

Civile Sent. Sez. 2 Num. 23934 Anno 2015

Presidente: NUZZO LAURENZA

Relatore: GIUSTI ALBERTO

Data pubblicazione: 24/11/2015

S E N T E N Z A

sul ricorso proposto da:

PIERMARINI Giuseppe e PIERMARINI Bruno, rappresentati e difesi, in forza di procura speciale a margine del ricorso, dall'Avv. Nuri Venturelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Apollodoro, n. 26;

- ricorrenti -

contro

DI FRANCESCO Rinaldo;

- intimato -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma n. 2134/09 depositata in data 20 maggio 2009.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2189/15



Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12 novembre 2015 dal Consigliere relatore Dott. Alberto Giusti;

udito l'Avv. Nuri Venturelli;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Alberto Celeste, che ha concluso per l'inammissibilità o il rigetto del ricorso.

Ritenuto in fatto

1. - Con ricorso al Pretore di Castelnuovo di Porto in data 22 marzo 1990, Rinaldo Di Francesco, proprietario di un terreno con sovrastante fabbricato in Capena, confinante con terreno con sovrastante fabbricato di proprietà dei fratelli Giuseppe e Bruno Piermarini, esponeva che questi ultimi, nella costruzione del loro fabbricato, avevano deformato, modificandolo, il piano di campagna, al punto da realizzare il loro fondo ad un livello più elevato rispetto a quello di esso ricorrente. Chiedeva quindi la sospensione di ogni e qualsiasi ulteriore lavoro "sulla copertura dei box appoggiati illegittimamente sul muro divisorio, la cui altezza è illegittima".

L'adito Pretore, rilevato che i lavori erano terminati, rimetteva le parti innanzi al Tribunale di Roma per il giudizio di merito.

Indi, con atto notificato il 5 luglio 1990, il Di Francesco citava innanzi all'indicato Tribunale i Piermarini, per sentirli condannare all'abbattimento dei manufatti illegitti-



mamente costruiti e al conseguente ripristino dello status quo ante del piano di campagna alterato.

Si costituivano in giudizio i convenuti, resistendo.

Espletata c.t.u., assunti l'interrogatorio formale dell'attore e prove testimoniali, il Tribunale di Roma, con sentenza n. 15984/03, rigettava la domanda e condannava il Di Francesco alla refusione delle spese processuali sostenute dai convenuti.

2. - Pronunciando sull'appello del Di Francesco e sull'appello incidentale condizionato dei Piermarini, la Corte d'appello di Roma, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 20 maggio 2009, in parziale accoglimento dell'appello ed in parziale riforma della pronuncia impugnata, ha condannato i Piermarini all'abbattimento dei box ed alla riduzione dell'altezza del muro di cinta a quella di tre metri da calcolarsi rispetto alla quota originaria del terreno, e ha posto a carico degli appellati ~~alla refusione delle~~ spese processuali sostenute dal Di Francesco nei due gradi di giudizio.

2.1. - La Corte d'appello ha rilevato che i Piermarini, prima di effettuare le loro costruzioni al confine, hanno alterato il piano di campagna, già normalmente in declivio, portandolo, come sostenuto dal consulente d'ufficio, da quota 78,5 a quota 79,5, e quindi mediamente di un metro.

Secondo la Corte territoriale, è erroneo il calcolo dell'altezza del muro effettuato dal c.t.u., in quanto valuta-



to non rispetto alla quota originaria del terreno bensì rispetto alla quota aumentata con il terreno di riporto; inoltre, il muro, nella parte terminale, per una lunghezza di m. 19,80, non solo ha altezza maggiore anche rispetto alla nuova quota del terreno, ma non presenta più le caratteristiche di muro di cinta, in quanto al di sopra di esso è stato realizzato il box, sicché le facce della parete non si presentano libere per m. 19,80.

In merito alla costruzione nella zona di distacco, la Corte territoriale non ha ritenuto rilevante la situazione venutasi a creare con la variante al piano regolatore del Comune di Capena, prevedente la possibilità di costruire nel fondo dei Piermarini, anche addossandole al confine, pertinenze quali box. Infatti - ha sottolineato la Corte distrettuale - non risulta completato l'iter amministrativo idoneo a costituire *ius superveniens*, giacché la variante in oggetto non ha ancora avuto l'approvazione da parte della Regione Lazio. In ogni caso, risulterebbe violata la norma tecnica di attuazione del piano in variante, prevedente l'altezza massima delle costruzioni pertinenziali sul confine in m. 3,40: tale altezza risulta rispettata⁴ sole se valutata in riferimento alla nuova quota del piano di campagna, ma non rispetto a quella originaria che deve servire quale parametro per calcolare l'altezza del manufatto.

Mr



La Corte di Roma ha poi dichiarato inammissibile l'esito della prova testimoniale che dimostrerebbe come le opere contestate fossero state eseguite a seguito di accordi intercorsi tra le parti e con il pieno assenso dello stesso Di Francesco. L'accordo, infatti, seppure concluso, sarebbe nullo in quanto non trasfuso in atto scritto.

Quanto, poi, all'appello incidentale condizionato diretto ad ottenere la condanna del Di Francesco al risarcimento dei danni sul presupposto che le opere furono eseguite in buona fede con il consenso che il Di Francesco avrebbe prestato alla costruzione dei manufatti, la Corte territoriale l'ha giudicato infondato, in quanto dall'accordo verbale, nullo, non poteva conseguire alcun effetto.

3. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello i Piermarini hanno proposto ricorso, con atto notificato il 2 luglio 2010, sulla base di cinque motivi.

L'intimato non ha svolto attività difensiva in questa sede.

In prossimità dell'udienza i ricorrenti hanno depositato una memoria illustrativa.

Considerato in diritto

1. - Con il primo motivo i ricorrenti denunciano "decisione ultra petita; illogicità della motivazione; eccesso di potere". Si chiede "se la pronuncia del giudice di merito in ordine ad una diversa violazione di norma di diritto rispetto a



quella dedotta dalla parte, introducendo in tal modo un diverso *thema decidendum* e giustificando tale decisione con l'individuazione di un errore materiale nella formulazione della domanda, errore non eccepito o prospettato dalla parte, costituisca violazione del principio di cui all'art. 112 cod. proc. civ.". La censura è svolta sul rilievo che l'appellante Di Francesco aveva impugnato la sentenza di primo grado lamentando la "violazione e falsa applicazione degli artt. 873 e 886, secondo comma, cod. civ., in relazione all'art. 1350, n. 12, cod. civ.", laddove la Corte d'appello ha ritenuto, in via autonoma, che il richiamo dell'appellante all'art. 886, secondo comma, cod. civ. fosse frutto di un evidente errore materiale e che l'impugnazione si dovesse ritenere proposta per "violazione dell'art. 878 cod. civ.".

1.1. - La censura è infondata.

In tema di forma dell'atto di appello, l'erronea indicazione dell'articolo di legge che si intende violato non costituisce vizio invalidante del motivo quando si possa identificare il contenuto della censura attraverso le ragioni addotte dall'appellante. Non incorre, pertanto, nel vizio di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato il giudice del gravame che, ricostruita la portata della critica indirizzata contro la sentenza di primo grado dopo avere corretto l'errore materiale occorso all'appellante

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



nell'indicazione della norma assuntivamente violata, proceda allo scrutinio nel merito della censura.

2. - Con il secondo motivo (erronea applicazione di norme di legge; erronea e contraddittoria motivazione; erronea valutazione di un elemento essenziale attinente alle risultanze istruttorie) ci si duole che la Corte d'appello abbia ritenuto illegittima l'altezza del muro di recinzione perché, pur realizzato all'altezza prevista dalla norma all'epoca in vigore, questa sarebbe stata calcolata rispetto alla nuova situazione di fatto derivante dalla mutazione del piano di campagna. Il motivo si conclude con il quesito "se dall'esecuzione di opere di livellamento di fondi limitrofi, con alterazione degli originari piani di campagna, derivi il conseguente obbligo di limitare l'altezza dei muri di confini in relazione al dislivello raggiunto dai fondi a seguito del mutamento del piano di campagna".

2.1. - Il motivo è infondato.

In tema di muri di cinta tra fondi a dislivello, qualora l'andamento altimetrico del piano di campagna - originariamente livellato sul confine tra due fondi - sia stato artificialmente modificato mediante la realizzazione di un innalzamento del piano di campagna stessa, al fine di verificare se sia rispettata l'altezza massima del muro di cinta che sia stato costruito sul confine, l'altezza va misurata computandovi il terrapieno creato ex novo dall'opera dell'uomo, e quindi te-



nendo conto dell'originario posizionamento del terreno prima dell'innalzamento (cfr. Cass., Sez. II, 24 giugno 2003, n. 9998; Cass., Sez. II, 4 giugno 2010, n. 13628).

3. - Con il terzo motivo (falsa applicazione delle norme di diritto; erronea e contraddittoria interpretazione in ordine a fatto decisivo per il giudizio) si deduce che il giudice d'appello non aveva "la facoltà e il diritto di rilevare *ex officio* la inammissibilità della prova testimoniale ammessa in primo grado", ed attinente alla dimostrazione del consenso del Di Francesco alla esecuzione delle opere per le quali ha poi chiesto disporsi la demolizione, "in assenza di corretta e precisa opposizione della parte legittimata", e quindi non poteva "dichiarare l'inutilizzabilità delle risultanze istruttorie della prova già espletata".

3.1. - Il motivo è infondato.

Poiché i limiti di ammissibilità della prova testimoniale avente ad oggetto l'esistenza di un negozio per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, sono dettati da ragioni di ordine pubblico, l'inammissibilità della prova per contrasto con la norma (art. 2725 cod. civ.) che la vieta non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata; conseguentemente, la relativa eccezione può essere utilmente formulata anche dopo l'espletamento della prova vietata, e quindi con la proposizione di uno specifico motivo di appello a fronte di un'assunzione avvenuta in primo grado.

An



Correttamente, pertanto, la Corte d'appello ha scrutinato "la tematica relativa alle prove testimoniali di cui l'appellante" aveva lamentato "la nullità in quanto tendenti a comprovare la costituzione verbale di una servitù prediale in dispregio alla fattispecie di cui all'art. 1350 cod. civ."

4. - Il quarto motivo (erronea applicazione di norma di legge; omessa e insufficiente motivazione in ordine a fatto decisivo della controversia) denuncia che la Corte d'appello abbia ritenuto che l'inammissibilità della prova spiegava i suoi effetti anche sotto il profilo "dell'accertamento del comportamento illegittimo e di malafede del Di Francesco, comportamento che avrebbe indotto le controparti a realizzare le opere oggetto di domanda di demolizione". I ricorrenti pongono il quesito "se la prova testimoniale diretta ad accertare il fatto storico del consenso prestato per l'esecuzione di determinate opere al fine di esperire azione risarcitoria, sia ammissibile anche quando le opere ineriscono a diritti reali e se siano comunque utilizzabili ai soli fini probatori dell'azione risarcitoria le risultanze della prova ammessa ed espletata".

4.1. - La censura non coglie nel segno, ed è pertanto inammissibile.

La Corte d'appello ha rigettato, nel merito, l'appello incidentale, rilevando, in punto di diritto, che anche laddove il consenso all'edificazione fosse stato prestato dal Di Fran-



cesco, da esso non avrebbe potuto conseguire alcun effetto, stante la nullità di un accordo verbale in materia di costituzione di servitù prediali.

Questa *ratio decidendi* non è attinta dal quesito di diritto che conclude il motivo.

Esso è tutto proteso a denunciare la mancata utilizzazione della prova per testi, ma non mette in discussione in alcun modo la *regula iuris*, cui si è attenuta la Corte territoriale, della impossibilità per il contraente di fondare un legittimo affidamento - suscettibile di compensazione in caso di lesione - là dove la nullità del contratto derivi da un vizio di forma (la mancanza dell'atto scritto prescritto *ad substantiam* per la costituzione della servitù a mantenere un'opera edificata in violazione delle distanze legali) che era nei suoi poteri conoscere e che non gli è stato sottaciuto con l'inganno.

5. - Con il quinto motivo (travisamento dei fatti; insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio; erronea applicazione di norma di diritto) i ricorrenti chiedono a questa Corte di stabilire "se a seguito dell'intervenuta nuova disciplina urbanistica relativa alla approvazione della variante del PRG le opere realizzate antecedentemente a tale approvazione siano soggette a demolizione o tale demolizione non sia più ordinabile essendo venuta meno la situazione di illegittimità per essere le opere conformi alla normativa successiva ed attualmente in vigore".

Ar



5.1. - La doglianza formulata è inammissibile per inidoneità del quesito che conclude il motivo.

La Corte d'appello ha avuto ben presente che "intervenuta una disciplina normativa meno restrittiva in tema di distanze legali tra costruzioni, l'edificio in contrasto con la regolamentazione in vigore al momento della sua ultimazione, ma conforme alla nuova, non può essere ritenuto illegittimo"; ma ha ritenuto che, in concreto, questo principio non potesse trovare applicazione perché, con riguardo alla variante, "l'iter amministrativo idoneo a costituire *ius superveniens*" "non risulta completato".

Ora il quesito che accompagna il motivo dà per presupposto che una nuova normativa urbanistica (più favorevole per i Piermarini) sia entrata in vigore dopo la realizzazione delle opere, ma non indica esso stesso quali elementi - trascurati dalla Corte d'appello - dimostrino il completamento del relativo iter amministrativo con l'approvazione da parte della Regione Lazio.

A ciò aggiungasi che lo stesso quesito, genericamente, afferma che la situazione di illegittimità delle opere sarebbe venuta meno, ma non si confronta adeguatamente con l'ulteriore *ratio decidendi* che ha invece affermato il contrasto delle opere, in ogni caso, con la norma tecnica del piano in variante, rilevando che l'altezza massima delle costruzioni pertinenti sul confine deve calcolarsi rispetto alla quota ori-



ginaria del piano di campagna (anziché, come preteso dai Piermarini, rispetto alla nuova quota).

6. - Il ricorso è rigettato.

Non v'è luogo a pronuncia sulle spese, non avendo l'intimato svolto attività difensiva in questa sede.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte *rigetta* il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della II Sezione civile della Corte suprema di Cassazione, il 12 novembre