

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Il Tribunale di Como,

nella persona del magistrato dott. [REDACTED]

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nelle cause civili riunite iscritte ai n. 241/2006 e 162/2007 Reg. Gen. (ex sezione distaccata di

Menaggio) tra: - [REDACTED]

[REDACTED];

attori nel proc. n. 241/2006 e convenuti nel proc. n. 162/2007;

nei confronti di

- [REDACTED]

[REDACTED] rappresentati e difesi dagli Avv. [REDACTED];

convenuti nel proc. n. 241/2006 ed attori nel proc. n. 162/2007;

e di

- [REDACTED]

convenuti contumaci nel proc. n. 241/2006,

avente ad oggetto: accertamento di servitù.

CONCLUSIONI:

per entrambe le parti: si veda foglio di precisazione delle conclusioni.

TRIBUNALE DI COMO

Sezione Menaggio

Cause civili riunite R.G- 241/06 e 10/2007, pendenti tra [REDACTED]

[REDACTED] con

l'avv. [REDACTED]

CONTRO

[REDACTED]

[REDACTED]

FOGLIO DI PRECISAZIONE DELLE CONCLUSIONI PER PARTE

ATTRICE

Gli attori, per il tramite del loro procuratore così precisano le proprie

Conclusioni

R.G. 241/06

Voglia il Tribunale adito, accertata e dichiarata la nullità della pattuizione
istitutiva della servitù per cui è causa, ovvero l'estinzione della servitù
medesima per le ragioni dedotte in citazione:

- dichiarare che l'immobile di proprietà degli attori in Comune di [REDACTED], distinto ai mapp. 2032 e 4320 del Foglio S non è gravato di servitù alcuna a favore dell'immobile di proprietà dei convenuti ivi, distinto a F. 8 mapp. 2034 c 5451 ;
- Ordinare per l'effetto ai convenuti tutti di astenersi da ogni e

qualsivoglia molestia al pieno godimento del diritto dominicale degli attori.

Ad istruttoria: disporsi rinnovo della CTU a fronte delle evidenti carenze ed incongruenze dell'elaborato, come segnalate negli scritti difensivi di causa.

R.G. 10/2007

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito respingere il ricorso possessorio proposto. Anticipazioni, spese, competenze ed onorari di causa rifusi, oltre il contributo ex art. 11 L. 576/80 ed oltre I.V. A. come per legge.

████████████████████ 8 novembre 2012

Avvocato ████████████████████

1
TRIBUNALE CIVILE DI COMO

Cause riunite R.G. n. 241/2008 (petitorio) R.G. n. 10/2007 (possessorio)

Giudice dr. [REDACTED]

Foglio di precisazione delle conclusioni

Nell'interesse dei convenuti: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

*** **

Preliminarmente non si accetta il contraddittorio circa domande nuove eventualmente formulate da parte attrice.

*** **

Petitorio

Voglia l'ill.mo Tribunale, rigettata ogni contraria istanza ed eccezione, così giudicare:

Nel merito

1) rigettare tutte le domande avversarie, poiché prive di fondamento in fatto e in diritto;

Nel merito ed in via riconvenzionale

2) accertata e dichiarata la validità e l'efficacia della clausola di costituzione di servitù di non sopraelevare:

- scritta nell'atto notarile a rogito notaio [REDACTED] datato 13 agosto 1873;

- richiamata nell'atto a rogito notaio [REDACTED] del 30 dicembre

1891;

- richiamata nell'atto a rogito notaio [REDACTED] di Como in data 24 aprile 1938;

redatta in favore del fondo dominante (censito al catasta terreni Ufficio Provinciale di Como map. n. 2034) su cui insite la cd. "Villa [REDACTED]" di proprietà dei sigg. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2-a) condannare gli attori [REDACTED]
[REDACTED] alla rimozione delle opere in muratura che hanno interessato l'edificio insistente sul fondo servente (censito al catasto terreni ufficio provinciale di Como ai mappali nn. 2052 e 4320) in violazione della servitù di non sopraelevare e disporre la rimessione in ripristino dello stato dei luoghi, in particolare:

disporre la rimozione di quella porzione di edificio che oltrepassa la misura al colmo di mt. 10,50;

- disporre la rimozione di tutte le opere che hanno modificato e sopraelevato il profilo originario del tetto;

il tutto come descritto dal CTU geom. [REDACTED] nella relazione peritale depositata il 24 giugno 2009, nelle conclusioni a pagina n. 18 ed illustrato nelle tavole in bianco e nero allegate da n. 1 a n. 6 e nelle tavole a colori da n. 2 a n. 10.

2-b) condannare parte attrice a risarcire i danni che il Giudice vorrà

liquidare in via equitativa;

3) Condannare gli attori ex art. 90 c.p.c. al risarcimento di tutti danni prodotti per avere agito in giudizio in malafede.

In via principale possessorio - spoglio clandestino o violento

1) accertare e dichiarare il possesso della servitù di non sopraelevare in capo ai ricorrenti [REDACTED]

[REDACTED], conforme al titolo costitutivo;

2) accertare e dichiarare che i ricorrenti sono stati spogliati clandestinamente e/o violentemente da [REDACTED]

[REDACTED] (autori materiali/morali dell'opera) e condannarli alla rimessione in pristino della porzione di edificio che viola il possesso della servitù di non sopraelevare, con particolare riferimento alla rimozione della parte di edificio che oltrepassa la misura di mt. 10,50.

In alternativa -possessorio molestia o spoglio non clandestino

3) accertare e dichiarare il possesso della servitù di non sopraelevare in capo ai ricorrenti, conforme al titolo;

4) accertare e dichiarare che i ricorrenti sono stati molestati o spogliati in maniera non violenta da [REDACTED]

(autori materiali/morali delle molestie/spoglio non violento);

5) accertare e dichiarare la sussistenza di un pericolo di danno grave ed immediato consistente nella definitiva edificazione del tetto le cui opere sono di difficile rimozione o permanenti e condannare loro alla

rimessione in pristino della porzione di edificio che viola il possesso della servitù di non sopraelevare, con particolare riferimento alla rimozione della parte di edificio che oltrepassa la misura di mt. 10,50.

In via istruttoria: si chiede che il Giudice adito assuma sommarie informazioni in merito alle circostanze dedotte in narrativa o ammetta prova testimoniale e per interrogatorio formale sui capitoli di prova di seguito articolati.

Ai fini dell'acquisizione di sommarie informazioni o dell'ingresso della prova per testi si indicano i seguenti testi: [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].

- Sulla prova per testi circa il possesso della servitù

1- vero che i sigg. [REDACTED] da numerosi anni dimorano abitualmente nel condominio sito in [REDACTED]

2- vero che i soggetti di cui al capitolo di prova n. I il fine settimana accedono dal portone principale del condominio site in [REDACTED] per recarsi nelle proprie unità immobiliari ?

3- vero che il sig. [REDACTED] da decenni, i coniugi [REDACTED] da alcuni anni, hanno ospitato e ospitano tuttora amici e conoscenti e mostrano loro il panorama che si gode dal proprio

appartamento sito in [REDACTED] ?

4- vero che il tavolato eretto dai sigg [REDACTED] sull'edificio di loro proprietà e antistante il condominio sito in [REDACTED] [REDACTED] determina la riduzione del panorama del lago offerto dall'appartamento del sig. [REDACTED] [REDACTED] ?

5- vero che la [REDACTED] esegue lavori di pulizia presso l'appartamento della sig.ra [REDACTED] [REDACTED] ?

6- vero che il sig, [REDACTED] il fine settimana siede accanto al portone di accesso del condominio sito in [REDACTED] ed intrattiene conversazione con il sig. [REDACTED], proprietario della videoteca sita in [REDACTED], dopo di ché accede nel portone stesso per recarsi nella propria unità immobiliare ?

7- vero che nei primi giorni di dicembre 2006 i sig.ri [REDACTED] [REDACTED] eseguivano l'edificazione di un tavolato che si rammostra in fotografia di cui ai documenti un. 20 e 21 nonostante le rimostranze di tutti i ricorrenti ?

8- vero che il tavolato dell'edificio della famiglia [REDACTED] riduce il panorama percepito dai ricorrenti e la luminosità nei loro appartamenti costituenti il condominio di [REDACTED] ?

- Prova per interrogatorio formale

-vero che nei primi mesi di dicembre 2006 i residenti erigevano un tavolato di mattoni in corrispondenza della seconda soletta dell'immobile sito in [REDACTED]

██████████ ?

- vero che il tavolato oltrepassa di oltre 20 cm il colmo precedente del tetto che prima misurava m. 10,50 ?

- vero che nonostante le rimostranze dei ricorrenti come da lettere racc. a.r che si rammostrano docc. nn. 14. e 15 i lavori di sopraelevazione procedono ugualmente ?

- vero che nell'autunno del 2006 il sig. ██████████ intimava verbalmente alla sig.ra ██████████ di non sopraelevare il tetto dell'immobile sito ██████████ ██████████ per non incorrere nella violazione dell'accordo di servitù di non sopraelevazione ?

In tutti i casi con vittoria di spese legali.

Como, 8.1.2014

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda presentata dagli attori nel procedimento n. 241/2006 è diretta ad ottenere sentenza di accertamento che dichiari l'inesistenza di una servitù altius non tollendi vantata dai convenuti in favore di immobile di loro proprietà ed a carico di altro immobile di parte attrice, fabbricati entrambi siti nel comune di ■■■■■.

Parte convenuta asserisce che la servitù in questione deriverebbe da atto notarile di compravendita stipulato in data 13 Agosto 1873 con cui il Comune di ■■■■■ acquistò un terreno da tale Sig. ■■■■■; nell'ambito di tale atto era infatti stato sancito l'obbligo per il comune di non sopraelevare l'allora casa comunale (oggi immobile di proprietà attorea) a vantaggio dell'abitazione di proprietà del venditore ■■■■■.

I convenuti chiedono pertanto accertarsi l'esistenza di detta servitù ed ordinarsi l'abbattimento di opere realizzate dagli attori sul proprio immobile, a seguito delle quali sarebbe stato realizzato un innalzamento del tetto in violazione del divieto di sopraelevazione sopra menzionato.

Parte attrice contesta l'esistenza della servitù sotto tre differenti profili.

Sotto un primo aspetto gli attori sostengono che l'atto di costituzione di tale servitù sarebbe del tutto indeterminato in quanto non individuerebbe con esattezza il fondo dominante facendo generico riferimento all'abitazione del venditore ■■■■■. E' tuttavia ragionevole ritenere che l'atto si riferisse proprio alla villa del Sig. ■■■■■ che si trovava di fronte al terreno oggetto di compravendita. La costituzione di una servitù altius non tollendi non può infatti concernere due fondi che si trovino ad eccessiva distanza tra di loro e se il Polti era proprietario di un immobile antistante il terreno venduto, non è pensabile che la servitù potesse riguardare un immobile differente. Il supplemento di CTU datato 20 Gennaio

2014 ha peraltro confermato come il ■■■■ all'epoca del contratto sopra citato, non fosse proprietario di altri immobili nella zona in cui si trovano i fabbricati oggetto di causa ed in favore dei quali potesse costituirsi una servitù di non sopraelevazione a carico dell'immobile oggi di proprietà degli attori.

Sotto un secondo profilo asserisce parte attrice che la costituzione di servitù in questione sarebbe nulla per mancanza di causa non essendo previsto contrattualmente un corrispettivo per il sacrificio imposto al fondo servente. Anche tale doglianza appare infondata atteso che è ben possibile che le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, concordino nel medesimo atto la vendita di un immobile ed altresì la costituzione di una servitù a carico del compratore, pattuendo al contempo un prezzo unico per entrambe.

Sotto un terzo aspetto, che, di fatto, costituisce in punto nodale del processo, parte attrice afferma che la servitù in esame sarebbe estinta ex artt. 1073 - 1074 cod. civ. in quanto l'immobile a carico del quale era stata prevista la servitù stessa sarebbe stato nel frattempo demolito e ricostruito di dimensioni assai superiori.

E' da premettere come l'onere di dar piena prova del fatto estintivo della servitù incomba evidentemente sulla parte che tale fatto intende far valere in giudizio, ovvero, nel caso di specie su parte attrice.

Dall'istruttoria espletata emerge una situazione probatoria quanto meno dubbia se non addirittura tale da far ritenere più verosimile che l'immobile in oggetto sia rimasto invariate nel corso del tempo.

La CTU ha consentito di accertare come lo stato dell'immobile, al tempo della costituzione della servitù oggetto di causa, fosse presumibilmente lo stesso che nel 2003, ovvero nel periodo appena precedente i lavori di ristrutturazione ed ampliamento eseguiti da parte attrice. In particolare il CTU ha fatto notare come il

fabbricato su cui grava la servitù, da un dipinto del f 1820, risultasse già di due piani mentre, per quel che concerne le mappe catastali datate 1859 e 1898, le stesse, che rappresentano un fabbricato di minori dimensioni, vengono considerate inattendibili dal CTU il quale fa presente come all'epoca gli aggiornamenti delle mappe potessero facilmente non essere effettuati con immediatezza.

E' peraltro da considerare rilevante, ad avviso di questo Giudice, il fatto che la servitù oggetto di causa sia stata esplicitamente richiamata anche nei successivi atti notarili (del 1891 e del 1938) mediante i quali vennero rispettivamente alienati il fondo dominante ed il fondo servente (cfr. sul punto pagine 9-10 del supplemento di CTU datato 15 Febbraio 2011). Se già infatti si fossero verificati fatti estintivi della servitù, sarebbe stato assai poco ragionevole che in successivi atti di alienazione le parti si fossero fatte carico di esplicitare in modo così puntuale l'esistenza della servitù medesima.

Deve quindi ritenersi assai dubbio che l'immobile, nel periodo tra il 1873 ed il 2003, abbia subito modifiche strutturali tali da determinare una sopraelevazione suscettibile di estinguere la servitù oggetto di causa.

Applicati i principi sull'onere della prova, il fatto estintivo dedotto da parte attrice deve considerarsi non provato con conseguente possibilità di ritenere sussistente la servitù oggetto di causa ed illegittima la sopraelevazione operata dagli attori.

Parte convenuta chiede la rimessione in pristino da realizzarsi mediante

l'abbattimento delle opere eseguite in violazione della servitù altius non tollendi. Sotto questo profilo è da rilevare come, per consolidata giurisprudenza di legittimità, la disposizione di cui all'art. 2058 c. 2 cod. civ., invocata da parte attrice e concernente la possibilità, per il Giudice, di ordinare il risarcimento per equivalente laddove quello in forma specifica risulti troppo oneroso per il debitore, non è da ritenersi applicabile alla materia dei diritti reali la cui tutela, considerata la natura assoluta del diritto leso, esige necessariamente la rimozione del fatto lesivo (cfr. fra le tante decisioni Cass. 2359/2012; Cass. 2398/2009; Cass. 11744/2003). Nel caso di specie, peraltro, diversamente da quanto sostenuto da parte attrice, la domanda di parte convenuta mira proprio ad ottenere una tutela diretta della servitù di sopraelevazione oggetto di giudizio, ragion per cui soltanto il ripristino dello stato dei luoghi nella situazione antecedente la violazione costituisce misura idonea ad assicurare un'effettiva salvaguardia del diritto reale di cui i convenuti sono titolari.

Deve pertanto essere ordinata la riduzione in pristino dell'immobile di parte attrice con riferimento a quelle opere edificate in violazione della servitù per cui è causa ed in particolare di quella parte oggetto di sopraelevazione al di sopra dell'altezza di metri 10,50 (così come risulta dal permesso di costruire di cui al doc. 11 di parte convenuta).

Per quel che concerne, invece, il procedimento n. 162/2007 (merito possessorio successivo alla fase interdittale trattata nel procedimento n. 10/07), la domanda degli attori, convenuti nel procedimento petitorio, non può trovare accoglimento. Questi ultimi, in sede possessoria, avrebbero infatti dovuto dare la prova piena di un loro possesso corrispondente alla situazione di diritto che gli stessi affermano di vantare. Nel procedimento possessorio infatti, non viene tutelata la situazione di diritto bensì quella di fatto con la conseguenza che parte attrice avrebbe

dovuto dare piena dimostrazione della circostanza che la situazione fattuale al momento della domanda possessoria era ancora identica a quella esistente all'epoca dell'atto del 1873 sul quale gli attori fondano la sussistenza di tale servitù. Una tale prova non è stata fornita da parte attrice e, come sopra meglio visto, non appare nemmeno pienamente raggiunta nel procedimento petitorio, nel quale tuttavia, come sottolineato, l'onere probatorio è distribuito tra le parti in maniera differente. Le prove orali articolate da parte attrice nel procedimento possessorio non appaiono peraltro idonee, già ad un esame astratto delle circostanze capitolate, a dimostrare la sopra evidenziata identità di situazione fattuale tra l'epoca di costituzione della servitù ed il momento di introduzione del procedimento possessorio.

Deve quindi essere esclusa in Ccpo agli attori, in quanto non dimostrata, la sussistenza, al momento della domanda, di un possesso corrispondente ad una servitù di non sopraelevazione con conseguente rigetto della domanda presentata nell'ambito del proc. n. 162/2007.

Venendo alle spese di lite, le stesse, attesa la soccombenza reciproca nei due diversi procedimenti e considerata la comunque congrua offerta di risarcimento per equivalente effettuata dagli attori nel procedimento petitorio e rifiutata dai convenuti, possono essere integralmente compensate; le spese della CTU, rese necessarie nel procedimento petitorio per verificare la fondatezza della tesi attorea, po ritenuta non provata, devono invece porsi integralmente a carico solidale degli attori nel procedimento n. 241/2006. Considerato quanto appena detto, non risulta ovviamente possibile accogliere la domanda ex art. 96 c.p.c. avanzata da parte convenuta nel procedimento petitorio.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando:

- 1) Condanna gli attori nel proc. 241/2006 in solido a rimuovere tutte le opere eseguite sull'immobile di loro proprietà ed oggetto di giudizio in violazione della servitù: (abilita in favore del fabbricato di parte convenuta nell'atto datato 13 Agosto 1873 (Notaio ██████████) ed in particolare ad elimina: e quella porzione di edificio che supera l'altezza di metri 10 50.
- 2) Respinge ogni aita domanda presentata dalle parti in causa nei procedimenti n. 241/2006 n. 162/2007.
- 3) Dichiara integralmente compensate le spese di entrambi i giudizi.
- 4) Pone le spese di CTU a carico integrale e solidale degli attori nel proc. n.241/2006.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di rito.