

**Corte di Cassazione, sez. II Civile, sentenza 22 febbraio – 20 giugno 2017, n. 15246**

*Presidente Migliucci – Relatore Proto*

*Fatti di causa*

Con atto di citazione notificato l'8 gennaio 2010 M.A. , proprietario di un appartamento al primo piano di un appartamento in uno stabile in (omissis), conveniva, davanti al Tribunale di Como, C.I.G. proprietario del sottostante appartamento al piano terreno, chiedendo la rimozione, per mancato rispetto delle distanze legali, di un barbecue costruito dal convenuto a circa un metro dalle sue finestre e, in via subordinata, lamentando la violazione del Regolamento di Igiene e dell'articolo 890 c.c..

Si costituiva il convenuto che eccepiva la nullità della notifica e il difetto di legittimazione attiva dell'attore e chiedeva il rigetto della domanda attrice.

Il Tribunale di Como, istruita la causa a mezzo CTU, con sentenza n. 1035/12, accoglieva la domanda subordinata dell'attore ex articolo 890 c.c. e condannava il C. ad astenersi dall'utilizzare la costruzione ad uso barbecue, in quanto fonte di nocive e fastidiose immissioni di fumo e odori nel soprastante appartamento, rilevando che alcune finestre dell'appartamento dell'attore si trovavano a minima distanza (da meno di un metro a due metri circa) dal comignolo del manufatto del convenuto.

Con atto di citazione notificato il 26 febbraio 2013, C.I.G. proponeva appello contro la sentenza summenzionata.

La Corte di Appello di Milano, nel contraddittorio delle parti, con sentenza n. 4451/13, rigettava l'appello. Avverso la sentenza della Corte di Appello di Milano ha proposto ricorso per cassazione C.I.G. , articolandolo su tre motivi e ha depositato memoria.

M.A. si è costituito con controricorso.

*Ragioni della decisione*

1. Con il primo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 890 c.c. e deduce che, ai sensi della predetta norma, laddove, come nella specie, non esistano norme regolamentari in tema di distanze per la messa in opere di camini, la presunzione di nocività e pericolosità non è assoluta, ma è superabile ove si dimostri che nel caso concreto non sussiste alcun pericolo o danno per il fondo vicino.

Il ricorrente assume che la Corte di appello ha ritenuto di accogliere la domanda dell'attore senza analizzare in termini puntuali e nel concreto la fattispecie portata alla sua attenzione senza neppure che l'attore abbia riproposto in appello le istanze istruttorie dirette a dimostrare l'esistenza di immissioni nel suo appartamento, circostanza invece smentita dal conduttore dell'appartamento di proprietà del M. , sig.ra Co.El. , come documentalmente provato nella sua dichiarazione scritta dallo stesso ricorrente prodotta in appello con la quale la stessa aveva dichiarato di non avere problemi, obiezioni o altro genere di richieste collegate al problema che smentisce la versione del M. .

Il ricorrente fa riferimento a documentazione fotografica allegata alla relazione peritale dalla quale si dovrebbe desumere che l'apertura della proprietà M. più vicina alla sommità del barbecue, qualificabile come semplice luce, è posta a servizio di un seminterrato, mentre le finestre a servizio dei locali ad uso abitazione, a dire del ricorrente, sono poste a notevole distanza e sostiene che la Corte non avrebbe valutato la conformazione oggettiva dei luoghi e le modalità di utilizzo del barbecue, con i quali egli intendeva provare l'utilizzo sporadico del barbecue e quindi l'inesistenza di abbondanti immissioni, mentre il CTU non aveva mai verificato in fatto e in concreto le effettive ripercussioni dell'utilizzo del manufatto; prosegue affermando che la Corte di appello avrebbe inoltre trascurato la presenza di altri manufatti simili nelle altre unità immobiliari comprese nel complesso condominiale e anche nella stessa unità immobiliare dell'attore.

1.1 Occorre premettere che la sentenza impugnata è stata pubblicata in data 4/12/2013.

Con le sentenze n. 8053 e 8054 del 7 aprile 2014 le Sezioni Unite hanno chiarito che l'anomalia motivazionale denunciabile con il ricorso per cassazione sarà, per i provvedimenti pubblicati dopo l'11 settembre 2012, solo quella riconducibile all'art. 360, comma primo, n. 4, cod. proc. civ., che si traduce nella motivazione graficamente assente, in quella meramente apparente, in quella consistente in affermazioni tra di loro inconciliabili, in quella perplessa ed obiettivamente incomprensibile, in quanto il nuovo testo del n. 5 introduce non un generico vizio della motivazione, ma un vizio specifico concernente

l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti ed abbia carattere decisivo. Il nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. pertanto non consente, la verifica della sufficienza e razionalità della motivazione rispetto alle risultanze processuali ed in particolare rispetto agli elementi istruttori emersi. Il ricorrente non deduce formalmente il vizio di omesso esame (peraltro del tutto insussistente attesa la motivazione della Corte di appello: v. infra), ma sostiene che il fatto accertato sulla base degli elementi istruttori acquisiti (ossia la consulenza tecnica di ufficio, la documentazione fotografica circa lo stato dei luoghi, la dichiarazione scritta di Co.El. ) non sarebbe idoneo a provare l'esistenza di abbondanti immissioni di fumi, fatto al contrario smentito dalla dichiarazione scritta di Co.El. prodotta in appello e dalle ulteriori e predette risultanze istruttorie con la conseguenza che la Corte di Appello avrebbe applicato l'art. 890 c.c. in una situazione di fatto nella quale non era applicabile.

Così delimitata la censura legittimamente deducibile e dedotta dal ricorrente di fronte a questa Corte con il motivo di ricorso per violazione di legge, si deve concludere per la sua manifesta infondatezza.

La dichiarazione scritta di Co.El. prodotta in appello non doveva necessariamente essere esaminata e valutata dalla Corte di appello in quanto la dichiarazione di un terzo se diretta alla prova relativa al fatto costitutivo della domanda e all'eccezione del convenuto (l'esistenza o l'assenza di immissioni nocive) come oggetto di diretta percezione doveva essere assunta nella forma della deposizione testimoniale, previo il vaglio del giudice sul capitolato di prova e nel contraddittorio delle parti; il rilievo del ricorrente, in ogni caso attiene al merito della motivazione del giudice del merito il quale non è tenuto a desumere argomenti di prova da elementi semplicemente indiziari e la sola mancata valutazione di un elemento indiziario non può neppure integrare l'omesso esame di un punto decisivo (Cass. 2/4/2009 n. 8023).

La Corte territoriale ha posto a fondamento della sua decisione le risultanze della consulenza tecnica di ufficio secondo le quali il barbecue in questione avrebbe dovuto essere collocato a non meno di 5-6 metri dalla proprietà del resistente (distanza che la corte territoriale ha affermato essere persino troppo modesta) e che il predetto manufatto invece era stato posto molto vicino alle finestre dell'abitazione privata di M.A. , che risultavano "soprastanti per poche decine di centimetri", mentre la casa era situata "in posizione soprastante la piccola area esterna ove il sig. C.I. ha collocato il suo barbecue" e ha aggiunto che "le fotografie in atti sono più eloquenti di ogni scritto sull'argomento e il rinvio alla loro diretta visione potrebbe bastare quale motivazione della pronuncia giudiziale".

La Corte di appello ha qualificato il barbecue un forno e ha dato atto che il Tribunale, accogliendo la domanda ex art. 890 c.c. dell'attore aveva rilevato che era costituito da un manufatto in muratura il cui comignolo si trovava ad una distanza minima da meno di un metro a due metri circa da alcune finestre del soprastante appartamento dell'attore.

Per l'art. 890 c.c. chi presso il confine vuole fabbricare forni o camini, per i quali può sorgere pericolo di danni, deve osservare le distanze stabilite dai regolamenti e, in mancanza, quelle necessarie a preservare i fondi vicini da ogni danno alla solidità, salubrità e sicurezza.

Tale articolo va quindi letto nel senso di considerare le cose espressamente elencate come gravate da una presunzione assoluta di nocività o pericolosità.

Il rispetto della distanza prevista dall'art. 890 c.c., nella cui regolamentazione rientrano anche i forni (tale essendo qualificato dalla Corte di appello il manufatto), è collegato ad una presunzione assoluta di nocività e pericolosità che prescinde da ogni accertamento concreto nel caso in cui vi sia un regolamento edilizio comunale che stabilisca la distanza medesima; mentre, in difetto di una disposizione regolamentare, si ha pur sempre una presunzione di pericolosità, seppure relativa, che può essere superata ove la parte interessata al mantenimento del manufatto dimostri che mediante opportuni accorgimenti può evitarsi al pericolo o al danno del fondo vicino Cass. 22/10/2009 n. 22389; Cass. 6/3/2002 n. 3199).

Va precisato che la presunzione che deve essere superata non è una presunzione di danno, ma una presunzione di pericolo che si produca il danno e prescinde dall'accertamento in concreto del danno, dovendo invece essere valutata in concreto la pericolosità del forno ancorché non in attività.

Ne discende quale necessaria conseguenza, l'irrilevanza di un accertamento svolto con il forno in funzione essendo invece sufficiente la potenzialità dell'esalazione nociva o molesta, potenzialità che è stata appunto accertata dal CTU.

A nulla rileva che l'apertura più vicina fosse una luce od una veduta e che si aprisse all'esterno del seminterrato, dovendosi tenere conto del complessivo mancato rispetto delle distanze come accertata in concreto dalla Corte di appello sulla base della CTU e in base alla posizione del forno rispetto all'immobile del resistente.

Il motivo deve pertanto essere rigettato.

2. Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 115 c.p.c. e sostiene che la Corte di appello ha erroneamente applicato la nozione del notorio ritenendo di comune esperienza la nocività delle immissioni provocate dal barbecue senza avere valutato in concreto la effettiva nocività e pericolosità del manufatto, amovibile in quanto soltanto appoggiato al suolo.

2.1. La Corte di appello ha rilevato che per il comune buon senso e per le nozioni di comune esperienza il carbone di legna è nocivo. Il motivo è infondato perché rientra ormai nella comune esperienza che dalla bruciatura del carbone di legna (come rilevato dalla Corte di appello) si sviluppa una sostanza cancerogena; già nel 2010 l'Agenzia Internazionale per la ricerca sul cancro ha inserito il fumo di legna tra i possibili agenti cancerogeni; va aggiunto che anche su quotidiani a larga tiratura è stata evidenziata la nocività dei fumi da barbecue (v. ad es. il quotidiano La Stampa 8/8/2012 inserto salute).

3. Con il terzo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 113 c.p.c. e dell'art. 890 c.c. sostenendo che la Corte di appello non ha dato ingresso alla prova testimoniale ritualmente da lui proposta in primo grado ex art. 183 c.p.c., poi ribadita in atto di citazione in appello e pertanto, a suo dire, avrebbe violato l'art. 113 c.p.c. perché non avrebbe seguito le norme di diritto, omettendo l'assunzione degli elementi probatori volti a consentire al giudicante una completa analisi della fattispecie.

3.1 Il motivo è inammissibile in quanto la Corte di appello non ha pronunciato secondo equità ex art. 113 c.p.c., ma ha pronunciato secondo diritto decidendo la causa nel merito per la decisività delle risultanze istruttorie già acquisite e in particolare le risultanze della consulenza tecnica di ufficio secondo quanto già rilevato in precedenza in ordine ai primi due motivi di ricorso.

La doglianza, nella sostanza, concerne la mancata ammissione in appello, delle prove testimoniali già non ammesse in primo grado e non è quindi riconducibile alla violazione dell'art. 113 c.p.c..

Il motivo neppure può trovare accoglimento valutandolo, nel suo complesso, come deduzione della violazione del principio di legalità con riferimento alla omessa motivazione o omesso esame delle istanze istruttorie.

L'omessa ammissione della prova testimoniale, prima della riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c. poteva essere denunciata per cassazione solo nel caso in cui avesse determinato l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia e, quindi, ove la prova non ammessa ovvero non esaminata in concreto fosse stata idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la "ratio decidendi" venga a trovarsi priva di fondamento (Cass. 17/5/2007 n. 11457); analoghe considerazioni valgono anche con riferimento al ben più restrittivo art. 360 n. 5 c.p.c., come riformato dal DL 83/2012 conv. in L. 134/2012.

Neppure potrebbe ravvisarsi, sulla base del contenuto del motivo, una violazione del principio di legalità con riferimento all'omessa pronuncia perché la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c., rilevante ai fini di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, dello stesso codice, si configura esclusivamente con riferimento a domande attinenti al merito e non anche in relazione ad istanze istruttorie per le quali l'omissione è denunciabile soltanto sotto il profilo del vizio di motivazione (Cass. 5/7/2016 n. 13716).

4. In conclusione il ricorso deve essere rigettato; le spese di questo giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza dei ricorrenti.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.p.r. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1 comma 17 della l. n. 228 del 2012, tenuto conto che il ricorso è successivo al 30/1/2013, deve dichiararsi la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente del contributo unificato dovuto per il ricorso principale a norma dell'art. 1 bis dello stesso articolo 13.

*P.Q.M.*

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente C.I.G. a pagare a M.A. le spese di questo giudizio di legittimità che liquida in Euro 2.000,00 per compensi oltre 15% per spese generali, oltre Euro 200,00 per esborsi,

oltre accessori di legge. Sussistono i presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002 introdotto dall'art. 1 comma 17 della legge n. 228 del 2012.