

Civile Ord. Sez. 6 Num. 35146 Anno 2021

Presidente: SCODITTI ENRICO

Relatore: ROSSETTI MARCO

Data pubblicazione: 18/11/2021

ORDINANZA

sul ricorso 13830-2019 proposto da:

DANIELA GIOVANNA, elettivamente domiciliata in
ROMA, PIAZZA , 21, presso lo studio dell'avvocato
TOMMASO , che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato SALVATORE ;

- *ricorrente* -

contro

COMUNE di MILANO, in persona del Sindaco pro tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA 17/A,
presso lo studio dell'avvocato MICHELE ,
rappresentato e difeso dall'avvocato MARCELLO ;

- *controricorrente* -

me

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

avverso la sentenza n. 876/2019 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 26/02/2019;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 14/09/2021 dal Consigliere Relatore Dott. MARCO ROSSETTI.

FATTI DI CAUSA

1. Daniela Giovanna nel 2017 convenne dinanzi al Tribunale di Milano il Comune della medesima città, esponendo:

-) di avere riportato lesioni personali in seguito alla caduta dal proprio motociclo, avvenuta mentre percorreva il Foro Bonaparte, nel Comune di Milano;

-) la caduta era stata provocata da “*numerose buche non visibili*” presenti sul manto stradale;

-) dei danni sofferti in conseguenza della caduta doveva rispondere il Comune di Milano, ai sensi dell'articolo 2051 c.c., quale proprietario e custode della suddetta strada.

2. Il Comune si costituì negando la propria responsabilità, e contestando in particolare la sussistenza di un valido nesso di causa fra le condizioni della strada e l'incidente.

3. Il Tribunale di Milano, dopo avere rigettato tutte le richieste istruttorie formulate dall'attrice, con sentenza 1° marzo 2018 n. 2402 rigettò la domanda, ritenendo non dimostrata la sussistenza del nesso di causa fra le condizioni della strada ed il sinistro.

La sentenza venne appellata dalla parte soccombente.

4. La Corte d'appello di Milano con sentenza 26 febbraio 2019 n. 876 rigettò il gravame.

Ritenne la Corte d'appello che:

-) non poteva ritenersi dimostrata, *“alla luce delle prove documentali”*, l'esistenza d'un nesso di causa fra il fatto e le condizioni della strada;
-) il verbale redatto dalla polizia e le fotografie della strada allegare agli atti non consentivano di individuare in maniera precisa il luogo del sinistro, né la pericolosità delle condizioni stradali;
-) in ogni caso, *“in una città come Milano, specialmente in prossimità del passaggio del tram, è normale vi possano essere disconnessioni”*.

4. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da Daniela Giovanna con ricorso fondato su sette motivi ed illustrato da memoria.

Ha resistito con controricorso il Comune di Milano.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Va preliminarmente rigettata l'eccezione di improcedibilità sollevata dal Comune di Milano, motivata col rilievo che la ricorrente non avrebbe depositato, in violazione dell'art. 369 c.p.c., la copia notificata del provvedimento impugnato, munita delle prescritte attestazioni di conformità.

Risulta infatti dagli atti che la suddetta copia, corredata della relata di notifica e dell'attestazione di conformità, è allegata *sub* 2 e 3 al fascicolo della ricorrente.

2. Va esaminato per primo, ai sensi dell'articolo 276, comma secondo, c.p.c., il sesto motivo di ricorso.

Con tale motivo infatti la ricorrente, formalmente prospettando la violazione dell'articolo 115 c.p.c., deduce che la Corte d'appello ha erroneamente reputato *“generiche e valutative”* le prove testimoniali da

essa richieste, ed intese a dimostrare il nesso di causa tra le condizioni della strada e il danno.

Tale motivo riveste carattere preliminare in quanto un eventuale *error in procedendo* in tal senso commesso dalla Corte d'appello, incidendo sul contenuto del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione, renderebbe irrilevanti le altre questioni prospettate dalla ricorrente, ovvio essendo che la correttezza di una sentenza di merito può essere valutata solo dopo che il giudice di merito abbia compiuto legittimamente e correttamente l'attività istruttoria.

3. Prima di esaminare il “fondo” del motivo in esame, reputa doveroso il Collegio compiere due osservazioni preliminari.

3.1. La prima osservazione è che la censura con cui il ricorrente denunci, in sede di legittimità, che il giudice di merito abbia dapprima rigettato prove ammissibili e rilevanti, e poi ritenuto la domanda non provata, costituisce denuncia di un vizio di nullità della sentenza per illogicità manifesta, come ripetutamente affermato da questa Corte (Sez. 3, Ordinanza n. 2904 del 08/02/2021; Sez. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 17981 del 28/08/2020; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 14155 del 08/07/2020).

Nel caso di specie, però, nell'epigrafe del sesto motivo di ricorso, la ricorrente ha formalmente prospettato la violazione dell'articolo 115 c.p.c., non il vizio di nullità della sentenza.

Nondimeno questo errore nell'inquadramento della censura non è di ostacolo all'esame del sesto motivo di ricorso. Infatti, nel caso in cui il ricorrente incorra nel c.d. “vizio di sussunzione” (e cioè erri nell'inquadrare l'errore commesso dal giudice di merito in una delle cinque categorie previste dall'art. 360 c.p.c.), il ricorso non può per ciò

m

solo dirsi inammissibile, quando dal complesso della motivazione adottata dal ricorrente sia chiaramente individuabile l'errore di cui si duole, come stabilito dalle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 17931 del 24/07/2013).

Nel caso di specie, l'illustrazione contenuta nelle pp. 14-15 del ricorso è sufficientemente chiara nell'ascrivere alla Corte d'appello l'errore di avere - in tesi - dapprima negato alla parte attrice il diritto di provare il fatto costitutivo della pretesa attraverso mezzi istruttori ammissibili e rilevanti, e poi di avere ritenuto quel fatto non provato.

3.2. La seconda osservazione preliminare (necessaria alla luce dell'eccezione di inammissibilità del motivo sollevata dal Comune di Milano alle pp. 18-20 del proprio controricorso) è che il giudizio con cui il giudice di merito accolga o rigetti una istanza istruttoria è di norma insindacabile in sede di legittimità, in quanto espressione di una scelta discrezionale che, pur non essendo libera nel fine, è riservata dal legislatore al giudice di merito, come da tempo stabilito dalle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 1911 del 13/07/1963), e più volte ribadito in seguito (Sez. 3, Sentenza n. 1253 del 07/04/1975; Sez. 3, Sentenza n. 1653 del 31/05/1971; Sez. 3, Sentenza n. 895 del 03/04/1970; Sez. 1, Sentenza n. 1501 del 14/07/1965).

Questa regola tuttavia non è inderogabile.

La giurisprudenza di questa Corte, ormai da anni, ha individuato due gruppi di casi in cui il giudizio sulla prova può essere sindacato in sede di legittimità.

3.2.1. Il primo gruppo riguarda le ipotesi in cui il ricorrente assuma che il giudice di merito, decidendo sulla prova, abbia violato una regola processuale.

MU

E' il caso, ad esempio, in cui:

- a) il ricorrente allegghi che il giudice di merito abbia ritenuto vietata dalla legge una prova consentita, od all'opposto abbia ammesso una prova in violazione d'un divieto di legge (ad esempio, il divieto di provare per testimoni la proprietà delle cose pignorate da parte del terzo opponente, ex art. 621 c.p.c.);
- b) il ricorrente allegghi il c.d. "vizio di attività", consistente nella mancata ammissione di mezzi di prova diretti a dimostrare punti decisivi della controversia, e cioè fatti e situazioni che, se accertati, avrebbero l'effetto *ex se* di determinare una statuizione diversa da quella impugnata ((Sez. 3, Sentenza n. 13556 del 12/06/2006, in motivazione; Sez. 1, Sentenza n. 410 del 07/02/1969);
- c) il ricorrente allegghi l'erroneità del giudizio di "indispensabilità" della prova ex art. 345 c.p.c., nel testo anteriore alle modifiche di cui all'art. 54, comma 1, lettera (0b), d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (Sez. 1, Sentenza n. 1277 del 25/01/2016; Sez. 1, Sentenza n. 14098 del 17/06/2009);
- d) il ricorrente allegghi l'erroneità del giudizio con cui è stato ritenuto sussistente od insussistente un interesse giuridicamente rilevante del testimone all'esito del giudizio, ai fini della valutazione di incapacità a deporre (Sez. L, Sentenza n. 20731 del 03/10/2007).

In tutti i casi appena ricordati il vizio denunciato dal ricorrente consiste nella devianza da una regola processuale, vizio che è sempre consentito a questa Corte esaminare (Sez. U, Sentenza n. 8077 del 22/05/2012, § 4.1 dei "Motivi della decisione").

3.2.2. Questa Corte ha poi ammesso la sindacabilità in sede di legittimità di legittimità della valutazione con cui il giudice di merito abbia accolto o rigettato le istanze istruttorie in un secondo gruppo di ipotesi: quando il ricorrente assuma che la suddetta valutazione sia

viziata sul piano della logica (ex multis, Sez. 2, Sentenza n. 18222 del 10/09/2004).

Tale vizio sussiste quando la decisione sulla prova, se messa in relazione con le altre statuizioni contenute nella sentenza, risulti insanabilmente contraddittoria o totalmente arbitraria.

Questo vizio può sussistere, ad esempio:

- a) quando il giudice non prende nemmeno in considerazione le richieste istruttorie della parte, per poi rigettarne la domanda sul presupposto che non sia stata provata (così già, *ex multis*, Sez. 2, Sentenza n. 1039 del 15/05/1962; eventualità, purtroppo, non rara nel novero delle decisioni di merito che questa Corte è chiamata ad esaminare);
- b) quando il giudice rigetti le richieste istruttorie senza motivazione alcuna, neanche implicita (Sez. 5, Sentenza n. 9120 del 19/04/2006);
- c) quando il giudice rigetti le uniche prove richieste reputandole superflue, senza però averne altre a disposizione (Sez. 3, Sentenza n. 11580 del 31/05/2005, in motivazione);
- d) quando il giudice rigetti le richieste istruttorie negandone l'“*attitudine dimostrativa*” ai fini del decidere, sebbene queste vertessero su circostanze decisive.

In applicazione di quest'ultimo principio, ad esempio, questa Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di condanna del datore di lavoro al pagamento di differenze retributive, dopo che aveva rigettato - “*perché da provare documentalmente*” - la richiesta di provare per testimoni il numero di ore lavorate e le mansioni svolte da parte del dipendente (Sez. L, Sentenza n. 66 del 08/01/2015; nello stesso senso, Sez. 1, Ordinanza n. 5377 del 07/03/2011; Sez. 3, Sentenza n. 11457 del 17/05/2007).

M

4. Nel caso di specie, reputa il Collegio che la decisione impugnata, nella parte in cui ha rigettato talune delle richieste istruttorie della odierna ricorrente, sia incorsa in ambedue i vizi sopra indicati: quello di falsa applicazione della legge, e quello logico.

4.1. L'odierna ricorrente chiese in primo grado di provare per testimoni, tra le altre, le seguenti circostanze *“vero che allo scattare del verde [semaforico] l'esponente riavviava la marcia, ma dopo pochi metri la ruota anteriore del motorino veniva intercettata da una buca non visibile sul manto stradale che causava lo sbandamento del mezzo e la successiva caduta a terra del motorino in prossimità della suddetta buca e della conducente stessa”* (così il capitolo 2 di cui alle richieste istruttorie, allegato sub 9 al fascicolo di cassazione).

Il Tribunale, cui era stata chiesta l'ammissione del suddetto mezzo di prova, lo reputò inammissibile.

La Corte d'appello, chiamata a stabilire se tale valutazione fosse stata corretta, rispose in modo affermativo, osservando che la prova verteva *“su circostanze valutative negativamente formulate, e comunque non rilevanti”*. Aggiunse che il suddetto capitolo era anche “generico”.

Il Tribunale, dunque, ritenne l'istanza non accoglibile per quattro diversi motivi: la formulazione negativa, la valutatività, la irrilevanza e la genericità.

Reputa il Collegio che nessuna di tali valutazioni possa dirsi corretta.

4.2. Erronea in punto di diritto fu, in primo luogo, l'affermazione secondo cui la prova per testi formulata dall'attrice era inammissibile perché avente ad oggetto circostanze “formulate negativamente”.

Come ripetutamente affermato da questa Corte, nessuna norma di legge e nessun principio desumibile in via interpretativa impedisce di provare per testimoni che un fatto *non* sia accaduto o *non* esista (Sez.

5 - , Sentenza n. 19171 del 17/07/2019; Sez. 3, Sentenza n. 14854 del 13/06/2013; Sez. 3, Sentenza n. 384 del 11/01/2007; Sez. 2, Sentenza n. 5427 del 15/04/2002). Così, ad esempio, non sarebbe inibito provare per testimoni che la cupola di San Pietro *non* è crollata; ovvero che il Tevere *non* è asciutto.

L'inaccettabile opinione che il capitolo di prova testimoniale debba essere formulato in modo positivo, spesso ripetuta come un *Mantra*, oltre che erronea in diritto è anche manifestamente insostenibile sul piano della logica, sol che col vaglio della logica la si volesse esaminare. Chiedere, infatti, a taluno di negare che un fatto sia vero equivale, sul piano della logica, a chiedergli di affermare che quel fatto *non* sia vero. Sicché l'opinione che non ammette la possibilità di formulare capitoli di prova testimoniale in modo negativo perviene al paradosso di ammettere o negare la prova non già in base al suo contenuto oggettivo, ma in base al tipo di risposta che si sollecita dal testimone.

Così ad esempio: nel caso di specie, l'odierna ricorrente aveva chiesto di provare per testimoni se fosse vero che una buca sul manto stradale "*non era visibile*", e la Corte d'appello ha reputato tale prova inammissibile (anche) perché "negativamente formulata".

A seguire l'opinione della sentenza impugnata, quindi, quel capitolo si sarebbe dovuto dire ammissibile se fosse stato formulato nei seguenti termini: "*vero che la buca era visibile*", poiché in tal caso avrebbe assunto la forma d'una interrogativa positiva.

Sicché l'affermazione compiuta dalla Corte d'appello (ma, come detto, non rara nella giurisprudenza di merito) finirebbe per far dipendere l'ammissibilità della prova testimoniale non dal *fatto* che si intende provare, ma dal tipo di risposta attesa dal testimone. A questi, infatti, sarebbe inibito chiedere di affermare se un determinato fatto *non* esiste (rispondendo "*sì*" alla domanda "*vero che la buca non era visibile?*"); mentre

sarebbe consentito chiedere di negare che il medesimo fatto esista (rispondendo “no” alla domanda “vero che la buca era visibile?”). Il principio applicato dalla Corte d’appello urta dunque contro il millenario canone logico della reciprocità, secondo cui affermare che A non esiste è affermazione equivalente a negare che A esista.

4.3. Del pari erronea sul piano del diritto è stata l’affermazione secondo cui chiedere ad un testimone se abbia visto un ciclomotore finire in una buca, e poi cadere, sarebbe circostanza “irrilevante” ai fini del decidere.

Nel presente giudizio, infatti, incombeva sull’attrice l’onere di provare il nesso di causa tra la cosa che si assume causativa del danno e quest’ultimo. In un giudizio di questo tipo il primo fatto da accertare era dunque la dinamica del sinistro, sicché la circostanza che la ricorrente chiese di provare aveva una evidente “*attitudine dimostrativa*” ai fini del decidere, secondo i principi affermati da Cass. 66/15, sopra già ricordata.

4.4. Incongrua sul piano della logica, infine, fu l’affermazione secondo cui chiedere di provare per testimoni che un ciclomotore sia finito in una buca e sia caduto costituirebbe una istanza “valutativa” e “generica”.

4.4.1. “Valutativa”, infatti, è l’istanza istruttoria intesa a sollecitare dal testimone un giudizio. Ma riferire se un oggetto reale fosse visibile o non visibile non è un giudizio, è una percezione sensoriale. Questa Corte infatti, da moltissimo tempo, viene ripetendo che i testi possono essere ammessi a deporre su circostanze “*cadenti sotto la comune percezione sensoria*”, essendo loro precluso solo di esprimere giudizi di natura

tecnica (così già, Sez. 3, Sentenza n. 575 del 21/03/1962; Sez. 1, Sentenza n. 58 del 15/01/1969; Sez. 2, Sentenza n. 4120 del 09/12/1974).

Il testimone, pertanto, non può essere chiamato a fornire una *interpretazione* dei fatti; oppure una *qualificazione* dei fatti; od ancora un *apprezzamento* tecnico o giuridico dei fatti. Ciò non significa però che il testimone “*non possa esprimere anche il convincimento che del fatto, e delle sue modalità, sia derivato al teste per sua stessa percezione*” (Sez. 2, Sentenza n. 2393 del 21/07/1971; nello stesso senso, Sez. 3, Sentenza n. 5322 del 19/09/1980).

Il testimone quindi può in determinati casi anche esprimere giudizi, quando si tratti di “*apprezzamenti di assoluta immediatezza, praticamente inscindibili dalla percezione dello stesso fatto storico*”. In virtù di tale principio questa Corte:

-) ha reputato ammissibile, in una controversia di lavoro, il capitolo di prova volto a chiedere al testimone se le mansioni svolte dal lavoratore fossero o no “*semplici e ripetitive*” (Sez. I, Sentenza n. 5227 del 07/04/2001);
-) ha reputato ammissibile, in un giudizio di inibitoria di immissioni intollerabili, la possibilità di chiedere al testimone se un rumore fosse udibile dall'interno di un appartamento con le finestre chiuse (*ex multis*, Sez. 2, Sentenza n. 2166 del 31/01/2006);
-) ha reputato ammissibile, in un giudizio di risarcimento del danno ex art. 2051 c.c., chiedere al testimone se un pavimento fosse o no scivoloso (Sez. 3, Sentenza n. 9526 del 22/04/2009);
-) ha reputato ammissibile, in un giudizio di usucapione, chiedere al testimone se l'attore avesse “*posseduto in modo esclusivo, pacifico e continuato*” il bene oggetto del contendere (Sez. 2, Sentenza n. 22720 del 24/10/2014).

Allo stesso modo, riferire se una buca sia visibile o non visibile costituisce, per l'appunto, né un'interpretazione soggettiva, né un apprezzamento tecnico o giuridico, ma esprime un *“convincimento derivato al testimone per sua stessa percezione”*, secondo quanto stabilito da questa Corte nelle decisioni sopra ricordate.

Naturalmente resterà sempre ferma la possibilità per il Giudice, all'esito della prova, di reputarne irrilevante il contenuto, quando la deposizione testimoniale non abbia saputo *“indicare i dati obiettivi e modalità specifiche della situazione concreta, che possano far uscire la percezione sensoria da un ambito puramente soggettivo e trasformarla in un convincimento scaturente obiettivamente dal fatto”* (Sez. 3, Sentenza n. 5460 del 22/08/1983, pronunciata proprio con riferimento ad una deposizione testimoniale concernente la visibilità di una insidia; così pure Sez. 2, Sentenza n. 1173 del 05/02/1994). Questo, però, *ex post*, dopo avere raccolto la deposizione, e non già *ex ante*, in sede di valutazione dell'ammissibilità della prova. Al testimone dunque, potrà sempre chiedersi se sia vero che una buca sulla strada non era visibile, salvo escludere la rilevanza della prova se questi, ad esempio, rispondesse che la buca non era visibile perché *“così mi è parso”*.

4.4.2. “Generico”, infine, è il capitolo di prova testimoniale privo di riferimenti spazio-temporali precisi. Ma nel caso di specie il cap. 1 delle richieste istruttorie formulate dall'odierna ricorrente indicava con esattezza data, ora e luogo e del sinistro.

4.5. La sentenza va dunque cassata con rinvio alla Corte d'appello di Milano, la quale tornerà ad esaminare il gravame proposto da Daniela Giovanni applicando i seguenti principi di diritto:

A) La circostanza che un capitolo di prova per testimoni sia formulato sotto forma di interrogazione negativa non costituisce, di per sé, causa di inammissibilità della richiesta istruttoria.

B) Nel giudizio avente ad oggetto una domanda di risarcimento del danno causato da un evento della circolazione stradale, in mancanza di altre e decisive prove, non può di norma negarsi rilevanza alla prova testimoniale intesa a ricostruire la dinamica dell'evento.

C) Chiedere ad un testimone se una cosa reale fosse visibile o non visibile è una domanda che non ha ad oggetto una "valutazione", ed è dunque ammissibile; fermo restando il potere-dovere del Giudice di valutare, ex post, se la risposta fornita si basi su percezioni sensoriali oggettive o su mere supposizioni.

D) Costituisce vizio di nullità della sentenza la decisione con cui la domanda venga rigettata per difetto di prova, dopo che erano state rigettate le istanze istruttorie formulate dall'attore ed intese a dimostrare il fatto costitutivo della pretesa.

5. I restanti motivi di ricorso restano assorbiti, ad eccezione del terzo e del quinto.

Ovviamente il giudice del rinvio, alla luce dei criteri sopra indicati, tornerà a valutare l'ammissibilità e la tempestività dell'istanza ex art. 210 c.p.c. formulata dall'appellante, ed intesa ad individuare le generalità del testimone da interrogare.

6. Col terzo motivo la ricorrente prospetta la violazione dell'articolo 2697 c.c..

Sostiene una tesi così riassumibile: la vittima di un danno provocato da una cosa ha l'onere di dimostrare la pericolosità di quest'ultima; una volta fornita tale prova, spetta al custode dimostrare che il danno fu provocato da un caso fortuito.

me

Nel caso di specie l'attrice aveva dimostrato la pericolosità del tratto stradale ove avvenne il sinistro, mentre il Comune di Milano non aveva affatto dimostrato il caso fortuito.

Pertanto la decisione della Corte d'appello, rigettando la domanda, aveva violato l'articolo 2697 c.c.

6.1. Il motivo è infondato.

Il giudice⁽⁴⁾ di merito ha infatti correttamente ritenuto che, nel caso di danno provocato da cose in custodia, spetti al danneggiato dimostrare l'esistenza del nesso di causa fra la cosa ed il danno, e questa valutazione fu corretta in punto di diritto (*ex multis*, Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 27724 del 30/10/2018, Rv. 651374 - 01; ma in tal senso si veda già Sez. 3, Sentenza n. 3211 del 18/07/1977).

7. Col quinto motivo la ricorrente lamenta la violazione delle norme di legge che disciplinano la confessione.

Sostiene la seguente tesi giuridica: poiché il Comune, dopo il sinistro, fece intervenire gli addetti alla manutenzione stradale, i quali colmarono con bitume le buche presenti sulla strada, tale condotta costituirebbe una confessione stragiudiziale resa *per facta concludentia*, della quale la Corte d'appello non aveva tenuto conto.

7.1. Il motivo è, in primo luogo, inammissibile perché non risulta essere stato proposto in grado di appello (o, almeno, la ricorrente non indica in quali termini nel proprio atto d'appello propose come motivo di gravame la violazione degli articoli 2732 e seguenti c.c.).

In ogni caso il motivo sarebbe comunque inammissibile per altre ragioni: ovvero che lo stabilire se una determinata condotta costituisca o non costituisca un comportamento concludente, dimostrativo

dell'*animus confitendi*, è valutazione rimessa al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità.

8. Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.q.m.

(-) accoglie il sesto motivo di ricorso; rigetta il terzo; dichiara inammissibile il quinto; dichiara assorbiti i restanti motivi; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sesta Sezione civile della Corte di cassazione, addì 14 settembre 2021.

Il Presidente
(*Enrico Scoditti*)

