

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

F.R., proprietario di un'unità immobiliare compresa nel fabbricato sito in *omissis*, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di *omissis* la *omissis* s.r.l., quale proprietaria e costruttrice dell'immobile sito in *omissis*, ed il Condominio *omissis*, quale acquirente di tale fabbricato, per sentirli condannare alla rimozione delle opere eseguite su di un cortile sito in via *omissis* (fg 32 mappale 265 N.C.E.U), di cui l'istante era comproprietario nonché al risarcimento dei conseguenti danni.

Si costituivano in giudizio i convenuti contestando nel merito ogni avversa pretesa; la *omissis* s.r.l., in via riconvenzionale, chiedeva la condanna dell'attore a non aggravare la servitù di passo sul mappale n. 276 Con sentenza del 26 novembre 2001 il Tribunale, dopo avere ritenuto rinunciate perché non riproposte specificamente le domande relative alla chiusura o allo spostamento di alcune finestre e di un pluviale, rigettava quelle di ripristino dello stato dei luoghi e di risarcimento dei danni avanzate nei confronti del Condominio sul rilievo che, trattandosi di azione reale, la stessa doveva essere proposta nei confronti delle persone dei singoli condomini che, quali litisconsorti necessari, avrebbero dovuto essere evocati in giudizio; condannava la *omissis* s.r.l. al risarcimento dei danni - equitativamente determinati in L. 4.000.000 - per avere, quale costruttrice, occupato parte del cortile comune di cui l'attore era comproprietario nella misura di 1/5;

Con sentenza dep. il 10 marzo 2005 la Corte di appello di *omissis*, in parziale riforma della decisione impugnata con appello principale dalla *omissis* s.r.l e incidentale dall'attore, accertava che la società convenuta era comproprietaria del cortile e dell'androne comuni e la condannava alla eliminazione della parete dell'edificio che aveva occupato il sedime della rientranza di est per 1 mq. catastale, a ridurre la parete di est ortogonale alla proprietà F. di circa 90 cm., a eliminare il passo carraio con serranda metallica di mt. 2,40 x 2,00, a riportare nella posizione anteriore alla modifica effettuata i pluviali sud e nord della parete ovest del fabbricato *omissis*.

Per quel che ancora interessa nella presente sede, dopo avere accertato sulla base dei titoli di acquisto che, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, la convenuta era comproprietaria della corte e dell'androne, i giudici di appello confermavano la statuizione relativa alla carenza di legittimazione passiva del Condominio in ordine alle domande concernenti i diritti reali dei singoli condomini; quindi, sulla scorta della consulenza d'ufficio, accertavano che nella costruzione del *omissis*, la *omissis* s.r.l. aveva operato uno sconfinamento occupando una porzione del cortile:

il che aveva comportato una diminuzione nella parete nord della larghezza della rientranza di circa 90 cm. per una profondità di 1,03 mt. per una superficie di circa 0,93 mq; su di essa insisteva porzione del fabbricato avente tre piani fuori terra, essendo il piano terra destinato ad autorimessa condominiale e i piani primo e secondo ad abitazione; la parete di est ortogonale alla proprietà F. era stata ampliata di circa 90 cm. e la precedente apertura di passo pedonale era stata ampliata e trasformata in apertura di passo carraio.

Infine, era confermata la condanna della convenuta al risarcimento dei danni.

Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione *omissis* s.r.l., già *omissis* s.r.l., sulla base di undici motivi.

Resistono con controricorso gli intimati; il Condominio propone ricorso incidentale adesivo a quello principale affidato a tre motivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente il ricorso principale e quello incidentale vanno riuniti, ex art. 335 cod. proc. civ., perché sono stati proposti avverso la stessa sentenza.

RICORSO PRINCIPALE. Con il primo motivo la ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione degli artt. 81, 99, 100, 101 cod. proc. civ., censura la decisione gravata che l'aveva condannata alla demolizione di parte dell'edificio nonché alla rimozione della porta del garage quando, secondo quanto dedotto dallo stesso attore, la *omissis* prima dell'inizio del giudizio aveva

venduto l'intero fabbricato; per cui legittimati passivi erano i proprietari degli appartamenti per il metro quadro supposto di sconfinamento e il Condominio per quanto riguardava la porta del garage e la porzione di cortile occupata dal portone carraio.

Con il secondo motivo la ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione degli artt. 81, 99, 100, 101 cod. proc. civ., censura la decisione gravata che l'aveva condannata allo spostamento dei canali di gronda pur non essendo la medesima legittimata passiva.

Con il terzo motivo la ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 324 cod. proc. civ. e dell'art. 2909 cod. proc. civ., deduce che la sentenza di primo grado era passata in cosa giudicata per mancata impugnazione nei confronti del Condominio sia nella parte in cui riconosceva che il Condominio e i condomini erano divenuti proprietari dell'edificio prima dell'inizio del giudizio sia nella parte in cui era stata rigettata la domanda di eliminazione del portone del garage e di demolizione parziale: l'ordine dato invece dai Giudici di appello dovrebbe essere eseguito contro il Condominio nonostante il giudicato e contro alcuni condomini mai evocati in giudizio.

Con il quarto motivo la ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione degli artt. 324 cod. proc. civ. e 2909 cod. civ., deduce che la sentenza di primo grado era passata in cosa giudicata per mancata impugnazione nei confronti del Condominio anche relativamente alla domanda di spostamento dei canali di gronda.

Con il quinto motivo la ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 102 cod. proc. civ., deduce che la domanda di demolizione avrebbe richiesto la partecipazione al giudizio di tutti i condomini, la cui evocazione ora sarebbe superflua per il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del Condominio mentre la ricorrente non è legittimata passivamente.

Il primo, il secondo, il terzo, il quarto e il quinto motivo vanno esaminati congiuntamente stante la stretta connessione.

Le censure vanno accolte nei limiti di cui si dirà di seguito.

Occorre ricordare che la sentenza di primo grado, mentre considerava rinunciata, fra le altre, la domanda di spostamento del pluviale, riteneva che le domande di ripristino avanzate dall'attore nei confronti del Condominio non potevano essere accolte perché, trattandosi di azione reale che incide sui diritti dei singoli condomini, la stessa doveva essere proposta nei confronti delle persone dei singoli condomini che dovevano essere evocati in giudizio quali litisconsorti necessari; era invece ritenuta "accoglibile" la domanda avanzata nei confronti della *omissis*, quale "impresa costruttrice", "ma solo" in relazione ai danni da abusiva occupazione, e ciò in quanto la violazione da parte dell'impresa dei diritti di comproprietari del cortile "risulta un mero fatto, produttore di danno". Evidentemente, con tale motivazione il Tribunale ebbe a rigettare la domanda di demolizione proposta anche nei confronti della *omissis*, avendo chiarito non soltanto che soggetti legittimati passivi erano i condomini proprietari delle singole unità interessate dalla domanda di ripristino ma (conseguenzialmente) che contro la società convenuta era esperibile esclusivamente l'azione personale (e non reale) per il risarcimento dei danni causati dalla abusiva occupazione compiuta nell'attività di costruzione dell'edificio.

La sentenza di appello, nel confermare la statuizione relativa alla carenza di legittimazione passiva del Condominio, ha da un canto correttamente statuito che legittimati passivi sono soltanto i condomini interessati alle opere che si assumono abusivamente realizzate ma ha poi condannato la *omissis* alla demolizione e arretramento di quelle opere realizzate nella costruzione dell'edificio sul cortile comune.

Occorre allora considerare che, secondo quanto affermato e dedotto dallo stesso attore nell'atto di citazione, al momento della domanda il Condominio convenuto era già esistente, dovendo qui ricordarsi che il condominio si costituisce al momento della vendita da parte dell'originario costruttore - venditore della prima unità immobiliare compresa nell'edificio, condominiale per cui il fatto che la *omissis* fosse condomina, perché rimasta proprietaria di alcune unità immobiliari, come pure che la medesima avesse realizzato l'immobile de quo, erano circostanze irrilevanti e che - a prescindere da ogni considerazione sul rilievo nei confronti della ricorrente dell'invocato giudicato che, peraltro, si sarebbe formato relativamente alla domanda proposta dall'attore nei confronti del

Condominio - non avrebbero potuto legittimare la condanna della medesima alla demolizione di parti dell'edificio condominiale, tenuto conto al riguardo - in relazione alla natura reale dell'azione di ripristino - della sussistenza di un litisconsorzio che rendeva necessaria la partecipazione al giudizio di tutti i comproprietari e, in particolare, di coloro che erano proprietari delle singole unità abitative edificate su porzione del cortile comune - come la stessa sentenza impugnata ha pure affermato a proposito della domanda proposta nei confronti del Condominio - dovendo qui accennarsi che l'azione diretta non al semplice accertamento dell'esistenza o inesistenza dell'altrui diritto, ma al mutamento di uno stato di fatto mediante la demolizione di manufatti o costruzioni, dà luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra i proprietari dei beni interessati (Cass. 12767/1999; 5603/2001), perché altrimenti la sentenza - che non potrebbe essere eseguita conto i proprietari non partecipi al giudizio - sarebbe inutiliter data: inconferente è il precedente citato dal resistente F. che concerne la legittimazione attiva di ciascun condomino nelle azioni conservative a tutela delle cose comuni. Per quel che concerne invece la domanda di spostamento del pluviale, il primo Giudice non si era pronunciato nel merito, avendola ritenuta rinunciata con statuizione riformata dalla sentenza di appello, che ha condannato la ricorrente alla sua rimozione: le considerazioni che precedono escludono la legittimazione passiva della società convenuta anche relativamente a tale domanda.

Con il sesto motivo la ricorrente, lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., censura la sentenza che aveva accertato il diritto di comproprietà di essa ricorrente sull'androne che immette nel cortile comune senza che fosse stata mai formulata alcuna domanda in proposito.

Il motivo è infondato.

Deve escludersi la violazione di ultrapetizione di cui all'art. 112 cod. proc. civ., atteso che la sentenza, nell'esaminare la questione relativa alla controversa comproprietà del cortile, ha incidentalmente menzionato all'androne, facendo riferimento alla descrizione contenuta nei titoli di acquisto.

Con il settimo motivo la ricorrente, lamentando omessa e insufficiente motivazione nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 277 cod. proc. civ., censura la sentenza che non aveva esaminato la domanda di attribuzione del terreno oggetto del presunto sconfinamento proposta ex art. 938 cod. civ., tenuto che la decisione di tale domanda costituiva un antecedente logico rispetto a quella di demolizione.

Il motivo è infondato.

La norma dell'art. 938 cod. civ., che disciplina la cosiddetta accessione invertita, ha carattere eccezionale - in quanto derogativa sia del principio dell'accessione ("quod inaedificatur solo cedit"), sia di quello secondo cui il proprietario ha diritto di disporre della propria cosa in maniera piena ed esclusiva - e come tale non può trovare applicazione nell'ipotesi di costruzione eseguita in tutto o in parte su un suolo di proprietà comune del costruttore e di terzi, nella quale si applicano le norme sulla comunione, senza che sia eccezionale una disparità di trattamento tra comunista e terzo.

Con l'ottavo motivo la ricorrente, lamentando omessa e insufficiente motivazione nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 277 cod. proc. civ., censura la sentenza che aveva accertato l'ampliamento della costruzione di cui non era emersa alcuna prova senza spiegare perché avesse attribuito valore di prova alle mappe catastali alle quali esclusivamente aveva fatto riferimento il consulente.

Con il nono motivo la ricorrente, lamentando omessa e insufficiente motivazione nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 277 cod. proc. civ., deduce che i giudici di merito avevano omesso di spiegare per quale ragione avevano ritenuto che l'edificio era stato realizzato su terreno comune anziché su quello di proprietà di essa ricorrente, la quale aveva sostenuto che l'originario costruttore del *omissis*, invece di edificare il muro perimetrale lungo tutto il confine, aveva realizzato per un breve tratto una rientranza di un metro di profondità al fine di aprire nel proprio terreno delle bocche di lupo che consentissero di scaricare legna e carbone nelle sottostanti cantine, mentre con le cantine ed il balcone era arrivato a filo del confine: ai sensi dell'art. 840 cod. civ. il

proprietario del sottosuolo e dello spazio aereo deve ritenersi proprietario dello spazio intermedio, per cui l'asserito ampliamento sarebbe stato realizzato invadendo cm. 93 di lunghezza di detta rientranza, in gran parte occupati da una preesistente bocca di lupo; l'esistenza della bocca di lupo in superficie, della cantina nel sottosuolo e del balcone nello spazio aereo, tutti di proprietà della *omissis* al momento dell'esecuzione dei lavori di restauro, erano invece indizi gravi, univoci e concordanti da cui desumere la prova della proprietà in capo ad essa dell'area in questione. L'ottavo e il nono motivo, che per la stretta connessione vanno esaminati congiuntamente, sono infondati.

La sentenza ha verificato l'occupazione da parte della convenuta di una porzione di quello che ha accertato costituisce cortile comune sulla base dei titoli di acquisto sui quali ha dunque motivatamente basato il proprio convincimento: sarebbe stato necessario dedurre l'erronea interpretazione di tali atti ovvero dimostrare l'errore delle conclusioni del consulente tecnico recepite acriticamente dalla sentenza, previa trascrizione dei passi salienti della consulenza in virtù del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, o ancora invocare l'esistenza di un titolo di acquisto contrario; la doglianza si risolve nella censura dell'apprezzamento di fatto delle risultanze istruttorie riservato al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione, dovendo qui sottolinearsi che il vizio deducibile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 deve consistere in un errore intrinseco al ragionamento del giudice che deve essere verificato in base al solo esame del contenuto del provvedimento impugnato e non può risolversi nella denuncia della difformità della valutazione delle risultanze processuali compiuta dal giudice di merito rispetto a quella a cui, secondo il ricorrente, si sarebbe dovuto pervenire: in sostanza, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 citato, la (dedotta) erroneità della decisione non può basarsi su una ricostruzione soggettiva del fatto che il ricorrente formuli procedendo a una diversa lettura del materiale probatorio, atteso che tale indagine rientra nell'ambito degli accertamenti riservati al giudice di merito ed è sottratta al controllo di legittimità della Cassazione che non può esaminare e valutare gli atti processuali ai quali non ha accesso, ad eccezione che per gli errores in procedendo (solo in tal caso la Corte è anche giudice del fatto).

Con il decimo motivo la ricorrente, lamentando omessa e insufficiente motivazione nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 277 cod. proc. civ., deduce che i Giudici di merito avevano omesso di esaminare la questione relativa alla carenza di legittimazione dell'attore relativamente alla domanda di danni, posto che il medesimo aveva acquistato l'immobile nel 1992 ovvero diversi anni dopo l'ultimazione delle opere da parte di essa ricorrente, tenuto conto che il diritto di credito sarebbe sorto al momento dello sconfinamento e non era stato ceduto insieme al diritto reale.

Il motivo è fondato.

La sentenza non ha esaminato la questione relativa alla legittimazione attiva dell'attore: infatti, assumeva rilievo decisivo l'indagine che il giudice di merito avrebbe dovuto invece compiere se, al momento dell'acquisto operato dall'attore, le opere con cui la società costruttrice aveva sconfinato fossero state già ultimate ovvero se detto sconfinamento si fosse verificato successivamente all'acquisto, atteso che soltanto in quest'ultimo caso l'attore sarebbe stato titolare di una posizione soggettiva tutelabile. Al riguardo va ricordato che il diritto al risarcimento dei danni cagionati ad un immobile non costituisce un accessorio del diritto di proprietà sull'immobile stesso, trasmissibile automaticamente con la sua alienazione, ma ha natura personale, in quanto compete esclusivamente a chi, essendo proprietario del bene all'epoca dell'evento dannoso, ha subito la relativa diminuzione patrimoniale (Cass. 15744/2009).

Con l'undicesimo motivo la ricorrente, lamentando omessa e insufficiente motivazione, censura la liquidazione del danno compiuta dal consulente tecnico d'ufficio e recepita dalla sentenza impugnata laddove la stima era stata compiuta con riferimento non in base al valore sulla base del terreno nudo ma di quello risultante per effetto delle costruzioni realizzate; deduce che nei motivi di appello era stato evidenziato come mentre il valore di un appartamento in *omissis* all'epoca era di L. 3.000.000 il valore al metro quadro di un terreno era irrisorio (L. 150.000): la sentenza si era

limitata a ritenere equa la stima compiuta dal consulente senza aggiungere altro per replicare alle suesposte doglianze.

La censura è fondata, essendosi la decisione impugnata limitata ad affermare in modo del tutto apodittico che erano prive di pregio le doglianze formulate dall'appellante principale (e quelle dedotte dall'appellato incidentale) e che era equa la stima compiuta dal consulente tecnico le cui conclusioni erano dunque recepite in modo del tutto acritico e senza esaminare (e dare conto dei) rilievi formulati dalla ricorrente. Pertanto, vanno accolti il primo, il secondo, il terzo, il quarto, il quinto, il decimo e l'undicesimo motivo del ricorso, mentre vanno rigettati il sesto, il settimo, l'ottavo e il nono.

Il ricorso incidentale è assorbito per effetto dell'accoglimento del ricorso principale.

La sentenza va cassata in relazione ai motivi accolti, con rinvio, anche per le spese della presente fase, ad altra sezione della Corte di appello di Milano.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi; accoglie il primo, il secondo, il terzo, il quarto, il quinto motivo del ricorso principale per quanto in motivazione, nonché il decimo e l'undicesimo motivo, rigetta il sesto, il settimo, l'ottavo e il nono assorbito il ricorso incidentale cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese della presente fase, ad altra sezione della Corte di *omissis*.