

Trib. Firenze 13 gennaio 2022 n. 50

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE
02 Seconda sezione CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Fiorenzo Zazzeri ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g./2018 promossa da:

(omissis) S.R.L. (C.F.), con il patrocinio dell'avv. (omissis) e dell'avv. (omissis), elettivamente domiciliato in (omissis) presso il difensore avv. (omissis)

PARTE ATTRICE

contro

(omissis) SRL (C.F.), con il patrocinio dell'avv. (omissis) e dell'avv. (omissis), elettivamente domiciliato in (omissis) presso il difensore avv. (omissis)

PARTE CONVENUTA

Condominio (omissis), in persona dell'amministratore p.t. (omissis)

TERZO CHIAMATO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

(omissis), quale proprietaria di immobile sito in (omissis) al quarto ed ultimo piano, conveniva in giudizio (omissis) srl, proprietaria di immobile adiacente, al fine di ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'occupazione da parte della convenuta di porzione di sottotetto posto nella proiezione verticale della superficie di proprietà attorea, con conseguente ordine alla stessa di demolizione di tale porzione di sottotetto con rimessa in pristino del previo stato dei luoghi ovvero, "in alternativa", la condanna della convenuta al pagamento in proprio favore di un indennizzo per illegittima occupazione.

A sostegno della propria pretesa parte attrice deduceva che entrambe le parti in causa avevano acquistato gli immobili *de quibus* nel 2002 in seguito a frazionamento dall'unico precedente proprietario, il (omissis), ma che il sottotetto non è riportato in alcuna planimetria allegata a tali atti; in ogni caso, parte attrice ha allegato relazione tecnica di parte deducendo dalle caratteristiche tecniche del sottotetto (cannicciato non calpestabile con altezza media 130-150 cm) la natura pertinenziale al proprio immobile.

La (omissis) si è costituita, eccependo in primo luogo il difetto di legittimazione attiva della parte attrice, contestando la mancanza di un titolo giustificativo di proprietà in capo alla stessa, ed evidenziando, al contrario, che dalla documentazione catastale aggiornata emergono indizi di segno contrario (favorevoli alla convenuta stessa).

Nel merito, richiamando il principio *possideo quia possideo*, parte convenuta ha precisato di non aver alterato lo stato dei luoghi rispetto a quello esistente al momento della compravendita dal comune dante causa, evidenziando che l'accesso a tale locale sottotetto era possibile esclusivamente da una botola sita nella proprietà esclusiva della stessa. Quanto alla domanda in via subordinata, la convenuta ne ha eccepito la nullità per indeterminatezza dell'*editio actionis*.

La società convenuta, pertanto, ha concluso in via preliminare di merito, per la dichiarazione di difetto di legittimazione attiva di parte attrice; nel merito, per il rigetto della domanda attorea di tesi, nonché per la dichiarazione di nullità della domanda attorea di ipotesi.

Con la prima memoria ex art. 183 co. 6 c.p.c., parte attrice ha dedotto di non aver esercitato azione di rivendica ex art. 948 c.c., bensì azione volta a contestare l'illegittima occupazione del suo sottotetto, richiamando la presunzione di proprietà di cui alla norma dell'art. 934 c.c. in base alla quale il sottotetto posizionato nella colonna d'aria sopra l'immobile di proprietà ricade anch'esso nella proprietà del medesimo soggetto; ha contestato, altresì, il valore delle planimetrie catastali successivamente elaborate

della convenuta; ha eccepito l'intervenuta variazione dello stato dei luoghi in favore della convenuta, non essendoci prova che i locali sarebbero rimasti immutati.

Parte attrice ha quindi concluso come in atto di citazione, chiedendo altresì la condanna della convenuta al risarcimento dei danni patiti.

In corso di causa è stata disposta la chiamata in causa ai sensi dell'art. 107 c.p.c. del Condominio (omissis), relativo al fabbricato in questione, che si è reso contumace.

La causa è stata istruita con l'assunzione di prova testimoniale.

Preliminarmente, deve procedersi alla corretta qualificazione delle domande svolte da parte attrice.

Infatti, tale circostanza non emerge chiaramente dagli atti e risulta controversa fra le parti in causa: parte convenuta sostiene la natura petitoria delle azioni svolte da parte attrice, la quale, al contrario, espressamente nega tale qualificazione. D'altra parte, il potere di riqualificazione officiosa della domanda o dell'eccezione è prerogativa del Giudice, come chiarito dalla Corte di Cassazione: "Il giudice del merito, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto ad uniformarsi al tenore meramente letterale degli atti nei quali esse sono contenute, ma deve, per converso, avere riguardo al contenuto sostanziale della pretesa fatta valere, come desumibile dalla natura delle vicende dedotte e rappresentate dalla parte istante, mentre incorre nel vizio di omesso esame ove limiti la sua pronuncia alla sola prospettazione letterale della pretesa, trascurando la ricerca dell'effettivo suo contenuto sostanziale" - Cass. n. 23794/11., ma anche, nella specifica materia qui in esame: "Resta comunque salvo il potere del giudice di dare della domanda l'esatta qualificazione giuridica, eventualmente in difformità da quella prospettata dalla parte, ma sempre alla stregua dei fatti allegati, delle ragioni esposte, delle richieste formulate" - Cass. civ., SSUU, Sentenza n. 7305 del 28/03/2014.

Nella fattispecie concreta in esame, le domande formulate in via di tesi e di ipotesi dalla (omissis) sono entrambe relative alla "illegittima occupazione" del sottotetto per cui è causa da parte della società convenuta, in difetto di qualsivoglia titolo giustificatore.

Si tratta, pertanto, di azioni in prima battuta volte all'accertamento della legittimità o meno dell'occupazione di fatto del bene ad opera di parte convenuta.

Quanto alla conseguente corretta qualificazione giuridica di tale azione, occorre fare riferimento al dettato della Suprema Corte, la quale a Sezioni Unite nel 2014 ha stabilito che: "Il possibile fondamento delle azioni personali di restituzione è stato generalmente ravvisato con le sentenze 11 luglio 1981 n. 4507, 7 gennaio 1983 n. 120, 8 luglio 1983 n. 4589, 28 gennaio 1985 n. 439, 30 novembre 1987 n. 7162, 26 giugno 1991 n. 7162, 19 luglio 1996 n. 6522, 19 febbraio 2002 n. 2392, 4 luglio 2005 n. 14135 - nell'invalidità oppure nell'esaurimento, per risoluzione, per rescissione, per esercizio della facoltà di recesso, per decorso del termine di durata e così via, del rapporto di natura obbligatoria in base al quale il convenuto aveva conseguito la detenzione del bene. Ma talvolta, in alternativa a queste ipotesi - con le sentenze 5 aprile 1984 n. 2210, 12 ottobre 2000 n. 13605, 27 febbraio 2001 n. 2908, 10 dicembre 2004 n. 23086, 26 febbraio 2007 n. 4416, 23 dicembre 2010 n. 26003, 24 luglio 2013 n. 17941 - è stato inserito nel novero dei presupposti delle azioni di cui si tratta anche quello dell'assoluta iniziale insussistenza di qualsiasi titolo giustificativo della disponibilità materiale della cosa da parte del convenuto.

L'opposto principio è stato enunciato con le sentenze 4 luglio 2005 n. 14135 e 14 gennaio 2013 n. 705, secondo cui non è azione di restituzione ma di rivendicazione quella "con cui l'attore chieda di dichiarare abusiva ed illegittima l'occupazione di un immobile di sua proprietà da parte del convenuto, con conseguente condanna dello stesso al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni da essa derivanti, senza ricollegare la propria pretesa al venir meno di un negozio giuridico, che avesse giustificato la consegna della cosa e la relazione di fatto sussistente tra questa ed il medesimo convenuto".

A quest'ultimo indirizzo occorre aderire, poiché l'azione personale di restituzione, come già dice il nome, è destinata a ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire una cosa che è stata in precedenza volontariamente trasmessa dall'attore al convenuto, in forza di negozi quali la locazione, il comodato, il deposito e così via, che non presuppongono necessariamente nel *tradens* la qualità di proprietario. Essa non può pertanto surrogare l'azione di rivendicazione, con elusione del relativo rigoroso onere probatorio, quando la condanna al rilascio o alla consegna viene chiesta nei confronti di chi dispone di fatto del bene nell'assenza anche originaria di ogni titolo. In questo caso la domanda è tipicamente di rivendicazione, poiché il suo fondamento risiede non in un rapporto obbligatorio personale *inter partes*, ma nel diritto di

proprietà tutelato *erga omnes*, del quale occorre quindi che venga data la piena dimostrazione, mediante la *probatio diabolica*. La tesi opposta comporta la sostanziale vanificazione della stessa previsione legislativa dell'azione di rivendicazione, il cui campo di applicazione resterebbe praticamente azzerato, se si potesse esercitare un'azione personale di restituzione nei confronti del detentore sine titulo” – Cass. civ., SS.UU., Sentenza n. 7305 del 2014, in parte motiva.

L'azione esercitata ha quindi natura petitoria.

Quanto alla formulata eccezione di difetto di legittimazione attiva, posto che essa a ben vedere “pone in realtà non una questione di legittimazione ad agire ma di titolarità sostanziale del diritto (al rilascio dell'immobile)” (cfr. Cass. civ., SS.UU., sentenza n. 2951 del 2016), non trattasi di una questione di rito, bensì di una questione di merito ed assieme ad esso va affrontata.

Quanto appunto al merito delle domande attoree, occorre procedere alla verifica dell'assolvimento dell'onere probatorio gravante su parte attrice.

E' noto, infatti, che ai fini della prova del diritto di proprietà dell'attore, occorre dare prova di un acquisto a titolo originario della proprietà. Si veda, sul punto, *ex multis*: “In tema di azione di rivendicazione, ai fini della “*probatio diabolica*” gravante sull'attore, lo stesso è tenuto a provare la proprietà risalendo, anche attraverso i propri danti causa, fino all'acquisto a titolo originario, ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione - Cass. civ. Sez. VI - 2 Ord., 10/09/2018, n. 21940.

Nel caso in oggetto il problema dell'acquisto a titolo originario non si pone peraltro poiché il (omissis), medesimo dante causa delle parti, è stato unico proprietario del fabbricato in cui si trovano le unità immobiliari in oggetto per atto di aggiudicazione del Tribunale fin dal 7.5.1915: anche ai sensi dell'art. 1146 c.c. è quindi ampiamente maturato il termine per l'usucapione ventennale.

Si pone invece la questione di verificare se alla data in cui è stato concluso l'atto di compravendita di (omissis), il 9.9.02, l'intervento sul sottotetto fosse stato già eseguito o meno: parte attrice lamenta infatti l'illegittima occupazione da parte di (omissis) di una parte del sottotetto sovrastante una delle unità immobiliari acquistate.

Osserva al riguardo il giudicante: che nell'atto del 9.9.02, con il quale (omissis) ha acquistato, tra le altre porzioni, anche le due unità immobiliari ad uso ufficio situate al quarto piano, non è stato menzionato né descritto il sottotetto; che nella planimetria catastale allegata all'atto non è stato rappresentato il sottotetto; che con l'atto del 27.2.02 (omissis) per quanto qui interessa ha acquistato piccolo vano di passaggio con accesso dal quarto piano con funzione di collegamento tra l'edificio con accesso da (omissis) e quello di (omissis); che tale porzione di fabbricato è rappresentata nel foglio di mappa (omissis), particella (omissis) sub. (omissis) e classificata come F/4 in quanto incapace di produrre reddito; che nella planimetria allegata a tale contratto risulta rappresentato esclusivamente il vano posto al piano quarto e non il corrispondente sottotetto che in parte sovrasta una delle unità immobiliari acquistate da (omissis); che in nuova planimetria del 2004 realizzata per (omissis) il vano del piano 4 è rappresentato con botola di apertura per accesso al sottotetto ed è rappresentato altresì il sottotetto in parte sovrastante una delle unità di (omissis).

E' stato sentito come teste (omissis), geometra, che ha redatto le planimetrie in atti relative alle compravendite del 2002 e quella successiva del 2004 riguardo alle unità immobiliari (omissis).

Il (omissis) ha dichiarato: di aver fatto una verifica di conformità catastale nel 2002 per conto del (omissis) allora proprietario dell'immobile; di aver fatto un sopralluogo per tutte le unità immobiliari per verificare se vi fosse corrispondenza tra la situazione di fatto e le piantine catastali; che il sottotetto presentava le caratteristiche attuali ed aveva accesso tramite botola dal corridoio dell'unità immobiliare acquistata da (omissis); che lo spazio del vano sottotetto era unico senza muri di delimitazione interna e con differenza di quota risetto alla parte sovrastante la proprietà (omissis); di aver provveduto nel 2004 a redigere la nuova planimetria che rappresenta il sottotetto; di non aver rappresentato il sottotetto nella planimetria del 2002 relativa all'atto di (omissis) poiché lo stesso, secondo la metodologia rappresentativa dall'Agenzia del Territorio, non doveva essere rappresentato in quanto non abitabile; che dall'unità immobiliare acquistata da (omissis) non via era accesso al sottotetto.

Riguardo alla proprietà del sottotetto nei condomini è noto che attualmente l'art. 1117 n. 2) c.c., come sostituito dall'art. 1 comma 1 L. n. 220/12, stabilisce che se il contrario non risulta dal titolo i sottotetti sono di proprietà comune se destinati per le caratteristiche strutturali e funzionali all'uso comune.

Si tratta peraltro di disposizione che tiene conto dell'orientamento già espresso in proposito dalla giurisprudenza col principio che in tema di condominio, per accertare la natura condominiale o pertinenziale del sottotetto di un edificio, in mancanza del titolo, deve farsi riferimento alle sue caratteristiche strutturali e funzionali, sicché, quando il sottotetto sia oggettivamente destinato, anche solo potenzialmente, all'uso comune o all'esercizio di un servizio di interesse comune, può applicarsi la presunzione di comunione ex art. 1117 1° comma c.c.; viceversa allorché il sottotetto assolva all'esclusiva funzione di isolare e proteggere dal caldo, dal freddo e dall'umidità l'appartamento dell'ultimo piano e non abbia dimensioni e caratteristiche strutturali tali da consentirne l'utilizzazione come vano autonomo, va considerato pertinenza di tale appartamento (Cass. 6143/17; Cass. 3860/20).

Orbene, risulta dagli atti che il solaio che divideva l'unità immobiliare ora (omissis) ed il sottotetto era costituito da mero cannicciato e che l'altezza sottotetto non supera i 150 cm in corrispondenza dell'unità immobiliare di (omissis) (v. rel. tecnica doc 5 (omissis)).

Il teste (omissis) ha riferito di altezza di mt 1,80 per il sottotetto (omissis).

Non risultano passaggi di cavi o tubi.

Il locale sottotetto in questione risulta quindi assolvere esclusivamente la funzione di isolamento dell'unità immobiliare sottostante.

In base ai principi enunciati dalla giurisprudenza richiamata il sottotetto del fabbricato in questione risulta costituire pertanto tendenzialmente pertinenza dell'unità immobiliare sottostante.

L'art. 818 c.c. stabilisce che gli atti e rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze se non è diversamente disposto.

Ne consegue che con l'atto di alienazione delle unità immobiliari sottostanti è stato alienato anche il sottotetto quale pertinenza delle stesse.

Nel caso in oggetto, in base agli atti del processo, risulta però che una parte del sottotetto sovrastante l'unità immobiliare acquistata da (omissis) il 9.9.02 era stata già venduta a (omissis) con l'atto del 27.2.02 quale pertinenza del vano di passaggio trasferito: tant'è che proprio da tale unità immobiliare vi era l'accesso diretto a questa parte del sottotetto. Accesso invece mancante dall'unità immobiliare acquistata da (omissis).

D'altronde (omissis) non ha fornito alcuna prova concreta che i lavori che hanno interessato in parte il sottotetto sovrastante la sua unità immobiliare siano stati realizzati dopo il 9.9.02.

E' quindi plausibile che l'intervento che ha interessato il sottotetto sia stato realizzato in occasione dei lavori di frazionamento del fabbricato antecedenti agli atti di vendita del 2002, lavori menzionati nello stesso atto di vendita (omissis) ed anche nella relazione di cui al doc. 5 (omissis).

Le domande proposte da (omissis), che presuppongono, sia in tesi che nella formulazione in ipotesi, l'intervenuta illegittima occupazione da parte di (omissis) dell'area di sottotetto sovrastante l'unità immobiliare acquistata dall'attrice, devono pertanto essere respinte.

L'oggettiva incertezza riguardo allo stato del sottotetto alla data degli atti di vendita, derivante dalle planimetrie catastali che all'epoca non ne hanno fornito rappresentazione grafica, giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale respinge le domande proposte da (omissis) srl nei confronti di (omissis) srl; compensa le spese.

Firenze, 12.1.22

Il Giudice

dott. Fiorenzo Zazzeri

Provvedimento redatto in collaborazione col MOT dott. Elisabetta Donelli