

C. J. P.

Sent. 647/2008
Rep. 466/2008

N. 55886/2003 R.G.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE 4a CIVILE

**
Cofax X
di 15/10/08*

In composizione monocratica nella persona della dott. Lucia Formica,
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato,
promossa da

[redacted] in liquidazione, cf [redacted] in persona del liquidatore
arch. [redacted] elettivamente domiciliata in Milano viale
Bianca Maria n. 33, presso lo studio dell'avv. Paolo Riccardo
Coppola, che la rappresenta e difende, per procura in calce dell'atto di
citazione;

ATTRICE

contro

[redacted] cf [redacted]
[redacted] cf [redacted] gli ultimi tre in
proprio e quali eredi di [redacted],
tutti elettivamente domiciliati in Milano, via Fontana n. 18, presso lo
studio degli avv. Alfonso Zurlo e Chiara Zurlo, che li rappresentano

[Signature]

e difendono, per procura a margine della comparsa di costituzione e risposta del 19.11.2003;

CONVENUTI

e nei confronti di

Notaio [redacted] cf

elettivamente domiciliato in Milano, via Manara n. 1, presso lo studio dell'avv. Massimo Rossi, che lo rappresenta e difende per procura a margine della comparsa di costituzione e risposta;

TERZO CHIAMATO

e di

[redacted] cf

elettivamente domiciliato in Milano, viale Bianca Maria n. 33, presso lo studio dell'avv. Emanuela Milano, che lo rappresenta e difende per procura a margine della comparsa di costituzione e risposta;

TERZO CHIAMATO

e di

[redacted] nonché [redacted] [redacted] eredi di [redacted]

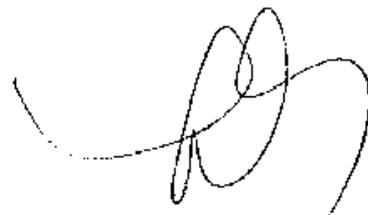
CONVENUTI CONTUMACI

CONCLUSIONI precisate all'udienza del 14.06.2007 come da fogli allegati;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il nel settembre 2003, la [redacted] in liquidazione (di seguito [redacted] conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale la sig.ra [redacted] + 15 ed esponeva quanto segue:

- con contratto del 5.4.2000, rogito [redacted] la società acquistava dai convenuti un immobile per uso commerciale sito in Milano via Meda 34, contraddistinto al catasto al foglio 547 mappali 72 e 385;
- i venditori, così come avevano fatto con il preliminare che aveva preceduto la vendita del 15.2.1999, garantivano che l'immobile era



libero da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli e vincolo di qualsiasi genere e specie;

- con contratto preliminare del 15.2.2001 [redacted] prometteva in vendita una parte del bene immobile all'arch. [redacted] prevedendo quale condizione l'esecuzione da parte della venditrice di opere di sopraelevazione sulla porzione promessa;

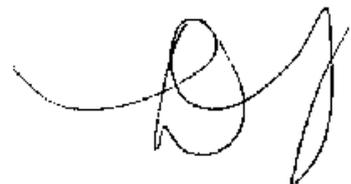
- l'arch. [redacted] versava caparra e anticipazioni per 98.126,80 e [redacted] intraprendeva l'opera di sopraelevazione;

- a seguito del reclamo da parte dell'amministratore dello stabile confinante, di via Meda 36/A, [redacted] apprendeva dell'esistenza di una servitù *altius non tollendi* costituita contestualmente al contratto di compravendita del 27.10.1951 avente ad oggetto l'intero immobile di proprietà [redacted]

- stante il sopravvenuto impedimento a realizzare la sopraelevazione, posta quale condizione per la compravendita a favore dell'arch. [redacted] il contratto con questo veniva risolto e [redacted] era costretta a restituire l'anticipo ed il doppio della caparra confirmatoria nonché a demolire l'opera già iniziata e a modificare il progetto di ristrutturazione, con conseguenti maggiori spese.

Ciò premesso, la società attrice sosteneva che i convenuti erano incorsi in inadempimento rispetto all'obbligazione di garanzia circa l'assenza di vincoli e chiedeva la loro condanna al risarcimento del danno, da quantificarsi in relazione alle seguenti voci: restituzione a favore dell'arch. [redacted] del doppio della caparra confirmatoria, spese inutilmente affrontate in vista della sopraelevazione poi non realizzata, spese sostenute per le varianti in corso d'opera e le demolizioni, minor valore dell'immobile in concreto realizzato (differenza tra le opere assentite e quelle in concreto realizzate), danno che indicava in complessivi € 260.000 circa.

Mentre i sig.ri [redacted], [redacted] e [redacted] restavano contumaci, si costituivano la sig.ra [redacted] ed i restanti convenuti e chiedevano la reiezione della domanda avversaria. Osservavano di aver ignorato l'esistenza della servitù in questione, perché non era mai stata segnalata dai Notai che si erano occupati dei trasferimenti del bene successivamente alla costituzione della servitù stessa. Aggiungevano che, comunque, nessun danno in concreto derivava dalla sua esistenza, perché le limitazioni nascenti



dalla servitù coincidono con quelle imposte dalla normativa edilizia, che per gli edifici aventi le caratteristiche di quello di parte attrice, cioè con destinazione commerciale e siti nella zona [redacted] prevede il divieto di aumento della volumetria e consente solamente interventi di manutenzione straordinaria, restauro o risanamento conservativo con obbligo di mantenere la destinazione d'uso; inoltre, la stessa area in cui si trova il bene immobile è soggetta a vincolo ambientale-paesistico; conseguentemente, sostenevano i convenuti, la concessione per la sopraelevazione dell'immobile era stata illegittimamente rilasciata sicchè nessun pregiudizio poteva derivare dalla mancata attuazione.

Contestavano, inoltre, l'entità del preteso danno.

Chiedevano ed ottenevano di chiamare in giudizio i Notai [redacted] [redacted] dai quali chiedevano di essere manlevati in ipotesi di soccombenza, configurando loro responsabilità di non aver rilevato l'esistenza della servitù.

A seguito della chiamata da parte dei convenuti, si costituiva il Notaio [redacted] il quale esponeva di essersi occupato solamente di atti interni alla società proprietaria originaria del bene di cui trattasi, denominata [redacted] di piazza San Carlo 2 [redacted] (trasformatasi nel 1980 in [redacted]; in particolare, nel 1995 tale società veniva posta in liquidazione a seguito di delibera redatta dal Notaio in data 25.10.1995, quindi, con verbale di assemblea straordinaria, sempre redatto dal medesimo Notaio, veniva effettuata assegnazione ai soci dei beni sociali. Trattandosi di atti interni alla società, osservava il Notaio terzo chiamato, non era obbligatorio procedere alla visure ipotecarie, che tuttavia, egli aveva per scrupolo eseguito senza nulla rilevare.

Ciò premesso, il Notaio [redacted] sosteneva che non vi fosse alcun nesso eziologico tra l'attività dal medesimo svolta e i danni lamentati dalla società attrice e chiedeva la reiezione della domanda nei suoi confronti formulata, contestandone altresì il *quantum*.

Si costituiva altresì il Notaio [redacted] il quale esponeva di essersi occupato della predisposizione e redazione del rogito con cui la società attrice aveva acquistato l'immobile, su incarico della [redacted] stessa, e sosteneva di aver assolto l'incarico ricevuto con tutta la



diligenza esigibile; in particolare, precisava di aver eseguito le visure ipotecarie con cura, ma l'esistenza della servitù in questione non era emersa per causa non imputabile, ossia per la difficoltà di accedere ad atti anteriori al 1980 presso la Conservatoria.

Precisava che l'eventuale responsabilità connessa all'incarico di eseguire le visure ipotecarie, in quanto di natura contrattuale, poteva essere fatta valere solamente dalla parte che aveva chiesto la prestazione, nella specie la [REDACTED] e non dei venditori, attuali convenuti.

All'udienza del 30.6.2004 il difensore dei convenuti comunicava il decesso del sig. [REDACTED] sicchè veniva dichiarata l'interruzione del processo.

Con comparsa depositata il 27.9.2004, la società attrice chiedeva la fissazione dell'udienza per la prosecuzione del processo e, quindi, provvedeva alla riassunzione nei confronti degli eredi di [REDACTED] [REDACTED] che non si costituivano.

L'istruttoria comportava la produzione di documenti, l'espletamento di CTU e l'escussione di testi.

Quindi, all'udienza del 14.06.2007 le parti precisavano le conclusioni come sopra riportate e la causa veniva trattenuta per la decisione, previo deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Occorre premettere che è pacifica l'esistenza di una servitù *altius non tollendi* costituita con atto del Notaio [REDACTED] del 27.10.1951 (docc. n. 7 att.), trascritto al [REDACTED] di Milano il 20.11.1951 ai nn. [REDACTED] a carico del fondo ora di proprietà [REDACTED] a favore del fondo confinante, di via Meda 36/A, "per una altezza di metri 4,5 e una profondità di metri 12 dal muro divisorio".

Contrariamente a quanto prospetta l'attrice, i convenuti sostengono che l'esistenza della servitù non inciderebbe in concreto sulla possibilità di sopraelevazione del fabbricato esistente sul fondo di proprietà [REDACTED] perché tale possibilità sarebbe comunque esclusa dalla



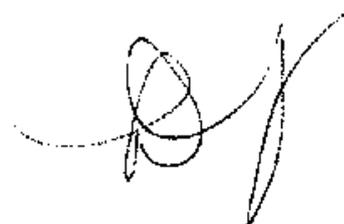
NTA del Comune di Milano, in particolare perché l'immobile è sito nella zona omogenea B2 per cui l'art. 20 NTA così prevede: *"sono ammessi gli intereventi edilizi di manutenzione straordinaria, di restauro e di risanamento conservativo fermo restando il mantenimento della destinazione d'uso in atto"*, così escludendo interventi che comportino aumento di volumetria, compresi quindi quelli di sopraelevazione.

L'affermazione è solo parzialmente fondata. Infatti, fermo restando il dettato dell'art. 20 NTA, va ricordato che il divieto di aumento della volumetria è solo la regola in tema di interventi conservativi, perché – come ricorda il CTU – per il risanamento conservativo l'art. 65 del Regolamento edilizio del Comune di Milano, a determinate condizioni, lo consente, in quanto stabilisce che tali interventi *"possono consistere nelle parziali demolizioni e ricostruzioni dell'esistente, anche con traslazioni di superficie lorda di pavimento se finalizzate esclusivamente alla eliminazione di superfetazioni, al risanamento igienico, al miglioramento del rapporto aeroilluminante e all'adeguamento degli impianti tecnologici"*.

Pertanto, per il combinato disposto delle due norme ricordate, purché non si verifichi un complessivo aumento di volumetria e con i limiti sopra indicati (quanto a tipologia e finalità di intervento), la sopraelevazione non è del tutto preclusa per edifici siti nella zona B2. Va escluso, insomma, l'assoluto divieto di sopraelevazione sulla base della normativa urbanistica, mentre si deve piuttosto verificare se, in concreto, l'intervento programmato dalla █████ fosse conforme a quella normativa.

Con specifico riferimento alla fattibilità dell'intervento di sopraelevazione programmato, il CTU ha evidenziato che la DIA presentata non era stata respinta dal Comune di Milano e che nel provvedimento di autorizzazione paesistica (necessaria perché il bene immobile è soggetto a vincolo ex art. 151 TU 490/99) si configurava come restauro e risanamento conservativo senza aumento di volumetria, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 20 NTA.

Il CTU ha premesso di aver verificato la copia del progetto edilizio messa a disposizione del progettista per conto di █████ arch. █████ e di non aver potuto consultare la pratica edilizia presentata in Comune, ma non ha evidenziato ragioni di dubitare che la copia



prodotta non sia conforme a quella presentata.

Quindi, ha precisato di aver constatato che l'intervento non comportava cambio di destinazione d'uso, né complessivamente aumento di volumetria, perchè prevedeva la riduzione della volumetria di una porzione di fabbricato che, secondo l'originaria previsione, avrebbe dovuto essere trasferita nel fabbricato da sopraelevare (operazione che, come si è detto, è consentita dalla normativa vigente).

Il CTU ha aggiunto che, siccome le opere eseguite in violazione della servitù sono state demolite, è ora difficile affermare che il trasferimento di volumetria rispondesse ad una delle finalità previste dall'art. 65 reg. ed. L'osservazione, tuttavia, vale anche per l'opposta verifica; pertanto, considerato che l'Ufficio Tecnico del Comune al riguardo non ha formulato osservazioni sulla DIA, si deve presumere che i presupposti previsti dall'art. 65 reg. ed. sussistessero.

Il CTU ha però constatato che la porzione sopraelevata come da progetto avrebbe violato le distanze legali rispetto ai confini e alle pareti finestrate vicine, risultando per tale ragione illegittima e da demolire.

Valutando la potenzialità di sopraelevazione del bene immobile di parte attrice nel suo complesso, in ipotesi di inesistenza della servitù *altius non tollendi*, il CTU è, poi, pervenuto alla conclusione che – dovendosi tenere conto della distanza dalle pareti finestrate degli edifici antistanti e dal confine – sarebbe stato possibile la sopraelevazione (per altro di soli metri quadrati 33) ma su una porzione di fabbricato di proprietà della società [redacted] diverso da quello promesso in vendita il 15.2.2001 all'arch. [redacted] e oggetto del progetto esaminato.

In altri termini, anche in assenza della servitù di cui trattasi, la sopraelevazione programmata dalla società attrice sarebbe stata impossibile, perché non consentiva di rispettare le distanze imposte dall'art. 873 c.c. e dal DM 1444/69 relativo alle distanze da pareti finestrate.

Il fatto che il Comune di Milano nulla abbia eccepito al riguardo in sede di esame della DIA ben si spiega con quanto sottolineato dal CTU, cioè che la presenza di edifici circostanti, con conseguente obbligo di rispetto delle distanze legali, non è stata evidenziata da [redacted] nelle tavole progettuali predisposte e presentate in Comune, sicchè il tecnico del Comune non avrebbe potuto avvedersi della



violazione delle distanze.

Quest'ultima considerazione è contestata dalla società attrice, la quale sostiene che non sussisteva alcun obbligo di rispetto delle distanze legali, ai sensi dell'art. 873 c.c. (di cui l'art. 9 DM. 1444/68 è norma integrativa), perché la sopraelevazione programmata non poteva ritenersi nuova costruzione. Tale opinione non è condivisibile. In proposito si deve rilevare che, ai fini dell'applicazione della disciplina civilistica delle distanze legali comprensiva del dettato del citato DM 1444/68, la sopraelevazione è da ritenersi nuova costruzione. Invero, per giurisprudenza costante, *"costituisce nuova costruzione qualsiasi modifica della volumetria di un fabbricato, derivante sia dall'aumento della sagoma di ingombro, sia da qualsiasi sopraelevazione, ancorché di dimensioni ridotte"* (Cass. Sez. 2, sent. n. 8954 del 5/07/2000); *"La sopraelevazione (per tale intendendosi qualsiasi costruzione che si eleva al di sopra della linea di gronda di un preesistente fabbricato), poiché comporta sempre un aumento della volumetria preesistente, deve rispettare le distanze legali tra costruzioni stabilite dalla normativa vigente al momento della realizzazione della stessa, Cass. n. 22895 del 07/12/2004)*. Nella specie, è pacifico che l'opera programmata avrebbe comportato modifica della sagoma e maggiore altezza dell'edificio rispetto alla situazione preesistente, di modo che l'opera andava qualificata nuova costruzione, soggetta al rispetto delle distanze legali.

Il fatto che l'intervento non avrebbe comportato modifica della volumetria del fabbricato nel suo complesso (perché, come si è detto, l'aumento legato alla sopraelevazione era compensato da una diminuzione in altra porzione immobiliare) rileva solo ai fini della rispondenza dell'opera alla normativa comunale in materia edilizia, non anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di distanze legali, che si applica ogni qual volta vi sia la creazione di una nuova porzione immobiliare avente sagome ed altezze diverse e maggiori rispetto a quelle dell'edificio preesistente. Del resto, la misura delle distanze dagli edifici vicini va verificata con riferimento a tutti i punti esterni di ciascuna costruzione e non consente alcuna operazione di "compensazione" a differenza del computo della volumetria. Insomma, era senz'altro applicabile all'opera in esame l'obbligo di rispetto delle disposizioni in materia di distanze legali



compresa quella di 10 metri dalle parti finestrate antistanti, prevista dal D.M. n. 1444/68. W

In conclusione, alla luce delle risultanze della relazione di CTU, si deve concludere che: 1) sulla base della normativa urbanistica e nel rispetto delle distanze legali, sarebbe astrattamente possibile procedere ad una limitata sopraelevazione di una porzione dell'immobile di proprietà [redacted], per mq 33, ma non della porzione promessa in vendita all'arch. [redacted]; 2) la sopraelevazione in concreto programmata da [redacted] incidente su quest'ultima porzione, non sarebbe stata possibile, neppure in assenza della servitù in esame, perché in contrasto con la disciplina codicistica delle distanze legali.

Pertanto, l'esistenza della servitù *altius non tollendi*, taciuta dai venditori, non ha determinato l'impossibilità di realizzare il progetto di sopraelevazione come programmato dalla società attrice, perché la sopraelevazione non era, comunque, consentita sulla base delle norme sulle distanze legali; di conseguenza, il contratto preliminare stipulato da [redacted] con l'arch. [redacted] condizionato alla realizzazione della sopraelevazione, sarebbe stato comunque da risolvere.

La domanda di risarcimento del danno formulata dalla società attrice è dunque inaccoglibile, giacché le voci di danno esposte sono tutte connesse alla risoluzione del contratto con l'arch. [redacted] alla mancata sopraelevazione del fabbricato promesso in vendita a quest'ultimo, come ribadito in comparsa conclusionale, in cui si indicano: il versamento del doppio della caparra, le spese per la modifica del progetto, i costi per le varianti apportate in corso d'opera e le demolizioni di parti già costruite, il danno da ritardo nei lavori, minor valore delle opere realizzate nella porzione promessa in vendita all'arch. [redacted] stante l'impossibilità di sopraelevazione e la minore superficie sfruttabile.

L'attrice, invece non ha indicato quale voce di danno l'impossibilità di realizzare la sopraelevazione in altra porzione del suo immobile, pur ritenuta dal CTU astrattamente consentita alla luce della normativa urbanistica e nel rispetto delle distanze legali, sia pure per ricavare la modesta superficie di mq 33.

Per l'effetto vanno respinte anche le domande nei confronti dei terzi

chiamati.

Sulla istanza avanzata dal procuratore dell'attrice di procedere alla cancellazione delle seguenti espressioni "espediente doloso posto in essere dal callido arch. [redacted]... mistificare la realtà .." contenute nella comparsa conclusionale dei convenuti e riferite al progetto di sopraelevazione non riflettente l'esatto stato di fatto, ritenuta offensiva, si rileva che tali espressioni nel contesto della difesa della parte convenuta risultano funzionali alla dimostrazione che il progetto di sopraelevazione è stato assentito dall'autorità amministrativa - malgrado non rispettasse le distanze dai confini e dalla pareti finestrate vicine, perché la presenza di edifici limitrofi era stata omessa nel progetto (come evidenziato dal CTU); le espressioni, pertanto, benché poco eleganti, non travalicano i limiti della necessità di difesa, né quelli del civile contraddittorio.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

PQM

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, in contraddittorio, così decide:

respinge la domanda di parte attrice;

condanna la società attrice alla rifusione a favore dei convenuti delle spese di lite, che liquida in complessivi € 120,00 per spese, € 2.745,00 per diritti, € 7.500,00 per onorari, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA sugli importi imponibili;

condanna i convenuti alla rifusione delle spese a favore dei terzi chiamati, che liquida per ciascuno in € 549,27 per spese, € 2.000,00 per diritti e € 5.000,00 per onorari, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA sugli importi imponibili;

pone le spese di CTU definitivamente a carico della società attrice, condannando la stessa a rimborsare alle controparti quanto da queste eventualmente anticipato a tale titolo.

Milano 04, 12 07

