

Sent. 5232/07  
Rep. 1248/07

Sentenza n.

N. 28242/04 R.G.

N. Reg. Dep.



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Tribunale di Milano  
IV Sezione Civile

Il Giudice Istruttore Dott. Laura Tragni, in funzione di Giudice Unico  
ha pronunciato la seguente

**s e n t e n z a**

nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato  
promossa con atto di citazione notificato il 16/4/04

da

[REDACTED]  
[REDACTED] rappresentati e difesi dagli Avv. Laura Giglio e Maurizio  
Scaccabarozzi del Foro di Lecco per delega a margine dell'atto di citazione ed  
elettivamente domiciliati in Milano, Via Venini n. 42 presso lo studio dell'Avv.  
Andrea Ciaccio

- ATTORI -

contro

[REDACTED]  
[REDACTED] elettivamente domiciliata in Milano, Via Besana n. 4  
presso lo studio dell'Avv. Fausto Bongiorno che le rappresenta e difende,  
unitamente all'Avv. Vincenzo Bongiorno, per delega in calce alla copia notificata  
dell'atto di citazione

### Svolgimento del processo.

Con atto di citazione ritualmente notificato [redacted] [redacted] nudi proprietari dell'appartamento sito al piano primo del fabbricato di [redacted] [redacted] già di proprietà per l'intero stabile degli eredi di [redacted] che con atto di divisione del 18/12/1991 avevano assegnato il piano terra a [redacted] [redacted] ed il secondo ed ultimo piano a [redacted] convenivano in giudizio innanzi a questo Tribunale i signori [redacted] [redacted] queste ultime rispettivamente proprietaria ed usufruttuaria dell'appartamento all'ultimo piano loro ceduto da [redacted] lamentando da parte delle stesse l'effettuazione di opere di demolizione di una parte del soffitto della loro unità immobiliare e la realizzazione di un locale bagno e di una camera da letto, con conseguente sfruttamento di parte del sottotetto comune rimasto fino ad allora inutilizzato da parte dei condividenti.

Chiedevano gli attori di accertare se, a seguito dell'atto di divisione sopra menzionato, il sottotetto dell'intero stabile dovesse intendersi di proprietà comune, stante le sue caratteristiche di altezza incompatibili con la natura di mera camera d'aria e la presenza di impianti squisitamente comuni (antenna centralizzata, canna fumaria del riscaldamento comune, ingombro di fine corsa dell'ascensore), ovvero se dovesse essere riconosciuto pertinenza esclusiva dell'appartamento di proprietà della convenuta [redacted] come dalla stessa ritenuto e, in via subordinata, chiedevano in ogni caso di accertare l'illegittimità delle opere realizzate in quanto lesive del diritto di soprizzo costituito con il predetto atto di divisione.

Si costituivano in giudizio le signore [redacted] chiedendo il rigetto delle domande di parte attrice, già respinte per altro con sentenza non impugnata all'esito di giudizio possessorio introdotto dagli odierni attori sulla base degli stessi fatti di causa.

Le convenute affermavano di avere realizzato una piccola stanza e un bagnetto sopra il loro soggiorno abbassando il soffitto del loro appartamento posto al

secondo ed ultimo piano del fabbricato ed utilizzando una parte del sottotetto di esclusiva proprietà di ██████████ Contestavano la natura di proprietà indivisa del sottotetto non ricompreso nell'atto di divisione tra le parti comuni, mai utilizzato dai proprietari degli altri due appartamenti ed avente caratteristiche tali (altezza contenuta, inaccessibilità ed inutilizzabilità in modo autonomo) da configurarlo quale pertinenza dell'appartamento dell'ultimo piano, con funzione isolante e protettiva.

Contestavano altresì l'asserita lesione del diritto di sopralzo, non avendo le opere comportato alcun innalzamento della falda del tetto e proponevano in via riconvenzionale domanda di risarcimento ex art. 96 c.p.c.

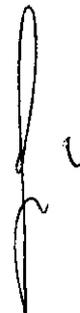
Si costituiva in giudizio ██████████ che si rimetteva alla valutazione del Tribunale chiedendo di accertare la situazione e la titolarità della proprietà del sottotetto del fabbricato secondo giustizia.

All'udienza del 3/2/2005 il Giudice interrogava liberamente le parti presenti in relazione allo stato dei luoghi ed esperiva infruttuosamente il tentativo di conciliazione.

Concessi i termini di cui agli artt. 183 V comma e 184 c.p.c. il Giudice, con ordinanza riservata dell'11-14/3/2006, preso atto che parte attrice non aveva dedotto alcun mezzo istruttorio limitandosi ad invocare l'espletamento di una CTU, con finalità esplorativa, volta a verificare le caratteristiche del locale sottotetto "in sè e con riferimento al diritto di sopralzo" e rilevata l'inammissibilità dei capitoli di prova dedotti dalle convenute, stante la loro genericità, fissava udienza per la precisazione delle conclusioni.

Con successivo provvedimento del 31/10/06 il Giudice rigettava un'istanza di revoca dell'ordinanza emessa l'11-14/3/2006 presentata dalla difesa di parte attrice confermando la data di rinvio già fissata per la precisazione delle conclusioni.

Alla scadenza dei termini per il deposito delle difese conclusionali, la causa è stata definitivamente trattenuta in decisione.



### Motivi della decisione.

Le domande svolte dagli attori, tendenti ad ottenere una pronuncia di accertamento del diritto di proprietà comune *pro indiviso* del sottotetto e, in via subordinata, dell'illegittimità delle opere realizzate dalle convenute **[redacted]** e **[redacted]** per asserita violazione del diritto di sopralzo, non possono essere accolte in quanto gli attori non hanno assolto all'onere di fornire la prova degli elementi costitutivi della domanda di accertamento azionata, contravvenendo al principio fondamentale ed indefettibile sancito dall'art. 2697 c.c.

Illuminante, al fine di comprendere tale affermazione, è la lettura della memoria depositata dalla difesa di parte attrice il 15/12/2004 nella quale la stessa, pur richiamando correttamente la circostanza che nessuna menzione del sottotetto è contenuta nell'atto di divisione, ha ritenuto di addossare a controparte l'onere di dimostrare, anche mediante produzione di documentazione di natura tecnica, la legittimità delle opere effettuate nel sottotetto, riservandosi di depositare presso la competente amministrazione una rituale richiesta di accesso agli atti (rimasta senza seguito).

Proseguendo nella lettura la difesa attorea, pur dando atto della correttezza dell'operato dei giudici che in sede di giudizio possessorio avevano concluso, alla luce dei noti principi giurisprudenziali che regolano la materia, per la pertinenzialità del sottotetto –mai utilizzato dai condividenti- rispetto all'appartamento sottostante alla luce delle sue caratteristiche strutturali, si limitava poi ad affermare che lo stesso “è rimasto nella disponibilità dei tre condividenti proprio perchè non menzionato nell'atto ed insussistente a livello catastale” aggiungendo che “sarà l'istruttoria stessa (...) a dimostrarlo”.

Ma tale dimostrazione non è stata in seguito fornita.

Premesso infatti che l'atto di divisione 18/12/1991 (doc.1 fascicolo attoreo) non elenca il sottotetto tra le parti di proprietà comune, analiticamente indicate al punto 1 dei patti speciali, e che per costante e pacifico orientamento giurisprudenziale il sottotetto di un edificio in condominio –non essendo incluso

tra le parti comuni indicate nell'art. 1117 c.c. - non costituisce, in difetto di elementi contrari desumibili dal titolo, oggetto di comunione in quanto di regola assolve una funzione isolante e protettiva del piano più elevato, del quale costituisce una pertinenza qualora non ne sia dimostrata una diversa destinazione (cfr. per tutte Cass. 20/6/2002 n. 8968; Cass. 4/12/1999 n. 13555; Cass. 15/6/1993 n. 6640), occorre che gli attori dimostrassero tale diversa destinazione provando od offrendo di provare che, per caratteristiche strutturali, il sottotetto è tale da essere in concreto o da poter essere utilizzato dai condomini come vano autonomo, stenditoio, deposito ecc.

Altrettanto dicasi con riferimento all'asserita violazione del diritto di sopralzo: pur riconoscendo che la falda del tetto è rimasta integra (pag. 6 memoria cit.) e che il tetto non è stato sopraelevato, gli attori chiedono a controparte di chiarire "come sia ancora tecnicamente possibile sopralzare l'edificio quando una parte dello stesso risulta di altezza diversa e superiore al resto" equivocando evidentemente sul significato e sul contenuto del diritto di sopraelevazione che, come correttamente affermato -in conformità con la giurisprudenza espressa sul punto dalla Cassazione (Cass. 20/7/99 n. 7764)- dal Giudice della cautela possessoria e dal Collegio in sede di reclamo (doc. 5 e 6 fascicolo convenute XXXXXXXXXX) consiste nel diritto di realizzare nuovi piani o nuove fabbriche *nell'area sovrastante* il fabbricato per cui l'originaria altezza dell'edificio è superata con la copertura dei nuovi piani o con la superficie superiore o terminale delimitante le nuove fabbriche, sicchè non è ravvisabile alcuna violazione di tale diritto nel caso in cui il proprietario dell'ultimo piano apporti modificazioni interne al sottotetto (trasformandolo ad esempio in unità abitativa autonoma) contenute negli originari limiti strutturali delle parti dell'edificio sottostanti alla sua copertura (Cass. 24/10/1998 n. 10568), il che, in sostanza, è quanto avvenuto nel caso di specie. Gli attori, nella memoria istruttoria depositata il 10/10/2005, non hanno ritenuto di articolare capitoli di prova a sostegno del vantato dominio di cui hanno chiesto l'accertamento sì da fornire al Giudice elementi, diversi da quelli emersi nel giudizio possessorio, tali da confutare le conclusioni raggiunte in quella sede

fornendo ad esempio documentazione fotografica riguardante gli accessi al sottotetto, l'esatta ubicazione degli stessi in rapporto ad altri enti comuni ovvero alla proprietà esclusiva delle convenute, le caratteristiche strutturali e funzionali dell'area asseritamente comune ovvero fornendo prova testimoniale sulla concreta ed effettiva destinazione del sottotetto oggetto di causa, sulla sua attitudine funzionale al godimento collettivo e sulla asserita disponibilità e/o accessibilità dello stesso in capo a tutti i condividenti.

L'onere della prova è imposto dal legislatore quale principio di carattere generale al quale le parti non possono sottrarsi nemmeno ricorrendo impropriamente allo strumento della consulenza tecnica che, non appartenendo alla categoria dei mezzi di prova, rappresenta un elemento di valutazione, sotto il profilo tecnico-scientifico, di dati già acquisiti non utilizzabile al fine di esonerare le parti dall'*onus probandi* gravante sulle stesse nè idoneo a costituire un mezzo sostitutivo di tale onere (cfr. Cass. 2/2/2000 n. 1132; Cass. 14/2/1994, n. 1467; Cass. 7/11/1987 n. 8256).

Alla stregua di tali principi non si è ritenuto pertanto di disporre d'ufficio la consulenza tecnica invocata dagli attori stante la finalità prettamente esplorativa della stessa anche con riferimento al profilo riguardante l'asserita violazione del diritto di sopralzo non essendo stata fornita la prova che i lamentati lavori, eseguiti senza innalzamento della falda del tetto come riconosciuto dagli stessi attori, abbiano costituito essi stessi una sopraelevazione violando pertanto un diritto riservato per contratto ai condividenti ovvero possano in futuro costituire un ostacolo o un impedimento all'esercizio dell'autonomo e distinto diritto di sopralzo nell'accezione sopra richiamata.

Sulla base delle considerazioni che precedono le domande svolte dagli attori non possono trovare accoglimento non avendo parte attrice assolto all'onere della prova sulla stessa gravante.

Quanto alla domanda risarcitoria proposta ex art. 96 c.p.c. dagli attori la stessa non può trovare accoglimento in quanto domanda nuova formulata in sede di memoria ex art. 183 V comma c.p.c.

Deve infine respingersi la domanda avanzata dalle convenute in via riconvenzionale non ravvisandosi nel comportamento processuale degli attori i connotati tipici della responsabilità da lite temeraria ed avendo le signore [redacted] e [redacted] richiesto una valutazione dell'asserito danno (di cui non è stata offerta la prova stante la genericità dei capitoli dedotti sul punto) senza indicazione degli indispensabili parametri di riferimento.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno pertanto poste a carico degli attori.

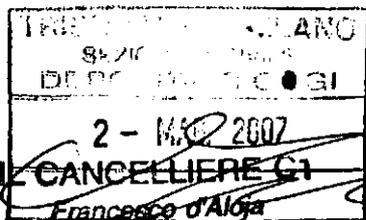
Al rigetto delle domande attoree consegue, ex art. 2668 II comma c.c., l'ordine di cancellazione della trascrizione della domanda introduttiva del presente giudizio.

**P. Q. M.**

Il Giudice Istruttore, in funzione di Giudice Unico, definitivamente pronunciando nella causa promossa da [redacted] a nei confronti di [redacted] [redacted] disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione così provvede:

- 1) rigetta le domande di parte attrice;
- 2) respinge la domanda formulata in via riconvenzionale dalle convenute [redacted];
- 3) ordina al competente Ufficio del Territorio (ex Conservatoria dei RR.II) di provvedere alla cancellazione della trascrizione della domanda introduttiva del presente giudizio, con esonero da responsabilità;
- 4) condanna gli attori a rifondere alle controparti le spese di lite che si liquidano per le convenute [redacted] in complessivi € 9.802,00 di cui € 44,00 per spese, € 3.558,00 per diritti ed € 6.200,00 per onorari e per [redacted] [redacted] complessivi € 3.241,00 di cui € 80,00 per spese, € 1.451,00 per diritti ed € 1.710,00 per onorari, oltre rimborso forfettario ed accessori di legge.

Così deciso in Milano, il 26 aprile 2007.



Il Giudice  
**IL GIUDICE**  
Dott.ssa L. TRAGNI