evidenziando che la Suprema Corte aveva accolto la doglianza afferente all'insussistenza del titolo asseritamente costitutivo del diritto di passaggio pedonale, ed il Condominio si costituiva nel giudizio di rinvio, insistendo per il riconoscimento della maturata usucapione della servitù di passaggio pedonale.

La Corte d'Appello di Genova, quale giudice di rinvio, con la sentenza n. 411/2021 del 26.2/7.4.2021, in parziale accoglimento della domanda del Condominio, accertava l'intervenuto acquisto per usucapione della servitù di passaggio pedonale, limitatamente alle ore diurne dalle 8.00 alle 20.00, e disponeva la compensazione per metà delle spese processuali per tutti i gradi di giudizio, con condanna della [redacted], al pagamento in favore del Condominio della residua metà. Malgrado la rilevata sussistenza di un contrasto tra le dichiarazioni rese dai testi indicati dall'originario convenuto e quelle rese dai testi indicati dal Condominio, il giudice di rinvio riteneva dimostrato l'utilizzo del passaggio pedonale da parte dei condomini sull'area cortilizia di [redacted], erede di [redacted] Luigi, limitatamente alle ore di apertura delle attività commerciali insistenti sui fondi che si affacciavano sulla predetta area (prima la Società Perseveranza Corale di Giuseppe Verdi, poi la Master Sport ed infine una Banca), anche se non accompagnato al possesso delle chiavi del cancello, che veniva chiuso in orario notturno e poi riaperto per consentire l'accesso dei clienti delle attività commerciali.

Avverso tale sentenza [redacted], in qualità di erede di Canci Luigi, ha proposto ricorso a questa Corte, affidandosi a quattro censure, ed il Condominio di [redacted] ha resistito con controricorso e ricorso incidentale, sulla scorta di due motivi.

Nell'imminenza dell'adunanza camerale entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 380 bis.1 c.p.c.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

**1)** Col primo motivo la ricorrente principale si duole, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 3) c.p.c., della violazione di legge o falsa applicazione degli artt. 112 c.p.c. e 345 c.p.c. nonché, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5) c.p.c., dell'omessa valutazione di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. La ricorrente sostiene che il giudice di rinvio avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità della domanda di accertamento della maturata usucapione della servitù di passaggio pedonale, in quanto non formulata nell'atto introduttivo del giudizio, ma articolata per la prima volta soltanto in sede di gravame, in via meramente subordinata rispetto alla domanda principale di accertamento della servitù in base al titolo rappresentato dalla nota di trascrizione dell'1.8.1962.

Il motivo é infondato, in quanto il Condominio, che già in primo grado aveva allegato l'esercizio anche recente del passaggio per contrastare l'avversa eccezione di prescrizione della servitù di passaggio pedonale, articolando prova testimoniale, nel costituirsi nel giudizio di appello aveva espressamente richiesto, sia pure in via subordinata, di accertare l'acquisizione del diritto di servitù di passaggio pedonale in questione, non per titolo convenzionale, ma per usucapione.

Orbene, in tema di limiti alla proposizione di domande nuove in appello, non viola il divieto di *ius novorum* la deduzione dell'acquisto per usucapione, ordinaria o abbreviata, della proprietà, o di un altro diritto reale su cosa altrui, qualora già in primo grado la parte abbia invocato lo stesso diritto ad altro titolo (nel caso di specie il titolo convenzionale della nota di trascrizione dell'atto di vendita del preteso fondo dominante), in quanto la proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla

categoria dei cosiddetti diritti autodeterminati, che si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto e non per il titolo che ne costituisce la fonte, la cui eventuale deduzione non assolve ad una funzione di specificazione della domanda o dell'eccezione, ma è necessaria ai soli fini della prova (Cass. ord. 1.6.2025 n.14744; Cass. 28.2.2025 n. 5307; Cass. 23.9.2019 n. 23565).

**2)** Attraverso la seconda censura del ricorso principale si denuncia, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n.3) c.p.c., la violazione o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. nonché, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5) c.p.c., l'omessa valutazione di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Pur avendo correttamente rilevato la sussistenza di un contrasto tra le dichiarazioni rese dai testi indicati dal Condominio e quelle dei testi indicati dal Canci, e l'esigenza che colui che rivendica l'usucapione di un diritto reale debba fornire una prova rigorosa, il Giudice di rinvio avrebbe erroneamente ritenuto dimostrata l'esistenza della servitù di passaggio pedonale, sia pure per le sole ore diurne.

Il motivo è privo di fondamento, in quanto la violazione dell'art. 2697 cod. civ. può essere invocata solo se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'*onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni (Cass. ord. 1.4.2025 n. 8546; Cass. sez. un. 30.9.2020 n. 20867), e non quando, come nel caso in esame, si lamenti nel merito un'erronea valutazione del contenuto delle prove testimoniali, essendo riservata al giudice di merito la ricostruzione in fatto sulla base del materiale istruttorio raccolto, nell'esercizio del libero convincimento.

**3)** Col terzo motivo, articolato in relazione all'art. 360, comma 1°, n. 3) c.p.c., la ricorrente principale lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 1158 cod. civ.. Il giudice di rinvio avrebbe

erroneamente riconosciuto l'esistenza del diritto di passaggio pedonale sull'area cortilizia del Canci solo in occasione dell'apertura delle attività commerciali dalle ore 8.00 alle ore 20.00, in aperta violazione della disciplina codicistica in tema di acquisizione per usucapione dei diritti reali di servitù, che presuppone che il possesso sia continuo, ininterrotto, pacifico, pubblico e non equivoco. Per converso, in virtù della sussistenza di un contrasto tra le testimonianze acquisite, dell'accertamento dell'esercizio del passaggio soltanto ad opera di alcuni condomini, in via occasionale e in corrispondenza delle fasce orarie di apertura delle attività commerciali e comunque senza disponibilità delle chiavi del cancello di accesso alla corte, il Giudice di rinvio avrebbe dovuto escludere l'intervenuta usucapione del diritto di passaggio pedonale sulla corte.

Questo motivo é fondato.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, ai fini dell'usucapione, il passaggio, come atto d'esercizio di una servitù attiva, deve potere avvenire in qualsiasi momento, indipendentemente dalla collaborazione prestata dal titolare del fondo servente, con la conseguenza che deve considerarsi solo occasionale e non idoneo a configurare l'esercizio di una servitù attiva, il passaggio che venga esercitato attraverso il portone d'ingresso di un edificio con la collaborazione dei condomini o del portiere che, di volta in volta, procedano alla rimozione della chiusura del portone stesso legittimamente apposta (vedi in tal senso Cass. 29.4.1982 n. 2717).

Nel caso di specie, l'esercizio del passaggio pedonale solo in orario diurno, secondo quanto ricostruito dalla Corte distrettuale, presuppone la collaborazione dei titolari delle attività commerciali ubicate sul preteso fondo servente, nell'apertura del cancello necessaria al passaggio dei loro clienti.

Ulteriormente questa Corte ha affermato che anche nelle servitù discontinue, caratterizzate dall'intermittenza, gli attraversamenti sporadici o saltuari del fondo altrui, non equivalgono al possesso della servitù, quando, come nella specie, l'intermittenza o periodicità degli attraversamenti non sia collegata a ricorrenti esigenze del fondo dominante, ma del fondo servente (Cass. 18.7.1989 n. 3344; Cass. 11.3.1975 n. 904; Cass. 16.10.1969 n.3367).

Va poi considerato che per l'usucapione è richiesto un possesso continuo, pacifico, pubblico, non interrotto, non equivoco, accompagnato dall'*animus* corrispondente al diritto reale che si intende acquisire (nella specie il diritto reale di servitù di passaggio pedonale su cosa altrui), che si protragga per il tempo previsto dalla legge, e che il requisito della continuità, necessario per la configurabilità del possesso "*ad usucapionem*" (art. 1158 cod. civ.), si fonda sulla necessità che il possessore espliciti costantemente il potere di fatto corrispondente al diritto reale posseduto e lo manifesti con il compimento puntuale di atti di possesso conformi alla qualità ed alla destinazione della cosa e tali da rivelare, anche esternamente, l'esercizio di un autonomo diritto (vedi in tal senso Cass. ord. 9.11.2021 n. 32808), e non si vede come ad un possesso siffatto possa corrispondere, sotto il profilo della necessaria continuità ed autonomia, l'esercizio solo sporadico del passaggio pedonale dei condomini solo in orario di apertura degli esercizi commerciali i cui titolari sono gli unici, a parte il proprietario, a possedere le chiavi del cancello, utilizzato per il passaggio, che di notte e nei giorni festivi viene chiuso, secondo quanto ricostruito in fatto dall'impugnata sentenza.

L'errore di diritto sussiste e comporta la cassazione della sentenza per nuovo esame con logico assorbimento del quarto ed ultimo motivo di ricorso principale che verte sul regime delle spese (violazione o falsa applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. perché il

giudice di rinvio avrebbe dovuto porre le spese di lite integralmente a carico del Condominio, sulla scorta di una valutazione globale della vicenda processuale, che tenesse in considerazione la soccombenza reciproca delle parti in appello e la totale soccombenza del Condominio in sede di legittimità).

**1A)** Col primo motivo di ricorso incidentale, articolato in relazione all'art. 360, comma 1°, n. 3) c.p.c., il Condominio lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1158 cod. civ.. Il giudice di rinvio avrebbe erroneamente applicato una abnorme limitazione temporale alla già riconosciuta usucapione della servitù di passaggio pedonale per l'area cortilizia del Canci, in tal modo realizzando una illegittima compressione dell'esercizio di tale diritto reale, non corrispondente al principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

Il primo motivo del ricorso incidentale, volto evidentemente ad ottenere il riconoscimento dell'usucapione della servitù di passaggio pedonale senza limitazioni temporali, sulla base di una rivalutazione delle risultanze istruttorie, deve ritenersi assorbito per effetto dell'accoglimento del terzo motivo di ricorso principale, dovendosi comunque ritenere consentita la riproposizione nel giudizio di rinvio della domanda di usucapione della servitù di passaggio pedonale del Condominio, avanzata per la prima volta già nel giudizio di appello.

**2A)** Con la seconda censura di ricorso incidentale, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 3) c.p.c., si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c.. Il giudice di rinvio avrebbe erroneamente compensato le spese di lite tra le parti, omettendo di rilevare che le stesse dovevano gravare integralmente sull'odierna parte ricorrente, che era risultata soccombente in tutti i gradi di giudizio, a nulla rilevando la circostanza che i giudici di merito avessero motivato diversamente l'accoglimento della domanda spiegata dal Condominio.

L'ultimo motivo del ricorso incidentale si deve ritenere anch'esso assorbito per effetto dell'accoglimento del terzo motivo del ricorso principale, in quanto il giudice di rinvio dovrà provvedere al governo delle spese di tutti i gradi di giudizio, in base all'esito finale della lite.

Il giudice di rinvio (che si individua nella stessa Corte d'Appello in diversa composizione) regolerà anche le spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

La Corte accoglie il terzo motivo del ricorso principale, rigetta il primo e il secondo e dichiara assorbito il quarto nonché il ricorso incidentale; cassa l'impugnata sentenza in relazione al motivo accolto, e rinvia alla Corte d'Appello di Genova, in diversa composizione, che provvederà anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17.6.2025