

R.G. n.4044/2016

COPIA X
ITALIA

N. 3341/2017 Sen.
N. 2497/2017 Rep.
N. _____ F.N.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dai magistrati
dott. Walter Sarsella
dott.ssa Daniela Anna Fontana
dott. Guido Garavaglia
ha pronunciato la seguente

Presidente
Consigliere
Consigliere rel.

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n.4044/2016 R.G. promossa in grado d'appello con atto di citazione notificato il 18.9.2016 da

██████████ (C.F. ██████████), residente in ██████████, rappresentata e difesa per delega in atti dall'avv. ██████████ ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. ██████████ in Milano, via ██████████,

appellante

contro

██████████ (C.F. ██████████), residente in ██████████, rappresentata e difesa per delega in atti dall'avv. Matteo Rezzonico presso il cui studio in Rho (MI), Largo Kennedy 1, è elettivamente domiciliata,

appellata

M

decisa in camera di consiglio il 4.7.2017 sulle allegate conclusioni delle parti.

OGGETTO: Altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale non previste nelle altre materie
(art.2043 c.c. e norme speciali)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza impugnata nel presente giudizio, n.1061/2016 del 10.6.2016, pubblicata in pari data, il Tribunale di Busto Arsizio, III^a Sezione civile, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa tra [redacted], attrice, [redacted], convenuta, così decideva:

« Razioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato, l'attrice esponeva:

- di vivere, insieme al marito [redacted], presso l'unità abitativa sita al piano terreno dell'immobile in [redacted], di proprietà della sorella [redacted];
 - che la sorella [redacted] era solita "allevare" piccioni nel cortile della casa abitata da entrambi i nuclei familiari;
 - che, a partire dall'anno 2011, l'attrice accusava una persistente tosse, seguita poi, nel corso degli anni successivi, anche da dispnea e perdita di peso;
 - che il 9 luglio 2012 veniva diagnosticata all'attrice una polmonite da ipersensibilità da antigeni aviari e sovrapposizione infettiva da stafilococco, dovuta, secondo gli esami eseguiti, alla quantità di escrementi di piccione presente nei polmoni della stessa, di molto superiore alla norma;
 - che la malattia dell'attrice era causalmente riconducibile alla condotta della convenuta, in quanto, se quest'ultima non avesse nutrito i piccioni, gli stessi non si sarebbero concentrati nel cortile dell'abitazione e l'attrice non sarebbe stata esposta ai loro escrementi;
 - di aver inutilmente proposto alla sorella in data 9.10.2013 di definire bonariamente la controversia.
- L'attrice conveniva quindi in giudizio la sorella [redacted] e concludeva affinché il Tribunale accertasse la responsabilità della convenuta nella causazione della malattia e la condannasse al pagamento di € 9.444,68 a titolo di risarcimento del danno ai sensi dell'art 2043 c.c.
- Si costituiva la convenuta chiedendo il rigetto della domanda, in particolare sostenendo che la

malattia contratta dall'utrice non fosse causalmente riconducibile alla propria condotta.

Il G.I. ammetteva parzialmente le prove dedotte dalle parti.

All'esito dell'istruttoria, in data 21.4.2016 le parti precisavano le conclusioni ed il Giudice, assegnati i termini di cui all'art 190 c.p.c., tratteneva la causa in decisione.

In via preliminare deve essere disattesa l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata da parte convenuta.

Secondo il consolidato principio giurisprudenziale, la legittimatio ad causam, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante l'indicazione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con conseguente dovere del giudice di verificarne l'esistenza in ogni stato e grado del procedimento. Laddove, invece, la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, si configuri come una questione che attiene al merito della lite, rientra nel potere

dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata contestarla (cfr. Cass. civ., sez.

III, 30 maggio 2008, n. 14468; Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2008, n. 355; Cass. civ., sez. I, 16 maggio

2007, n. 11321; Cass. civ., sez. III, 6 marzo 2006, n. 4796). Di conseguenza, il difetto di titolarità

deve essere provato da chi lo eccepisce e deve formare oggetto di specifica e tempestiva deduzione

in sede di merito, mentre il difetto di legittimazione ad causam deve essere oggetto di verifica,

preliminare al merito, da parte del giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (cfr.

ex pluribus Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2006, n. 20819).

La legittimazione ad agire costituisce allora una condizione dell'azione per ottenere dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa. Appartiene, invece, al merito della causa, concernendo la fondatezza della pretesa, l'accertamento in concreto del fatto che l'attore e il convenuto siano, dal lato attivo e

passivo, effettivamente titolari del rapporto fatto valere in giudizio (cfr. Cass.civ. sez. III, 3 dicembre 1999, n.13467; Cass.civ., sez. I, 24 luglio 1997, n.916; Cass.civ., sez. II, 13 gennaio 1995, n.377). In altri termini, la legittimazione ad agire o a contraddire, quale condizione dell'azione, si fonda sulla mera allegazione fatta in domanda.

In applicazione dei suddetti principi, ritiene il Tribunale che l'eccezione sollevata dalla convenuta attenga al merito della causa. La convenuta, infatti, non contestava che, astrattamente, qualora la prospettazione di parte attrice fosse stata provata, la convenuta poteva essere condannata ex art. 2043 c.c., bensì negava in concreto la sussistenza dei presupposti di cui all'art.2043 c.c. In altre parole, le contestazioni ed eccezioni della convenuta concernevano la fondatezza della pretesa attorea e, dunque, attingevano al merito della controversia.

Quanto al merito, ritiene il Tribunale che le domande attorea debbano essere respinte, non avendo parte attrice assolto al proprio onere probatorio, non avendo, in particolare, provato la condotta causale della convenuta.

La fattispecie prospettata dall'attrice rientra nell'ambito di applicazione dell'art.2043 c.c., in quanto la condotta addebitata alla convenuta esula da qualsiasi rapporto contrattuale. L'inquadramento nell'ambito della suddetta norma comporta precise conseguenze in tema di onere probatorio gravante sulle parti. Più esattamente, incombe sull'attore l'onere di provare in concreto tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito ex art.2043 c.c.: la condotta, il nesso di causalità, il danno ingiusto e l'imputabilità soggettiva (Cass.civ., sentenza n.20943 del 2009; Cass.civ. sentenza n.390 del 2008).

Nel caso concreto, l'attrice non forniva la prova della condotta e, in particolare, non riusciva a dimostrare che la sorella Daniela "allevasse" centinaia di piccioni, spargendo quotidianamente nel cortile mangime per i volatili, che accorrevano a centinaia, con la conseguenza che la convenuta non può essere ritenuta responsabile del danno patito dall'attrice.

La prova della condotta della convenuta non può ritenersi raggiunta in quanto sussiste un

insanabile contrasto tra le deposizioni rese dai testimoni in ordine ai fatti costitutivi della domanda uterca.

Più nel dettaglio:

- **[REDACTED]**, teste dell'attrice ed ex moglie del figlio dell'attrice, dichiarava che la convenuta quotidianamente spargeva nel cortile di casa il mangime per i piccioni. Precitava, inoltre, che prima della convenuta era la madre delle parti a distribuire il mangime. Dichiarava, altresì, che i piccioni presenti nel cortile erano un centinaio;
- **[REDACTED]**, teste di parte attrice, cognata di entrambe le parti ma in buoni rapporti solo con l'attrice, dichiarava che dapprima era la madre delle parti in causa a spargere quotidianamente il mangime per piccioni ma che, successivamente, la convenuta aveva sostituito la madre in tale attività. Dichiarava, inoltre, che vi erano un centinaio di piccioni;
- **[REDACTED]**, teste di parte attrice e titolare del consorzio **[REDACTED]**, dichiarava che la madre della parti era solita recarsi presso il consorzio **[REDACTED]** per acquistare il misto per piccioni, fino a quando aveva cessato a causa delle lamentele dei vicini. Il teste dichiarava, inoltre, che la convenuta acquistava beni presso il consorzio, ma non il misto per piccioni;
- **[REDACTED]**, teste della convenuta, sorella di entrambe le parti ma in buoni rapporti solo con la convenuta, dichiarava dapprima di non avere mai visto la convenuta spargere il mangime dei piccioni nel cortile di casa, e poi, a seguito del confronto con gli altri testi, precisava che la madre delle parti nutriva i piccioni, mentre la convenuta vi provvedeva solo quando la madre era impossibilitata e che dal 2014, cioè da quando la madre era completamente allettata, nessuno nutriva i piccioni. Il teste dichiarava infine che il numero dei piccioni presenti solitamente nel cortile era all'incirca di una decina di esemplari;
- Caputo Roberta, teste di parte convenuta e nipote di entrambe le parti, dichiarava di non aver mai visto la convenuta distribuire mangime per piccioni nel cortile di casa. In merito alla presenza di piccioni presso l'abitazione, la teste dichiarava di averne visti all'incirca dieci, o poco più, e

comunque mai un centinaio;

- [redacted] teste di parte convenuta ed amica di entrambe le parti, dichiarava espressamente che a fornire il cibo ai piccioni era la madre delle parti e non la convenuta. La teste precisava, inoltre, di non avere mai contato i piccioni presenti presso l'abitazione, ma che in ogni caso non ve ne erano cinquanta/cento.

Le dichiarazioni rese dai testi risultano, dunque, in insanabile contrasto e non vi sono elementi che consentano di ritenere più attendibili i testi che confermavano la prospettazione di parte attrice anziché quelli che dichiaravano che era la madre delle parti in causa a spargere il mangime.

Si osserva, infatti, da un lato che le dichiarazioni di alcuni testi ([redacted] e [redacted]) appaiono influenzate dai rapporti di parentela o di amicizia intrattenuti con le parti e che tale circostanza pregiudica fortemente la loro attendibilità, dall'altro che, in ogni caso, le dichiarazioni dei testi che risultano non avere rapporti amicali o di conflittualità con le parti ([redacted] e [redacted]), sono poco compatibili con la ricostruzione fornita dall'attrice.

Ne consegue che la domanda attorea deve essere respinta in applicazione del principio secondo il quale, qualora il Giudice ritenga non superabile il contrasto fra le deposizioni dei testi, l'insufficienza della prova si riverbera in danno della parte sulla quale grava l'onere probatorio. In proposito si rileva, infatti, che secondo la Suprema Corte "Qualora il giudice del merito ritenga sussistere un insanabile contrasto tra le deposizioni rese dai testimoni in ordine ai fatti costitutivi della domanda, fondando l'affatto convincimento non sul rapporto strettamente numerico dei testi, bensì sul dato oggettivo di detto contrasto, ritenuto ostativo al raggiungimento della certezza necessaria alla decisione e, con apprezzamento di fatto congruamente motivato, reputi non superabile il contrasto sulla scorta delle ulteriori risultanze istruttorie, ritenute altresì inidonee a dimostrare la fondatezza della domanda, l'insufficienza della prova si riverbera in danno della parte sulla quale grava l'onere della prova, comportando, conseguentemente, il rigetto della domanda da questa proposta" (Cass. n. 3468/2010. Si vedano anche Cass. n. 6760/2003 e Cass.

n.4773/2015).

Le spese di lite vengono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

La presente sentenza è dichiarata provvisoriamente esecutiva ex lege.

- P. Q. M. -

Il Tribunale di Busto Arsizio, III Sezione Civile, definitivamente pronunciando nella causa fra le parti di cui in epigrafe, ogni altra istanza, domanda ed eccezione disattesa, così provvede:

- 1) rigetta le domande attoree;*
- 2) condanna l'attrice al pagamento in favore della convenuta delle spese processuali che liquida in € 4.500,00 per compenso, oltre IVA, CPA e rimborso forfettario del 15%, ed € 20,00 per spese.*

Busto Arsizio, 10 giugno 2016 ».

Con atto di citazione in appello notificato il 18.9.2016 **[redacted]** conveniva in giudizio avanti alla Corte di Appello di Milano **[redacted]**, impugnando la citata sentenza di cui chiedeva la integrale riforma nel senso e per i motivi addotti in atto (*Erronea valutazione delle prove da parte del giudicante-Mancata prosecuzione nell'assunzione della prova orale richiesta e omesso confronto tra i testi; Sulla necessità di rinnovazione dell'istruttoria svolta in primo grado e, comunque, sulla necessità di sua integrazione*).

Con deposito di comparza in data 13.12.2016 si costituiva in giudizio **[redacted]** che contestava il proposto appello ritenendolo inammissibile e comunque infondato in fatto e diritto, chiedendo le conseguenti declaratorie o il rigetto con conferma della sentenza impugnata, e avanzando in via subordinata istanze istruttorie.

Alla prima udienza dell'1.3.2017 la Corte rinviava la causa per precisazione delle conclusioni; all'udienza del 10.5.2017 le parti precisavano le rispettive conclusioni (*supra* allegate in epigrafe) e la causa era trattata in decisione dalla Corte, che assegnava termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità dell'appello proposte dall'appellata [redacted] per: tardività dell'appello; afferma infatti la parte che gli allegati alla Pec in data 18.9.2016, ovvero l'atto di appello, la procura alle liti e la relata di notifica, non sono stati ricevuti dall'avv. Rezzonico, come segnalato [redacted] con pec in data 19.9.2016, e gli allegati sono stati ritrasmessi solamente in data 27.9.2016, quando i termini per l'appello, pur tenendo conto della sospensione feriale dei termini, erano ormai scaduti, essendo la sentenza impugnata stata notificata all'appellante il 20.7.2016 (cfr comparso di risposta pagg.2-3);

a norma dell'art.342 c.p.c., avendo l'appellante riportato solamente la parte della sentenza che intende appellare, ma non le modifiche richieste (cfr comparso di risposta, pag.4).

1 bis. La prima eccezione risulta infondata a questa Corte.

Da un esame a Console della notifica del 18.9.2016 (effettuata entro il termine per l'impugnazione breve, che scadeva il 19.9.2016), prodotta nel fascicolo telematico, la stessa risulta regolare, con tutti gli allegati (ivi inclusi l'atto di appello, la procura alle liti e la relata di notifica); peraltro gli stessi allegati, per ragioni non chiarite, non si aprono (come di regola avviano) con programmi come Acrobat Reader o Microsoft Outlook, ma sono leggibili senza problemi con programmi dedicati alle verifiche Pec, come Firma OK Postecert o Aruba VeriSign, ampiamente diffusi e scaricabili gratuitamente dai rispettivi siti web, e vi è da precisare che restano di regola non rilevanti le cause tecniche di non conoscibilità della Pec che rientrano nella sfera soggettiva del destinatario della notifica, quali ad es., un guasto al proprio computer o l'utilizzo di software inadeguato che non consenta di averne conoscenza (argomenta da Cass. Pen. 6/3/2015, n.9892, che a sua volta richiama un principio già espresso da Cass. Sez. Un., del 30/10/2002, n.39414).

Anche la seconda eccezione appare infondata.

Invero, pur non essendo sempre lineare l'esposizione dell'atto di appello, ciò nondimeno dai motivi

d'impugnazione formulati dall'appellante, si può ben desumere, sia pur talora implicitamente (ma ammissibilmente: cfr in giurisprudenza di merito Corte App. Bologna 1/10/2013 n.1766 e, in giurisprudenza di legittimità, Cass. 5/2/2015, n.2143), quali parti del provvedimento impugnato - non solo del dispositivo, ma anche della parte motiva - siano censurate, quali modifiche vengano richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado e quali siano le circostanze da cui deriva la violazione di legge, con ciò rispettando l'onere di specificazione dei motivi di cui all'art.342 c.p.c. (come modificato e precisato dall'art.54 comma 1 D.L. 22.6.2012, n.83, conv. con mod. dalla L.7.8.2012, n.134).

§

2. Nel primo motivo d'impugnazione (*Erronea valutazione delle prove da parte del giudice. Mancata prosecuzione nell'assunzione della prova orale richiesta e omesso confronto tra i testi*) l'appellante **[redacted]** si duole della lettura, ritenuta incompleta, degli atti di causa da parte del Giudice di primo grado, che avrebbe condotto ad una decisione diversa della lite, favorevole all'attrice.

Il Giudicante non aveva tenuto conto degli altri elementi probatori - diversi dall'istruttoria orale - che confermavano la prospettazione dell'attrice (essenzialmente, produzione documentale e fotografica), ed anche la lettura delle dichiarazioni delle parti e dei testi era da ritenersi lacunosa.

La malattia dell'attrice - polmonite da ipersensibilità al guano dei piccioni - si era manifestata a partire dal settembre 2011, ed era stata diagnosticata nel giugno 2012 (docc.2, 3 att.).

La presenza di una folta colonia di piccioni sul tetto e nel cortile dell'immobile abitato dalle due sorelle, in **[redacted]**, era documentata fotograficamente dalla presenza di escrementi (doc.1 att.), così come la presenza di "pezzi di pane" sul tetto del box (doc.15 att.), e confermate dai testi **[redacted]** e **[redacted]** (che parlano di almeno un centinaio di piccioni che imbrattavano le pertinenze scoperte dello stabile) ed ammessa dalla stessa convenuta **[redacted]**, sia pur limitatamente ad una ventina di volatili (cfr verbale d'ud. 21.4.2015).

M

Dalla ricostruzione operata dal Tribunale, sembra poi emergere che il comportamento censurato dall'attrice - dare da mangiare in quantità significative agli uccelli, favorendo lo stanziamento della colonia in loco - abbia riguardato la madre comune delle parti, [redacted], piuttosto che la figlia [redacted].

Tale assunto è però contestato dall'appellante, secondo cui il "passaggio di consegna" tra madre e figlia nel condotta censurata sarebbe avvenuto nel 2010 (cfr testi [redacted] "da quattro o cinque anni lo fa [redacted] che ha progressivamente sostituito la madre", [redacted] "da cinque o sei anni se ne occupa [redacted]", ud. 19.5.2015), a cagione di un intervento al cuore subito dall'anziana [redacted] [redacted] (ultranovantenne) che la aveva resa disabile (confermato anche dalla teste [redacted] " [redacted] ha iniziato a sostituirla da [redacted] [redacted] [redacted], è stata in ospedale per un intervento al cuore" e in sede di confronto anche da [redacted], ud. 21.4.2015, "mia sorella [redacted] la sostituisce solo quando mia madre lo chiedeva perché stava poco bene e non riusciva più ad uscire da sola"); e, rimarca l'appellante, i primi sintomi della malattia polmonare che l'aveva colpita risalivano al settembre 2011 e la diagnosi a metà 2012, quindi non potevano essere fatti risalire a data antecedente.

Poco attendibili sarebbero invece le dichiarazioni di [redacted], laddove afferma che la signora [redacted] avrebbe dato cibo ai piccioni sino al 2014 (all'età di 100 anni ed ancorché operata di cuore), e di [redacted], titolare del consorzio ove - a dichiarazioni del teste - la [redacted] si recava per comprare mangime per piccioni, laddove afferma che la figlia [redacted] si recava in negozio per altri acquisti, da lui non precisati, ancorché quest'ultima non possedesse animali.

Ritiene quindi la parte appellante che già gli elementi istruttori acquisiti consentissero l'affermazione di responsabilità della convenuta.

Z bis. Il motivo appare infondato a questa Corte.

Dall'istruttoria emerge che, mentre può considerarsi pacifico che la madre delle parti (tra loro sorelle) [redacted] [redacted], nutrisse regolarmente i piccioni con mangime acquistato presso

il consorzio agrario di cui era titolare [redacted] (fatto che indubbiamente può aver favorito lo stanziamento dei volatili nel palazzo in [redacted] ove abitano le parti), è alquanto dubbio - stante le contraddittorie testimonianze assunte - che tale condotta sia poi stata posta in essere anche dalla figlia convivente [redacted] (secondo l'attrice/appellante, specie dopo il 2010, data in cui la madre ultranovantenne venne operata di cuore).

Invero, il Giudice di prime cure ha svolto una dettagliata disamina delle testimonianze assunte (cfr motivazione della sentenza *supra* riportata), riportando altresì scrupolosamente i rapporti familiari (più o meno buoni con Pura o con l'altra parte) e di amicizia dei testi con le due sorelle [redacted] parti in causa, pervenendo alla netta conclusione che "Le dichiarazioni rese dai testi risultano, dunque, in insanabile contrasto...si osserva, infatti, da un lato che le dichiarazioni di alcuni testi [redacted] e [redacted] appaiono influenzate dai rapporti di parentela o di amicizia intrattenuti con le parti e che tale circostanza pregiudica fortemente la loro attendibilità, dall'altro che, in ogni caso, le dichiarazioni dei testi che risultano non avere rapporti amicali o di conflittualità con le parti ([redacted], [redacted], [redacted]), sono poco compatibili con la ricostruzione fornita dall'attrice".

Ed invero, vale osservare al riguardo che:

[redacted], teste di parte attrice, che ha confermato per intero la prospettazione attorea - ovvero che [redacted] aveva sostituito la madre nell'attività di alimentazione dei piccioni, e che i volatili presenti erano "almeno un centinaio" - è cognata di entrambe le parti ma (a sue dichiarazioni) in buoni rapporti solo con l'attrice ([redacted]);

[redacted], teste di parte convenuta, che ha dapprima negato la suindicata circostanza ed in sede di confronto precisato che solo occasionalmente [redacted] sostituiva la madre, quando quest'ultima stava male e non sa la sentiva di uscire, è sorella di entrambe le parti ma in buoni rapporti solo con la convenuta ([redacted]);

Azzalin Rita, teste di parte attrice, che ha confermato per intero la prospettazione attorea, è stata

parente (nuora) in passato dell'attrice;

[Redacted], teste di parte convenuta, nipote di entrambe le parti, indifferente, ha dichiarato di non aver mai visto la convenuta distribuire mangime per piccioni nel cortile di casa e limitato la presenza dei piccioni - da lei visti - ad una decina o poco più, comunque mai un centinaio;

[Redacted], teste di parte convenuta, amica di entrambe le parti, indifferente, ha espressamente dichiarato che a fornire il cibo ai piccioni era la madre delle parti e non **[Redacted]**, precisando altresì di non avere mai contato i piccioni presenti presso l'abitazione, ma che in ogni caso non ve ne erano cinquanta o cento;

[Redacted], titolare del consorzio **[Redacted]**, indifferente (peraltro teste citato dalla stessa parte attrice), ha dichiarato che la sig.ra **[Redacted]** (madre delle parti) era solita recarsi presso il consorzio **[Redacted]** per acquistare il "misto per piccioni", fino a quando aveva cessato a causa delle lamentele dei vicini, e precisato che anche **[Redacted]** acquistava prodotti presso il consorzio, ma non il misto per piccioni (e non necessariamente cibo per animali, ndr).

Si hanno quindi due testi che hanno confermato la versione dell'attrice, e ben quattro (di cui uno citato dalla stessa) che l'hanno denegata (ivi inclusa **[Redacted]**, che in sede di confronto ha ristretto l'atteggiamento della convenuta a occasioni saltuarie e marginali, ovvero quando la madre era temporaneamente impossibilitata a nutrire gli uccelli); ma, a voler escludere i testi dichiaratamente in rapporti amichevoli e non conflittuali solo con una delle parti (**[Redacted]** o con rapporti familiari (sia pur pregressi) sempre solo con una delle parti (**[Redacted]**), rimangono ben tre testimoni (**[Redacted]**, **[Redacted]**, **[Redacted]**), rimangono ben tre testimoni (**[Redacted]**, **[Redacted]**, **[Redacted]**), effettivamente indifferenti, che hanno reso deposizioni univocamente contrarie alle tesi attoree.

Né l'ulteriore documentazione prodotta dall'attrice può fornire un riscontro univoco alle sue tesi. Le fotografie in atti -relative alla presenza di piccioni e loro deiezioni nelle pertinenze esterne dello stabile (doc. I att.)- non hanno data certa e rappresentano comunque necessariamente una situazione mutevole (ad es., la teste **[Redacted]**, indifferente, ha precisato, in relazione alle fotografie di

cui al cap.9 att., che "il cortile così sporco non l'ho mai visto"); peraltro, l'asserzione dell'attrice che i piccioni fossero nutriti con "pezzi di pane", è stata smentita dalle dichiarazioni di [redacted] indifferente, giacché la sig.ra [redacted] (e non la [redacted]) si recava appositamente presso il consorzio per comprare mangime specifico per uccelli (il "misto per piccioni"), ed aveva cessato di farlo non per problemi di salute, ma per le lamentele dei vicini.

Tali circostanze attestano anche le discrete condizioni di salute della [redacted], che, ancorché sofferente di cuore ed ultranovantenne, si recava ancora per gli acquisti presso il consorzio, anche se dopo l'operazione del 2010 le sue uscite si erano necessariamente diradate.

Infine, quanto alla patologia di [redacted] (di cui la stessa riferisce i primi sintomi al settembre 2011), nel giugno 2012 è stata diagnosticata come "polmonite da ipersensibilità ad antigeni aviari e sovrapposizione infettiva da stafilococco", e nel luglio 2012 è stata riscontrata la presenza di "precipine positive ad alto titolo per escrementi di piccione" (docc.2-3 att.); tuttavia, nulla si dice in ordine al quando e quomodo la sensibilità alle deiezioni di piccione si sia evoluta; è comunque noto che, una volta acquisita una ipersensibilità ad agenti allergeni o batterici, è sufficiente una bassa esposizione per scatenarne i sintomi (in tal senso depone "l'alto titolo" della positività al test delle precipine), ovvero la patologia può manifestarsi anche in presenza di una quantità minima di escrementi, corrispondenti ad un numero limitato di piccioni, presenti naturalmente in loco.

Non si può quindi che concordare con le conclusioni del Tribunale, ovvero che il contrasto delle testimonianze non possa essere risolto con altri "elementi (probatori) che consentano di ritenere più attendibili i testi che confermano la prospettazione di parte attrice"; ed atteso l'onus probandi gravante sull'attrice, conseguente è il rigetto della sua domanda per carenza di prova.

Ma, preme sottolineare a questa Corte, in effetti l'esito dell'istruttoria orale pende più dalla parte della convenuta che dell'attrice, e questo, per le ragioni già *supra* esposte, non solo in base al mero dato "numerico" dei testi escussi (in maggioranza più favorevoli alle tesi di parte convenuta) ma alla circostanza che i testi più attendibili (ovvero indifferenti) hanno reso deposizioni

concordemente contrarie agli assunti attorei.

§

3. Nel secondo motivo d'impugnazione (*Sulla necessità di rinnovazione dell'istruttoria svolta in primo grado e, comunque, sulla necessità di sua integrazione*) la parte si duole di un'istruttoria che ritiene incompleta.

Il Tribunale aveva limitato le liste testimoniali, disponendo l'assunzione di due testi a scelta delle parti, un confronto tra i primi quattro testi assunti, ed in seguito consentito l'escussione anche di un terzo teste, sempre a scelta delle parti.

L'appellante richiede un confronto tra tutti i testi escussi, nonché di procedere all'assunzione di tutti o almeno alcuni dei testi indicati dall'attrice nella memoria ex art. 183, co.6, c.p.c., quantomeno sui capitoli di prova orale già ammessi dal Giudice (pur riproponendo, nelle conclusioni, anche gli ulteriori capitoli non ammessi); il Giudice di primo grado, a suo tempo, aveva rigettato l'istanza proposta ex art. 177 c.p.c. dall'attrice, precisando che il convincimento del giudice non può basarsi sui "dato strettamente numerico dei testi" (ud. 21.4.2016), ma, a parere della parte, l'audizione di nuovi testi e il confronto tra quelli già escussi servirebbe a disipare "il contrasto insanabile" che aveva condotto al rigetto della domanda attorea; il rifiuto del Tribunale avrebbe pertanto determinato una lesione del diritto di difesa dell'attrice.

3 bis. Il motivo appare infondato a questa Corte.

Il potere del giudice di limitare le liste testimoniali (riconosciuto dall'art.245 e dall'art.209 del codice di procedura civile), risponde ad esigenze di compattezza e celerità processuale, oggi tutelate anche a livello costituzionale nell'ambito del "giusto processo" (art.111, comma 2, Cost.), e questo anche per evitare atteggiamenti defatigatori e dilatori delle parti, che comunque, nell'ambito del limite massimo di testi fissato dal giudice, sono garantite dal potere di scelta dei testi da assumere, presumibilmente indicati tra quelli a maggior conoscenza dei fatti per cui è causa (in giurisprudenza, si afferma che "La riduzione delle liste testimoniali sovrabbondanti costituisce un

M

potere tipicamente discrezionale del giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità, ed esercitabile financo nel corso dell'espletamento della prova" cfr Cass. 22/4/2009, n.9551; Cass. 10/6/2009, n.13375, Cass.11/5/2015, n.9477, Cass. 9/6/2016, n.11810).

Nel corso dell'istruttoria, il Tribunale ha dapprima limitato le liste testimoniali a due testi per parte, quindi disposto un confronto tra i primi quattro testi indicati dalle parti, ed in seguito consentito l'escussione anche di un terzo teste, successivamente rigettando l'istanza "ex art.177 c.p.c." proposta da parte attrice, precisando che il convincimento del giudice non può basarsi sul "dato strettamente numerico dei testi" (ud. 21.4.2016).

Invero, nel caso di specie vale osservare:

come i capitoli non ammessi, riguardino la conferma di circostanze resa superflua dalla documentazione già in atti (capp. da 1 a 4 delle conclusioni) ovvero dalle risposte già date dai testimoni a precisazione di altri capitoli (capp.14,17; ed è da ricordare al proposito il c.d. principio di infrazionabilità della prova, su cui vale richiamare Cass. S.U. 22/9/2014, n.19888, "L'infrazionabilità o contestualità della prova, essendo finalizzata a garantire l'immediatezza e la genuinità della stessa, interviene quando una prova testimoniale sia già stata espletata in primo grado, si da escludere che possa ummettersene, in appello, un'ulteriore frazione sulle stesse circostanze o su circostanze integrative (Cass. sez.2, 31 agosto 2005, n.17567; sez.3, 20 settembre 2006, n.20327)"), ovvero dalla loro irrilevanza (capp.6-7,15: l'invitare qualcuno a non tenere una determinata condotta non equivale a provare che l'abbia tenuta);

come la lista testimoniale proposta da parte attrice sia effettivamente sovrabbondante (10 testi indicati), e soprattutto come anche in questa sede la parte appellante non vada oltre, nelle sue argomentazioni, al "dato strettamente numerico dei testi" indicati, per superare una prova orale invero non solo contrastante ma, come già osservato dal presente Collegio, per lo più sfavorevole alla sua prospettazione dei fatti, giacché si limita a riproporre il nominativo dei testimoni senza in alcun modo ottemperare all'onere - essenziale in sede di gravame - di precisare come e perché dati

testi possano risultare decisivi (ovvero anche solo potenzialmente ribaltare il convincimento del giudice) e primariamente per quali motivi (qualità personali, tipo di rapporti intrattenuti con le parti, residenza in loco, ulteriori circostanze) avrebbero una conoscenza approfondita dei fatti per cui è causa (cfr *ex multis* in giurisprudenza di merito Corte App. Roma, sez. I, 13/7/2009, in *Altalex/Massimario.it*, 9/2009, per cui "Nel giudizio di appello la parte non può riproporre istanze istruttorie espressamente o implicitamente disattese dal giudice di primo grado, senza espressamente censurare - con il motivo di gravame - le ragioni per le quali la sua istanza è stata respinta, ovvero dolersi della omessa pronuncia al riguardo", nonché, sui poteri del giudice d'appello, Cass., Sez. Lavoro, 18.2.2009 n.3895);

infine, quanto al richiesto confronto tra i testi già acquisiti, vale osservare che invero quello già effettuato (sia pur limitato ai quattro testi all'epoca già assunti) si è rivelato inutile, giacché gli stessi hanno tenuto ferme le deposizioni già rese (anche la precisazione di ~~Anna Terruzzi~~ non ne ha mutato il carattere essenzialmente sfavorevole alla prospettazione attorea).

Da qui l'infondatezza del proposto motivo (ed il rigetto delle proposte istanze istruttorie reiterate in questa sede).

* * *

Considerati assorbiti dalle argomentazioni svolte ogni ulteriore rilievo o istanza anche di carattere istruttorio, la Corte ritiene che vada rigettato l'appello proposto da ~~Anna Terruzzi~~ e che, per l'effetto, la sentenza del Tribunale di Busto Arsizio, III^a Sezione civile, n.1061/2016 del 10.6.2016, pubblicata in pari data, il debba essere integralmente confermata.

Le spese del presente grado seguono la soccombenza e ~~Anna Terruzzi~~ va condannata a rifonderle a ~~Anna Terruzzi~~, così come liquidate in dispositivo ex d.n. 55/2014, in relazione al valore della causa (*disputatum*: € 9.444,68 oltre accessori) ed all'attività difensiva svolta.

L'integrale rigetto dell'appello comporta la declaratoria di sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dell'appellante Anna Terruzzi, dell'ulteriore importo a titolo di contributo

unificato di cui all'art.13 co.1-quater DPR 30.05.2002, n.115, così come introdotto dall'art.1 co.17 della L. 24.12.2012 n.228, applicabile ai procedimenti d'impugnazione iniziati dal trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore di detta legge (il 1° gennaio 2013).

P.Q.M.

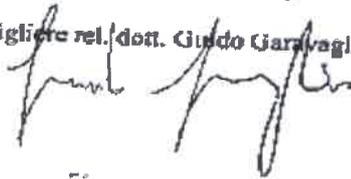
La Corte, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, disattesa ogni diversa istanza, deduzione od eccezione, così provvede:

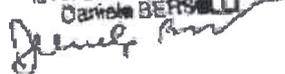
- rigetta l'appello proposto da ~~XXXXXXXXXX~~ e, per l'effetto, conferma per l'intero la sentenza del Tribunale di Busto Arsizio, III^a Sezione civile, n.1061/2016 del 10.6.2016;
- condanna ~~XXXXXXXXXX~~ a rifondere le spese del presente grado a ~~XXXXXXXXXX~~, liquidate in € 3.780,00 per compensi professionali, oltre spese forfetarie al 15 %, Iva e Cpa secondo legge;
- dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dell'appellante ~~XXXX~~, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art.13 comma 1-quater DPR 115/2002, così come modificato dall'art.1 comma 17 della L. 24.12.2012 n.228.

Così decisa in Milano il 13.6.2017

Il Consigliere rel. dott. Guido Garavaglia

Il Presidente dott. Walter Saresella



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Caterina BERSELLI


CORTE D'APPELLO DI MILANO
DEPOSITATO IN CANCELLERIA

OGGI 17 LUG 2017

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Caterina BERSELLI
