

Civile Sent. Sez. 2 Num. 98 Anno 2017

Presidente: MAZZACANE VINCENZO

Relatore: D'ASCOLA PASQUALE

Data pubblicazione: 04/01/2017

**SENTENZA**

sul ricorso 19309-2011 proposto da:

BIRTOLO CARMELA BRTCML72L57D761D, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA COSSERIA 2, presso lo studio dell'avvocato ALFREDO PLACIDI, rappresentata e difesa dall'avvocato SILVESTRO LAZZARI;

- **ricorrente** -

**contro**

2016

939

TAURISANO ROSSELLA C.F.TRSRSL75S58D761L, URSO ANGELO C.F.RSUNGL74E30C424H, elettivamente domiciliati in ROMA, V. L. MANTEGAZZA 24, presso lo studio dell'avvocato MARCO GARDIN, rappresentati e difesi

1/4

Corte di Cassazione - copia non ufficiale  
Carmela Birtolo  
Rosella Taurisano  
Angelo URSO  
Silvestro Lazzari  
Alfredo Placidi  
Marco Gardin  
15/1/17

dall'avvocato ALFREDO CAGGIULA;

- **controricorrenti** -

avverso la sentenza n. 457/2011 della CORTE D'APPELLO  
di LECCE, depositata il 16/05/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 28/04/2016 dal Consigliere Dott. PASQUALE  
D'ASCOLA;

udito l'Avvocato Vittoria Capuano con delega  
depositata in udienza dell'Avv. Silvestro Lazzari  
difensore della ricorrente che ha chiesto  
l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. CARMELO CELENTANO che ha concluso per  
il rigetto del ricorso.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## Esposizione del fatto

La lite concerne la violazione in materia di distanze lamentata dalla ricorrente Carmela Birtolo, proprietaria di un immobile sottostante a quello dei convenuti Urso e Taurisano, in relazione alle opere da essi eseguite nel 2002 in un immobile sito in Francavilla Fontana via Forgia 48.

Le opere di cui chiedeva la demolizione consistevano: nella demolizione della porzione di fabbricato adiacente il cortile di piano terra con arretramento d, a livello di primo piano, del muro perimetrale nell'ampliamento di una centrale termica al secondo piano; nella presenza "all'interno delle chiostrine a p.p." di travi in cemento armato; nell'intera porzione di fabbricato posta a distanza dai confini inferiore a tre metri; nonché condanna a demolire la parte del fabbricato elevata oltre i limiti massimi assentiti e risarcimento danni.

Il tribunale di Brindisi sez. Francavilla Fontana rilevava che lo spazio aperto a piano terra di proprietà dell'attrice era da reputare una chiostrina, vano rispetto al quale ravvisava violazione delle distanze legali quanto alla porzione di centrale termica posta al secondo piano, di cui ordinava la demolizione per m. 5,40.

Ordinava altresì la demolizione delle pareti delle chiostrine primo piano poste a mt 2,80 dal corpo di fabbrica a confine; la demolizione del parapetto di queste due chiostrine; la demolizione del parapetto del lastrico solare, parapetti da sostituire con ringhiere.

La Corte di appello di Lecce, investita di appello dei convenuti su tutti i profili, il 16 maggio 2011 ha disposto il rinnovo della consulenza e, all'esito, ha accolto integralmente il gravame.

Birtolo ha proposto ricorso per cassazione, notificato il 14 luglio 2011 con otto motivi.

Gli intimati hanno resistito con controricorso.

## Ragioni della decisione

2) La Corte salentina ha accolto l'appello sul rilievo, fatto valere che la Birtolo non era legittimata alle domande di riduzione in pristino in materia di distanze

nei confronti dei convenuti, in quanto proprietaria dell'immobile sottostante e non proprietaria del fabbricato frontista.

Ha negato che i parapetti violassero qualsiasi distanza legale.

Il primo motivo di ricorso lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 872 e 873 cc

L'attrice ricorrente sostiene che nella qualità di titolare del diritto di proprietà del "fondo finitimo" alla costruzione degli odierni appellanti essa ha "ex art. 873 c.c. la titolarità piena di far valere i diritti che ne derivano e in particolare il rispetto della distanza minima legale".

Deduce che è proprio interesse recuperare aria e luce che sono state limitate dall'edificazione dei coniugi Urso, che violerebbe "le norme sulla minima distanza legale dalla chiostrina a piano terra.

La censura non merita accoglimento.

Come ha rilevato il controricorso, essa prospetta un profilo nuovo dell'azione proposta, giacchè dalla sentenza di appello emerge che l'attrice aveva agito facendo valere la titolarità dell'abitazione posta al piano sottostante quello sopraelevato e modificato dai convenuti.

In relazione a tale presupposto di fatto, è ineccepibile il rilievo della Corte di appello: le distanze legali che sono oggetto della previsione di cui all'art. 873 sono le distanze lineari; pertanto non possono essere considerate nè quelle che si misurano in verticale tra una porzione di fabbricato sottostante e quella sovrastante, né le consistenze immobiliari appartenenti ai soggetti terzi.

Il rilievo non è stato adeguatamente smentito dalla memoria Birtolo, che continua a lamentare le conseguenze lesive delle opere denunciate, ma non coglie la rilevanza della propria omissione nel non aver mai indicato, visto che la Corte di appello non ne parla, in quale modo essa abbia fatto inequivocabilmente valere la violazione delle distanze legali da un'area di proprietà esclusiva.

2.1) La Corte di appello ha errato nel definire come carenza di legittimazione attiva la condizione scaturita dall'insussistenza della qualità di frontista in capo all'appellata.

Più correttamente avrebbe dovuto rilevare la carenza del diritto sostanziale controverso, rilievo che può essere svolto d'ufficio, come di recente ritenuto dalle Sezioni unite della Corte Suprema (SU n. 2951/16) e che può essere oggetto di mera difesa esposta dal convenuto in ogni fase del giudizio, trattandosi di contestazione de un elemento costitutivo della domanda che attiene al merito della decisione.

Trova così rigetto anche il *sesto motivo*, che denuncia violazione degli artt. 167, 183 e 345 c.p.c. in relazione al rilievo di difetto di legittimazione attiva.

3) Il *secondo motivo* denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 880 c.c., norma che definisce la presunzione di comunione del muro divisorio.

Si sostiene che la Birtolo sarebbe legittimata anche quale comproprietaria di un muro frontista che fungerebbe da divisorio tra due chiostrine al piano terra e che il muro sarebbe fino alla sua sommità comune tra la Birtolo e altri proprietari Calabretti-Palmisano.

Il motivo di ricorso è inammissibile per difetto di specificità.

Nelle poche righe in cui è composto si dice che sarebbe stato accertato "in corso di causa" che esisterebbe detto muro e che la Birtolo ne sarebbe proprietaria. In tal modo però si demanda alla Corte di Cassazione la necessaria rivalutazione degli atti di causa per comprendere dove, come e quando sia stata fatta valere la violazione delle distanze in relazione a questo muro. Di esso non viene specificato in quale atto e in qual modo sia stato accertato che sarebbe di comproprietà Birtolo.

La sentenza di appello infatti, dopo aver rilevato che la proprietaria sottostante non può avanzare pretese per distanze lineari, ha negato che sussista violazione che legittimi alla riduzione in pristino in relazione a una sola consistenza immobiliare: a) le pareti sul confine ovest del fabbricato delle parti in causa, pareti che sono di proprietà Calabretti-Palmisano Ha poi escluso che sia illegittima la trave di cemento armato avente funzione statica, che è in comproprietà Calabretto-Birtolo quanto al piano terra e Calabretto-Urso quanto al piano primo, perché anch'essa prospiciente a un muro di proprietà di soggetti estranei alle parti in causa.

Il motivo di ricorso, come il precedente, impinge quindi, anche per la sua inammissibile formulazione, nel rilievo di novità che parte controricorrente ha sollevato. Opportunamente i resistenti hanno poi fatto osservare, con precisi rilievi giurisprudenziali, che per vantare il rispetto delle distanze da un muro divisorio che assume di proprietà comune a terzi, la ricorrente avrebbe dovuto documentare a tempo debito la operatività della presunzione di comunione.

4) Il terzo motivo lamenta l'addebito delle spese di ctu e ctp, in contrasto con l'ammissione al gratuito patrocinio ottenuta dalla Birtolo nel 2010.

Il motivo è infondato, poiché le spese in caso di soccombenza dell'assistito sono prenotate a debito, ma, per esserlo, deve essere stabilito dal giudicante a chi debbano far carico (Cass. 14888/12).

5) Il quarto e quinto motivo attengono a violazioni del regolamento edilizio comunale. Il quarto ha riguardo ai parapetti, di cui in sentenza è stato escluso che violino una distanza legale, ancorchè provochino una diminuzione dell'area.

Il rigetto della domanda che li riguarda è da confermare per le ragioni già svolte. Non esiste infatti una distanza lineare che sia stata fatta idoneamente valere ex art. 873 c.c., ditalchè la questione è assorbita nelle precedenti osservazioni.

Altrettanto deve dirsi per la distanza legale delle chiostrine Urso rispetto alla chiostrina al piano terra.

6) Incomprensibile è poi il settimo motivo:

si osserva colà che la sentenza del tribunale aveva condannato i convenuti alla demolizione di un ampliamento della centrale termica e che su questo punto non vi sarebbe cenno in motivazione.

Non viene detto altro. Manca quindi un'indicazione di quale sia l'interesse della ricorrente a far valere una censura di omessa motivazione. Se Birtolo non si duole di un pregiudizio della sentenza di appello, la censura, che resta priva di aggancio concreto e apprezzabile, è inammissibile.

7) Fondato è invece l'ottavo motivo, relativo all'omessa motivazione (*recte* omessa pronuncia, come è inequivocabile) in ordine al risarcimento del danno cagionato da controparte.

Tale profilo è di notevole rilievo in causa, atteso che eventuali violazioni addebitabili al comproprietario del piano superiore che abbia, sopraelevando o ampliando o modificando il proprio fabbricato, arrecato nocumento al proprietario del piano inferiore trovano ristoro, ex art. 872 c.c. prima parte, nella tutela risarcitoria. E' questa la distinzione sulla base della quale la sentenza di appello ha respinto la tutela ripristinatoria.

La sentenza nulla dice però in ordine al risarcimento danni, sebbene nelle conclusioni di parte Birtolo, riportate in epigrafe della sentenza impugnata, si legga che in via di appello incidentale (come deduce il ricorso) era stato chiesto il risarcimento dei danni subiti "a causa delle opere edilizie illecite".

Discende da quanto esposto l'accoglimento dell'ottavo motivo di ricorso e il rigetto degli altri.

La sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto e la causa rimessa ad altra sezione della Corte di appello di Lecce anche per la liquidazione delle spese di questo giudizio.

PQM

La **Corte rigetta i primi sette motivi di ricorso.**

**Accoglie l'ottavo.** Cassa la sentenza in relazione al motivo accolto e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Lecce, che provvederà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio della 2<sup>a</sup> sezione civile tenuta il 28 aprile 2016