

Civile Ord. Sez. 2 Num. 29222 Anno 2019

Presidente: ORILIA LORENZO

Relatore: SABATO RAFFAELE

Data pubblicazione: 12/11/2019

ORDINANZA

• sul ricorso 11604-2016 proposto da:

SILVESTRI IVONNE TECLA, SILVESTRI MARIA LUISA
MARGHERITA, CAPITANI MARIA GISELLA, elettivamente
domiciliati in ROMA, VIA LATINA 99, presso lo studio
dell'avvocato FERNANDO NATALE, che li rappresenta e
difende unitamente all'avvocato MARIO ULISSE PORTA;

- **ricorrenti** -

contro

2018
3790
JL
GAMMA SAS DI SILVESTRI CLAUDIO E C in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA CICERONE, 44, presso lo studio
dell'avvocato GIOVANNI CORBYONS, rappresentato e difeso
dagli avvocati MARA SABBADINI, DARIO MARCHESI;

- **controricorrente** -
di

avverso la sentenza n. 281/2016 della CORTE D'APPELLO
di MILANO, depositata il 27/01/2016;
udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 05/12/2018 dal Consigliere RAFFAELE
SABATO.





5.12.2018 n. 5 RG 11604-2016

Rilevato che:

1. La società Gamma s.a.s. di Silvestri Claudio & C. ha convenuto innanzi al tribunale di Sondrio Ivonne Tecla Silvestri, Maria Luisa Margherita Silvestri e Maria Gisella Capitani lamentando che queste ultime, le prime due proprietarie e la terza parziale usufruttuaria di un fabbricato posto al confine con il piazzale con edificio, appartenenti all'attrice che vi esercita un albergo, in Livigno, avessero nel corso di lavori di ristrutturazione del proprio immobile, tra l'altro e per quanto ancora rileva:

- realizzato una porta al pian terreno, aperta sul piazzale, mediante la quale le convenute transitavano senza averne diritto;
- sopraelevato la quota del tetto, realizzando una porta-finestra e un antistante terrazzino nel sopralzo, in violazione delle distanze per le costruzioni dai confini "in loco" vigenti e delle distanze per l'apertura di vedute;
- occupato il piazzale attraverso il parcheggio di automobili e biciclette e il deposito di altri materiali.

2. Nel resistere le signore Silvestri e Capitani hanno evidenziato essere stato il complesso in titolarità di un comune dante causa ed essere Claudio Silvestri il germano delle signore Silvestri e figlio - al pari di queste ultime - della signora Capitani. Avendo le convenute altresì chiesto in via riconvenzionale l'accertamento del loro diritto a mantenere le opere per destinazione del padre di famiglia e per usucapione, nonché a far uso del piazzale, il tribunale di Sondrio con sentenza del 01/04/2014 ha accolto parzialmente la domanda attrice condannando le convenute medesime a chiudere la porta al piano terra, ad arretrare le vedute e a cessare il transito e l'uso del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



piazzale, rigettando invece la domanda di arretramento del sopralzo per violazione delle distanze legali; ha rigettato le domande riconvenzionali correlative alle domande attrici accolte.

3. Adita dalle signore Silvestri e Capitani, con sentenza ex art. 281 *sexies* cod. proc. civ. resa il 27/02/2016 la corte d'appello di Milano ha rigettato il loro appello principale; ha invece parzialmente accolto l'appello incidentale della Gamma s.a.s. e, in riforma della sentenza di primo grado, ha dichiarato in violazione della distanza di m. 5 dal confine il sopralzo del tetto, posto all'inferiore distanza di m. 2,80, pronunciando condanna all'arretramento.

4. Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso su sette motivi Ivonne Tecla Silvestri, Maria Luisa Margherita Silvestri e Maria Gisella Capitani, cui ha resistito la società Gamma s.a.s. di Silvestri Claudio & C. con controricorso. Le parti hanno depositato memorie.

Considerato che:

1. Con il primo motivo si deduce omesso esame, nonché omessa e contraddittoria motivazione sul fatto storico dell'esistenza della porta di accesso al fabbricato da epoca antecedente al 1993; si lamenta la mancata ammissione di prove testimoniali decisive sul punto; si denuncia violazione degli artt. 1061 e 1158 cod. civ. per non avere la corte d'appello ritenuto costituita servitù di passaggio sul piazzale attraverso la predetta porta (e in precedenza mediante vano parzialmente seminterrato). Si sostiene in particolare – avendo la corte d'appello ritenuto l'esistenza degli accessi solo dal 1993, da epoca cioè non utile ai fini dell'usucapione – che il giudice del precedente giudizio possessorio avesse ritenuto che la porta esistesse non dal 1993, ma "quantomeno" dal 1993, non essendo dirimenti le planimetrie in atti, in presenza di fotografia della vecchia porta e mancata ammissione di prove per testi in argomento.



2. Con il secondo motivo si lamenta omesso esame di fatto decisivo in relazione alla costituzione per destinazione del padre di famiglia della servitù di accesso; si lamenta la mancata ammissione di prove testimoniali decisive sul punto. In particolare, risulterebbe dagli atti che l'intero complesso, compreso l'Hotel Helvetia, sia stato di proprietà di Ernesto Silvestri, dante causa delle parti ed usufruttuario fino al 1993, epoca alla quale si riscontrava uno stato dei luoghi corrispondente alla servitù, come riconosciuto dalla corte d'appello che avrebbe dovuto quindi esaminare il venire ad esistenza della servitù stessa per costituzione del padre di famiglia. Anche in relazione a ciò si censura la mancata ammissione di prove orali.

3. Con il terzo motivo si deduce violazione dell'art. 1067 cod. civ. per avere ritenuto la corte d'appello l'aggravamento di servitù di passaggio sul piazzale mediante la modifica della porta, ora dante pieno accesso allo stabile, prima idonea invece solo a condurre a un piccolo deposito di bombole del gas e legna da ardere. Si indica che, in base agli atti, anche precedentemente dal deposito si accedeva all'interno, con analogia di peso fondiario, tenuto conto delle caratteristiche del piazzale, ampio e frequentato da numerosi avventori, per cui il suo uso non era stato significativamente compresso.

4. Con il quarto motivo si denuncia violazione dell'art. 905 cod. civ. per avere erroneamente la corte d'appello ritenuto esercitabile dal terrazzo di copertura la veduta anche in assenza di ringhiera; quanto poi alla porta finestra, la cui posizione non è stata esaminata per assorbimento rispetto alla condanna all'arretramento dell'intera sopraelevazione (capo questo oggetto di ricorso con separata censura), si sostiene la sua collocazione a distanza legale (m. 2,80 dal confine per la veduta diretta e oltre 90 cm. per la veduta obliqua).

5. Con il quinto motivo si denuncia violazione degli artt. 825 e 1052 cod. civ. Si sostiene che la corte d'appello abbia limitato il suo



apprezzamento - in ordine alla deduzione della natura pubblica del piazzale o del sussistere di una servitù di passaggio di uso pubblico su esso - alla mera constatazione del non esservi prova di una acquisizione da parte della p.a. o dell'inserimento tra le pubbliche strade, senza considerare la *dicatio ad patriam* desumibile dalle caratteristiche della piazza medesima.

6. Con il sesto motivo si deduce violazione dell'art. 873 cod. civ. per essere stata considerata dalla corte d'appello integrativa della stessa norma la disposizione del regolamento del comune di Livigno che prevede la distanza dal confine di 5 m., pur in presenza della deroga stabilita dalla l. reg. Lombardia n. 15 del 1996 e succ. mod. in tema di recupero dei sottotetti.

7. Con il settimo motivo si censura la nullità del procedimento per violazione dei principi del giusto processo e per omessa ammissione, senza motivazione, delle istanze istruttorie formulate in ordine all'esistenza della porta di accesso al fabbricato, nonché alle caratteristiche del piazzale e dei locali; ciò anche in collegamento con i precedenti motivi primo, secondo, terzo e quinto.

8. Il primo, il secondo, il terzo e il quinto motivo sono assorbiti in base all'esame, come in appresso, del settimo motivo; quest'ultimo si richiama espressamente a quelli, nella parte in cui l'esame di taluni fatti costitutivi dei diritti azionati, decisivi, oggetto delle censure per violazione di norme e principi di diritto sostanziale, risulta omesso; onde la fondatezza del settimo motivo, comportando la cassazione con rinvio, imporrà al giudice di merito un rinnovato esame esteso a tutti i profili trattati nei motivi assorbiti.

8.1. In particolare, il settimo motivo deve ritenersi ammissibile quale denuncia di omesso esame, in quanto contenente gli elementi minimi imposti dal n. 5) dell'art. 360, primo comma, cod. proc. civ, come chiariti da Cass., sez. U, n. 8053 del 2014.



L'esame del motivo non è precluso dalla disposizione di cui all'art. 348 *ter*, ultimo comma, cod. proc. civ., applicabile al procedimento per essere stato il giudizio d'appello introdotto dopo l'11.9.2012. Invero, tale disposizione – in base alla quale non sono impugnabili per omesso esame di fatti storici le sentenze di secondo grado che confermano la decisione di primo grado (c.d. "doppia conforme") – presuppone che nei due gradi di merito le "questioni di fatto" siano state decise in base alle "stesse ragioni" (cfr. comma quarto dell'art. 348 *ter* cit.); ciò che non avviene ^{guarda} come, nel caso di specie, l'informazione probatoria sia del tutto mancata (cfr., mutatis mutandis, Cass. n. 28174 del 2018, ove l'informazione era stata travisata).

8.2. I fatti storici che rilevano, indicati nel motivo da leggersi congiuntamente alle altre censure richiamate, che hanno costituito oggetto di discussione tra le parti e hanno carattere decisivo, sono tra l'altro quelli:

- dell'epoca di esistenza della vecchia porta (v. primo motivo);
- della situazione dei luoghi in relazione a come lasciata dal comune dante causa (v. secondo motivo);
- del collegamento con il piazzale tramite la porta, in relazione ai mutamenti delle funzioni dei locali interni (v. terzo motivo);
- delle caratteristiche del tessuto viario includente il piazzale e le strade adiacenti, inclusa la loro destinazione pubblica (v. quinto motivo).

8.3. Trattasi, come emerge dal riepilogo che precede, di fatti storici investiti dal istanze istruttorie non ammesse, dedotte dalle odierne ricorrenti. Ciò è coerente con la proposizione, da parte delle ricorrenti, di una censura sostanzialmente riconducibile, come detto, all'omesso esame. Infatti il sindacato di omesso esame di un fatto controverso di cui all'art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c. si estende, per giurisprudenza cui va data continuità (v. Cass. n. 12884 del 2016; n.



28217 del 2017; n. 1748 del 2018; n. 24619 del 2018), ai profili relativi al governo del diritto alla prova circa il fatto storico medesimo; per cui il vizio ricorre (come ha chiarito Cass. n. 12884 del 2016 cit.) quando da un lato venga addossato a una parte un onere probatorio e d'altro lato venga preclusa alla parte stessa la possibilità di assolvervi sulla base di motivazioni apparenti o perplesse.

8.4. Con la sentenza impugnata la corte d'appello, alla p. 2, ha espressamente dato atto della riproposizione da parte delle odierne ricorrenti delle "istanze istruttorie formulate in primo grado" (riprodotte alla p. 30 ss. del ricorso per cassazione). Nessuna statuizione ha però adottato sul punto.

8.5. Inoltre, trattando delle questioni investite dall'odierno primo motivo di ricorso per cassazione, i giudici di merito hanno fondato la loro decisione sul "complesso delle risultanze documentali" e sulla c.t.u., "anche a prescindere dalle contestate risultanze testimoniali" (p. 5 dell'impugnata sentenza). Senonché, come le ricorrenti non mancano di stigmatizzare (p. 11 del ricorso per cassazione), nel procedimento non sussiste alcuna "risultanz[a] testimonial[e]", per non essere stati ascoltati i testi, pur indicati, né in primo né in secondo grado. Le valutazioni probatorie, dunque, al di là dell'esser state investite dalla svista rilevata, sono dunque state effettivamente incomplete per mancato governo del diritto alla prova sui sottostanti fatti storici decisivi.

8.6. Analogo rilievo può svolgersi, *mutatis mutandis*, per le valutazioni probatorie inerenti all'accesso al deposito parzialmente seminterrato (v. odierno secondo motivo anche in relazione al terzo, e v. p. 6 della sentenza impugnata), per essersi sul punto la corte d'appello riportata espressamente alle statuizioni adottate in ordine all'epoca di apertura della porta.



8.7. Quanto, poi, in generale, all'uso pubblico del piazzale (tema trattato alla p. 7 della sentenza impugnata), la corte d'appello afferma non essere l'area "inserita nella rete viaria", a fronte di istanza istruttoria che, anche in collegamento con il rilievo dei luoghi, tendeva a far emergere avere i fabbricati la numerazione civica della via Plan cui l'area sarebbe collegata (cfr. istanza istruttoria n. 23 trascritta alla p. 32 del ricorso per cassazione).

8.8. Sulle altre istanze istruttorie, di cui pure aveva dato atto, infine, la corte d'appello nulla dice, neppure per dichiararle succintamente irrilevanti o inammissibili; né l'irrilevanza può desumersi dalla rilevanza attribuita ad altre fonti di convincimento, risultando appunto omesso l'esame dei fatti storici sottostanti le deduzioni predette.

8.9. Si è dunque al cospetto di provvedimento giurisdizionale che dapprima non esamina le prove (nel caso di specie, testimoniali) indicate dalla parte e, poi, rigetta le domande ad esse correlate ritenendole indimostrate; ciò che – in base alla giurisprudenza predetta – viola il minimo costituzionale richiesto per la motivazione *sub specie* di omesso esame dei fatti storici correlati alle istanze istruttorie (così ad es. Cass. n. 9952 del 2017).

9. Così accolto il settimo motivo con assorbimento di quelli da esso richiamati, va ulteriormente dichiarato assorbito, per altra via, il quarto motivo. Invero, il rigetto – come di seguito va a emergere – del sesto motivo, andando a consolidare la pronuncia di arretramento del soprizzo, rende non necessario pronunciare su questioni inerenti alle vedute dallo stesso soprizzo esercitate.

10. Va infine rigettato, come appena premesso, il sesto motivo.

10.1. Secondo le ricorrenti, la corte d'appello sarebbe incorsa in violazione dell'art. 873 cod. civ., laddove ha ritenuto integrativa della stessa norma la disposizione del regolamento del comune di Livigno che prevede la distanza dal confine di 5 m., pur in presenza della deroga stabilita dalla l. reg. Lombardia n. 15 del 1996 e succ. mod. in



tema di recupero dei sottotetti (la legge regionale n. 15 del 1996, già oggetto di modifiche, è stata abrogata e rifusa nella legge regionale n. 12 del 2005, poi in parte riformulata dalla legge regionale n. 20 del 2005, la fattispecie di rilievo restando però disciplinata dall'art. 64, comma 2, della legge regionale n. 12 del 2005)

10.2. L'infondatezza del motivo discende dal fatto che, come le stesse ricorrenti deducono (p. 26 del ricorso), "l'art. 64, comma 2, della legge della regione Lombardia n. 12 del 2005 ... deve interpretarsi nel senso che esso consente la deroga dei parametri e indici urbanistici ed edilizi di cui al regolamento locale ovvero al piano regolatore comunale, fatto salvo il rispetto della disciplina sulle distanze tra fabbricati, essendo quest'ultima materia inerente all'ordinamento civile e rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato", per cui "la deroga prevista dalla norma censurata non può ritenersi estesa anche alla disciplina civilistica in materia di distanze, né può operare nei casi in cui lo strumento urbanistico riproduce disposizioni normative di rango superiore, a carattere inderogabile" (così Corte cost., ord. n. 173 del 2011).

10.3. Contro detto argomento, le ricorrenti hanno dedotto che – se non fosse da attribuirsi rilevanza alla deroga – ciò significherebbe che, una volta introdotta una disciplina integrativa delle distanze, il comune non potrebbe più modificarla (come, secondo le ricorrenti, l'avrebbe modificata consentendo l'opera e non derogando alle previsioni della legge regionale). La tesi prova troppo: il comune infatti, come richiamato dalla predetta pronuncia del giudice delle leggi, ben potrebbe modificare la disciplina delle distanze, integrativa dell'art. 873 cod. civ.; ciò però non semplicemente rilasciando titoli abilitativi al recupero di sottotetti, bensì – nel rispetto delle disposizioni normative di rango superiore – modificando le norme dello strumento urbanistico, uniche disposizioni richiamate dall'art.



873 cod. civ. per la loro valenza di regolamento, connotate da generalità e astrattezza.

11. In definitiva la sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio alla corte d'appello di Milano in altra sezione, che si designa anche al fine di governare le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

la corte rigetta il sesto motivo di ricorso, accoglie il settimo e, assorbiti gli altri, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla corte di appello di Milano, in diversa sezione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile, in data 5 dicembre 2018.

Il presidente

(Lorenzo Orilia)

Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, 12 NOV. 2019

Corte di Cassazione - copia non ufficiale