Numero registro generale 19250/2022
Numero sezionale 1268/2023
Numero di raccolta generale 10497/2023
Data pubblicazione 19/04/2023

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SECONDA SEZIONE CIVILE

Oggetto:
CONDOMINIO
Ud.30/03/2023 CC

Composta da:

FELICE MANNA	Presidente
ANTONIO SCARPA	Consigliere-Rel.
GIUSEPPE FORTUNATO	Consigliere
CHIARA BESSO MARCHEIS	Consigliere
LUCA VARRONE	Consigliere

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 19250/2022 R.G. proposto da:

(omissis) (omissis) (omissis) (omissis) ppresentati e difesi dall'avvocato (omissis) O

-ricorrenti-

contro

(omissis) (omissis) (omissis) ppresentato e difeso dall'avvocato (omissis)

-controricorrente-

nonché contro

(omissis) (omissis) (omissis) (omissis)

-intimate-

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO di REGGIO CALABRIA n. 406/2021 depositata il 30/06/2021.

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 30/03/2023 dal Consigliere ANTONIO SCARPA.

FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE

(omissis) (omissis) e (omissis) (omissis) eredi di (omissis) (omissis), hanno proposto ricorso articolato in unico motivo avverso la sentenza n. 406/2021 della Corte d'appello di Reggio Calabria, pubblicata il 30 giugno 2021.

Resiste con controricorso (omissis) (omissis) (omissis) Non hanno invece svolto attività difensive le altre due intimate (omissis) (omissis) e (omissis) (omissis).

La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma degli artt. 375, comma 2, 2-*quater*, e 380 bis.1, c.p.c., nel testo applicabile *ratione temporis* ex art. 35 del d.lgs. n. 149 del 2022.

Le parti hanno depositato memorie.

La causa fu intrapresa da (omissis) (omissis) il quale, con citazione del 15 ottobre 2007, convenne dinanzi al Tribunale di Reggio Calabria il fratello (omissis) (omissis) esponendo che nell'anno 2002 una impresa di telefonia mobile aveva montato sul torrino/abbaino dell'edificio, di cui sono condomini le due parti (nonché la terza sorella (omissis) (omissis), una stazione base per la diffusione del segnale telefonico. L'attore dedusse che l'impresa corrispondesse a (omissis) (omissis) in forza di contratto dallo stesso stipulato, un canone di locazione, che questi indebitamente tratteneva per l'intero importo, senza riversarne le quote dovute ai condomini. Il convenuto (omissis) (omissis) nella propria comparsa di risposta, rivendicò la proprietà o l'uso esclusivi del lastrico solare del fabbricato e dello stesso torrino/abbaino, sostenne che fra i condomini era intervenuto un "mutuo consenso" sulla "incorporazione" di alcune parti comuni nei rispettivi appartamenti, concluse che "*se risponde al vero che il*

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5

convenuto, sig. (omissis) (omissis) *ha autorizzato l'installazione sul tetto dell'abbaino sovrastante il vano scala condominiale di un'antenna-ripetitore per la diffusione del segnale telefonico, non altrettanto vero è però che egli sia tenuto a corrispondere a chicchessia quote del corrispettivo percepito per la locazione di detta area, avendone disponibilità esclusiva ed incondizionata ed essendo, conseguentemente, legittimo percettore degli eventuali proventi derivanti dallo sfruttamento della stessa*".

Riassunto il processo, a seguito della morte di (omissis) (omissis), nei confronti dei suoi ered (omissis) (omissis) (omissis) (omissis) (omissis) e (omissis) (omissis), il Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza del 14 gennaio 2015, rigettò la domanda di (omissis) (omissis) ritenendo raggiunta la prova dell'avvenuta divisione tra i fratelli con relativa assegnazione in godimento esclusivo delle parti comuni oggetto di controversia. (omissis) (omissis) propose appello, respinto dalla Corte d'appello di Reggio Calabria giacché la domanda non sarebbe risultata "adeguatamente provata". La sentenza impugnata ha affermato che, acquisita "la prova fotografica dell'esistenza sulla sommità dell'edificio in questione di una stazione radio base per la diffusione del segnale telefonico", non risulterebbe viceversa dimostrato "se la costruzione del manufatto in questione da parte della … impresa esercente la telefonia mobile sia stata effettivamente autorizzata dal sig. (omissis) (omissis) suo tempo, nonché se tale eventuale autorizzazione fosse contenuta in un contratto scritto e se per tale eventuale autorizzazione fosse stato previsto il pagamento di una indennità a carico dell'impresa di telefonia mobile e, eventualmente, in che misura". Né, secondo la Corte di Reggio Calabria, "dalla lettura della comparsa di costituzione e risposta del sig. (omissis) (omissis) nonché dei successivi atti difensivi degli eredi di quest'ultimo costituitisi in giudizio"

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5

emergerebbe "una chiara ammissione dei fatti che avrebbero condotto alla realizzazione della stazione radio base in questione", ovvero "la sussistenza di un contratto in relazione a quanto innanzi" e "la previsione di un indennizzo e/o di un canone in proposito". Inoltre, a dire dei giudici di secondo grado, "andava certamente dimostrato, sempre ai sensi dell'art. 2697 c.c., se la costruzione in questione avesse funzione solo di copertura del vano scale, ovvero sia di copertura del vano scale che di porzione dell'appartamento privato di parte convenuta; ed in quest'ultimo caso, andava dimostrato su quale parte del manufatto fosse stata installata l'antenna della telefonia mobile".

L'unico motivo del ricorso di (omissis) (omissis) e (omissis) (omissis) eredi di (omissis) (omissis) denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c. ed il "vizio di motivazione". Si assume che la Corte d'appello di Reggio Calabria abbia "apprezzato i pacifici fatti di causa in maniera del tutto opposta rispetto alle risultanze probatorie".

Il ricorso è fondato.

La censura adempie all'onere, imposto dall'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., di indicare che nella citazione di primo grado di (omissis) (omissis) ra stata allegata la circostanza che il convenuto avesse concesso in locazione il torrino/abbaino comune all'impresa di telefonia mobile per il corrispettivo di un canone indebitamente trattenuto dal convenuto, e che nella comparsa di risposta di (omissis) (omissis) suddetta circostanza era stata ritenuta pacifica.

Seppur non operi nel presente giudizio, *ratione temporis*, la modifica dell'art. 115, comma 1, c.p.c. (nel senso che i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita devono essere posti dal giudice a fondamento della sua decisione), introdotta dalla l. n. 69 del 2009, l'onere di specifica contestazione era già presente nell'art.

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5

167 c.p.c. per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge n. 353 del 1990.

Perché un fatto possa dirsi non contestato dal convenuto, e perciò non richiedente una specifica dimostrazione, occorre o che lo stesso fatto sia da quello esplicitamente ammesso, o che il convenuto abbia improntato la sua difesa su circostanze o argomentazioni incompatibili col disconoscimento di quel fatto. La non contestazione scaturisce, pertanto, dalla non negazione del fatto costitutivo della domanda. D'altro canto, la parte che invoca il cosiddetto principio di non contestazione deve dare dimostrazione di aver essa per prima ottemperato all'onere processuale, posto a suo carico, di compiere una puntuale allegazione dei fatti di causa, in merito ai quali l'altra parte era tenuta a prendere posizione, non potendosi ribaltare sul convenuto l'onere di allegare il fatto costitutivo dell'avversa pretesa (arg. da Cass. Sez. 3, 17/02/2016, n. 3023; Cass. Sez. 2, 29/09/2020, n. 20525).

Nel caso in esame, (omissis) (omissis) aveva esposto in citazione il fatto e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della sua domanda (art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c., nella formulazione operante *ratione temporis*): in particolare, il fatto costitutivo della pretesa era l'avvenuta locazione a terzi (un'impresa di telefonia mobile) di una cosa comune (il torrino/abbaino) da parte di uno dei comproprietari ((omissis) (omissis) ed in forza di ciò l'attore chiedeva il pagamento della parte, proporzionale alla propria quota di proprietà indivisa, dei canoni locatizi.

Su tale fatto costitutivo puntualmente allegato dall'attore, il convenuto (omissis) (omissis) ella comparsa di risposta prese posizione, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., rivendicando la proprietà o l'uso esclusivi del torrino/abbaino, ammettendo di aver autorizzato l'installazione sul tetto dell'abbaino sovrastante il vano scala

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5

un'antenna-ripetitore per la diffusione del segnale telefonico e negando di essere tenuto a corrispondere a (omissis) (omissis) quote del corrispettivo legittimamente percepito per la locazione di detta area.

Ha quindi errato la Corte d'appello di Reggio Calabria a ritenere infondata la domanda di (omissis) (omissis) sul presupposto che non era stata data prova dell'autorizzazione data da (omissis) (omissis) lla costruzione dell'impianto, né della sussistenza di un contratto scritto e di un accordo per il pagamento di un corrispettivo ad opera dell'impresa di telefonia mobile.

La convenzione con cui il (com)proprietario di un lastrico solare cede in godimento ad altri la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, può dar luogo, in base all'intenzione delle parti, sia ad un contratto ad effetti reali costitutivo di un diritto di superficie (per il quale occorre perciò la forma scritta ex art. 1350 c.c.), sia ad un contratto ad effetti obbligatori, secondo lo schema della concessione *ad aedificandum* o della locazione (da farsi per iscritto soltanto se di durata ultranovennale: art. 1350, n. 8, c.c.) (arg. da Cass. Sez. Unite , 30/04/2020, n. 8434).

La conclusione del contratto tra (omissis) (omissis) e l'impresa di telefonia mobile e la riscossione dei canoni da parte del primo erano, per quanto appena detto, incontroverse e perciò non bisognose di prova, giacché l'atteggiamento difensivo delle parti aveva sottratto tali fatti all'ambito degli accertamenti richiesti al giudice.

Il controricorrente assume che il ricorso non avrebbe tuttavia formulato alcuna critica rispetto alla seconda assorbente lacuna probatoria rilevata nella sentenza di secondo grado, la quale, invero, ha ritenuto che neppure fosse stato dimostrato né se il torrino/abbaino avesse funzione soltanto di copertura del vano scale,

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5

o anche di porzione dell'appartamento di (omissis) (omissis) né su quale parte del manufatto fosse stata installata l'antenna. Si tratta, tuttavia, di ragione della decisione (attinente, in sostanza, alla legittimazione di (omissis) (omissis) concedere in godimento a terzi la superficie di copertura) non autonoma rispetto a quella che ha indebitamente dubitato della stipula del contratto di locazione e della riscossione dei canoni da parte di (omissis) (omissis) e perciò logicamente e giuridicamente non idonea a sorreggere la sentenza impugnata nonostante la fondatezza della censura svolta. D'altro canto, poiché si tratterebbe di accertare in via incidentale il regime dominicale della superficie di copertura oggetto del contratto di cessione in godimento a terzi, la quale rientra nel novero delle parti dell'edificio condominiale necessarie all'uso comune, ex art. 1117 n. 1) c.c., spetterebbe a chi pretenda averne l'appartenenza esclusiva dare la prova del relativo titolo.

Il ricorso va perciò accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Reggio Calabria, in diversa composizione, che procederà ad esaminare nuovamente la causa uniformandosi ai richiamati principi e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Reggio Calabria, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 30 marzo 2023.

Il Presidente
FELICE MANNA

Firmato Da: PASSINETTI LUISA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 1566b04547603c1bc884be6b50fc83e0 - Firmato Da: MANNA FELICE Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 29879dbe58bf8a64dbc35f60cb1617a5