

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Tiziana CARADONIO (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Paolo DI MARZIO (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Parte vittoriosa nel merito in primo grado, pronuncia esplicita su questione preliminare o pregiudiziale, impugnazione incidentale

Se la parte vittoriosa nel merito non è onerata della proposizione della impugnazione incidentale per sottoporre al Giudice di seconde cure la questione preliminare o pregiudiziale rimasta "assorbita" ("non accolta" da intendersi come non esaminata), a tal fine essendo sufficiente la mera "riproposizione" della stessa ex [art. 346 c.p.c.](#), nella comparsa di costituzione in grado di appello, a diversa conclusione deve, invece, pervenirsi nel caso in cui sulla questione preliminare/prejudiziale il Giudice di primo grado abbia espressamente pronunciato, rigettandola (in tal modo determinando il venir meno di un potere di rilievo officioso da parte del Giudice di appello), rendendosi necessaria in questo caso la impugnazione incidentale del relativo capo di sentenza ove si intenda impedire la presunzione di acquiescenza ex [art. 329 c.p.c., comma 2](#), sempre che la questione decisa presenti carattere di "autonomia" rispetto alla pronuncia di merito favorevole alla parte sul diritto controverso, nel senso che investa un presupposto processuale ovvero una eccezione preliminare di merito riconducibile alle "eccezioni litis ingressum impediens, ostantive ex se a qualsiasi decisione da parte degli aditi ordine giudiziario in genere o singolo giudice in specie, oppure all'introduzione del giudizio", dovendo riconoscersi tale carattere di autonomia a quelle "domande od eccezioni così come formulate, ove caratterizzate da quell'autonomia individualità, nei sensi in precedenza evidenziati, che attribuisce loro l'effetto d'interagire sul processo in via immediata ed anticipata rispetto a qualsiasi altro oggetto di decisione.

NDR: " (cfr. Corte cass. Sez. U, Ordinanza n. 25246 del 16/10/2008; id. Sez. 1, Sentenza n. 24021 del 26/11/2010; id. Sez. L, Sentenza n. 24124 del 28/11/2016; id. Sez. U -, Sentenza n. 11799 del 12/05/2017).

Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 24.10.2017, n. 25086

...omissis...

Il primo motivo violazione degli artt. 806 e 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1, 3 e 4 è manifestamente infondato.

Sostiene la ricorrente che la eccezione fondata sulla clausola di perizia contrattuale, in quanto volta a far valere la deroga alla giurisdizione dell'AGO è proponibile dalla parte e rilevabile ex officio in ogni stato e grado del giudizio, non trattandosi di eccezione in senso stretto, con la conseguenza che bene poteva essere proposta in grado di appello ex art. 346 c.p.c. senza dovere essere veicolata da apposito motivo di gravame dedotto con l'appello incidentale, come erroneamente ritenuto dalla Corte d'appello.

Il motivo è infondato.

Premesso che, diversamente da quanto opinato dalla ricorrente, la eccezione in questione deve essere qualificata come "eccezione preliminare di merito in senso stretto", attenendo non già ai limiti interni od esterni della giurisdizione, quanto alla temporanea sospensione di accesso alla tutela giurisdizionale, incidente sulla attuale "proponibilità" della domanda (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 11876 del 22/05/2007; limitatamente alla questione dell'accertamento del "quantum" liquidabile a titolo di indennizzo di polizza: Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 3961 del 13/03/2012; id. Sez. 3, Sentenza n. 2996 del 16/02/2016), assimilabile - pertanto - piuttosto alla eccezione di clausola compromissoria per arbitrato irrituale, e come tale riservata in via esclusiva alla istanza di parte (cfr. Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 4542 del 01/03/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 12684 del 30/05/2007; id. Sez. 2, Sentenza n. 5265 del 04/03/2011), osserva il Collegio che, tanto nel caso in cui si accedesse alla tesi della parte ricorrente secondo cui si tratta di eccezione "in rito" (difetto di giurisdizione), quanto nel caso in cui si configurasse la eccezione come di merito, avente ad oggetto la temporanea rinuncia ad adire l'AGO, l'argomento su cui si articola la esposizione della censura dedotta dalla ricorrente, interamente fondato sulla allegata rilevanza "ex officio" della eccezione in grado di appello, appare del tutto inconferente, atteso che la corretta devoluzione al Giudice di appello della questione preliminare/pregiudiziale, sulla quale la società assicurativa era rimasta soccombente in primo grado, in conseguenza di pronuncia esplicita di rigetto della eccezione, presupponeva necessariamente la specifica impugnazione della statuizione di rigetto. Ed infatti, se la parte vittoriosa nel merito non è onerata della proposizione della impugnazione incidentale per sottoporre al Giudice di seconde cure la questione preliminare o pregiudiziale rimasta "assorbita" ("non accolta" da intendersi come non esaminata), a tal fine essendo sufficiente la mera "riproposizione" della stessa ex art. 346 c.p.c. nella comparsa di costituzione in grado di appello, a diversa conclusione deve, invece, pervenirsi nel caso in cui sulla questione preliminare/pregiudiziale il Giudice di primo grado abbia espressamente pronunciato, rigettandola (in tal modo determinando il venir meno di un potere di rilievo officioso da parte del Giudice di appello), rendendosi necessaria in questo caso la impugnazione incidentale

del relativo capo di sentenza ove si intenda impedire la presunzione di acquiescenza ex art. 329 c.p.c., comma 2, sempre che la questione decisa presenti carattere di "autonomia" rispetto alla pronuncia di merito favorevole alla parte sul diritto controverso, nel senso che investa un presupposto processuale ovvero una eccezione preliminare di merito riconducibile alle "eccezioni litis ingressum impediens, ostative ex se a qualsiasi decisione da parte degli aditi ordine giudiziario in genere o singolo giudice in specie, oppure all'introduzione del giudizio", dovendo riconoscersi tale carattere di autonomia a quelle "domande od eccezioni così come formulate, ove caratterizzate da quell'autonoma individualità, nei sensi in precedenza evidenziati, che attribuisce loro l'effetto d'interagire sul processo in via immediata ed anticipata rispetto a qualsiasi altro oggetto di decisione" (cfr. Corte cass. Sez. U, Ordinanza n. 25246 del 16/10/2008; id. Sez. 1, Sentenza n. 24021 del 26/11/2010; id. Sez. L, Sentenza n. 24124 del 28/11/2016; id. Sez. U -, Sentenza n. 11799 del 12/05/2017).

A tali principi si è uniformata la Corte territoriale laddove ha dichiarato rinunciata la eccezione in esame, in difetto di proposizione di impugnazione incidentale avverso il capo di sentenza di prime cure che la rigettava, non potendo dubitarsi della "autonomia" della eccezione di perizia contrattuale, in quanto operante a monte della contestazione dei fatti costitutivi del diritto "ex contractu" fatto valere dalla società assicurata, non essendo diretta ad inficiare la fondatezza della domanda di condanna al pagamento dell'indennizzo assicurativo, quanto piuttosto ad impedire (temporaneamente) l'ingresso della stessa domanda di condanna alla tutela giudiziaria, atteso il vincolo obbligatorio derivante dalla convenzione di rinuncia ad adire l'AGO finchè non venga determinato il "quantum" dell'indennizzo da parte dei tecnici.

Con il secondo motivo A. Ass.ni s.p.a. deduce la violazione degli artt. 184 e 184 bis c.p.c., art. 345 c.p.c., comma 3, dell'art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5.

Il motivo è fondato.

Dagli atti risulta che L. s.r.l. a sostegno della domanda di condanna al pagamento dell'indennizzo assicurativo non aveva prodotto prove documentali nel corso del giudizio di prime cure, ma aveva allegato soltanto alla comparsa conclusionale la sentenza assolutoria pronunciata nel giudizio penale in data 16.2.2004, depositata in data 5.5.2004 e divenuta irrevocabile in data 25.5.2004, trattandosi di documento formatosi successivamente alla udienza 17.2.2004, svolta avanti il Tribunale per la precisazione delle conclusioni, e dal quale emergeva la quantificazione del danno patrimoniale conseguito all'incendio della merce immagazzinata (controricorso pag. 5).

Risulta altresì che il Tribunale, pur avendo disposto, su istanza di A. s.p.a., l'acquisizione degli atti del procedimento penale e non essendo questi ancora pervenuti, aveva trattenuto la causa in decisione, pronunciando sentenza in data 30.6.2004 con la quale rigettava la domanda di indennizzo proposta da L. s.r.l. per insufficienza delle prove fornite, essendosi questa "limitata a produrre dei prospetti e i soli libri contabili" che costituivano solo meri indizi (ricorso pag. 6-8).

Nell'atto di appello principale la società assicurata aveva dedotto che le bolle di consegna, le fatture ed i documenti di trasporto della merce erano stati prodotti in originale nel giudizio penale dal perito di parte Ing. Marino, e che le era stato conseguentemente impedito il tempestivo deposito in primo grado,

richiedendo pertanto di essere ammessa alla produzione in grado di appello (ricorso pag. 9)

La Corte territoriale, motivando "per relationem" alla ordinanza istruttoria in data 7.7.2011 (trascritta nel ricorso, pag. 14), ammetteva la produzione documentale:

- ritenendo applicabile la disposizione dell'art. 345 c.p.c., comma 3 (nel testo vigente anteriormente alla modifica della L. n. 69 del 2009 che ha esteso espressamente il divieto di nuove prove anche ai "nuovi documenti") che escludeva l'ammissione di "nuovi mezzi di prova, salvo che il Collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile";

- valutando come i "documenti sub 6 e sub 8" potessero offrire "utili elementi" ai fini dell'accertamento del quantum;

- ritenendo ammissibile la produzione degli altri atti, trattandosi di prove documentali in senso stretto (cfr. ricorso pag. 14).

Orbene la statuizione della Corte territoriale incorre nella censura denunciata, in quanto si pone in palese contrasto con la giurisprudenza di questa Corte, laddove:

a) interpreta il divieto di "nuove prove" prescritto dalla norma processuale, come riferito esclusivamente alle "prove costituenti", non incontrando limiti di ammissibilità la tardiva produzione in grado di appello di "prove costituite" preesistenti alla instaurazione del giudizio;

b) omette in ogni caso di argomentare il carattere di "indispensabilità" delle prove acquisite in grado di appello, limitandosi a valutare una generica "utilità" delle stesse.

L'argomento letterale, per cui non vengono richiamati nella norma, vigente al tempo, espressamente anche i "documenti", rimane -infatti- destituito di fondamento dalla implicita inclusione anche di questi ultimi tra i "mezzi di prova" intesi come forme rappresentative di fatti, ponendosi, pertanto, i "documenti" in rapporto di "species ad genus" rispetto ai "mezzi di prova", con conseguente applicazione anche alle "prove costituite" della barriera preclusiva dei termini perentori stabiliti dall'art. 184 c.p.c. (testo vigente *ratione temporis*) che comportano, nel giudizio di primo grado, "la decadenza dal potere di esibire documenti, salvo che la loro produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo o che la formazione sia successiva allo spirare dei suddetti termini.

Al di fuori di tali casi, il mancato rispetto dei termini stabiliti per le nuove deduzioni probatorie porta - per il carattere perentorio di essi - ad effetti che devono ritenersi di regola irreversibili, perchè removibili solo attraverso lo strumento della remissione in termini" (ai sensi dell'art. 184 bis c.p.c., testo vigente *ratione temporis*), e con la consequenziale interpretazione dell'art. 345 c.p.c., comma 3, (riformato dalla L. n. 353 del 1990) che "va letto nel senso che tale disposizione fissa sul piano generale il principio dell'inammissibilità dei "nuovi mezzi di prova" (cioè di quei mezzi di prova la cui ammissione non è stata in precedenza richiesta), e quindi anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti (e, quindi, le deroghe) a questa regola, con il porre in via alternativa (e non concorrente) i requisiti che detti "nuovi mezzi di prova" devono presentare per potere trovare ingresso in sede di gravame" (cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 8203 del 20/04/2005

intervenuta a comporre il contrasto sul punto). Le Sezioni Unite, pur riconoscendo autonoma portata al giudizio di "indispensabilità" riservato al Collegio, hanno opportunamente puntualizzato che "se si voglia attribuire una ragionevolezza al sistema e se si intenda, nello stesso tempo, conferire al disposto dell'art. 345, comma 3, una qualche operatività, non può che concludersi con l'affermare che il giudice d'appello, lungi dall'essere portatore di un potere discrezionale ai limiti dell'arbitrarietà e, comunque, insuscettibile di controllo, diviene titolare di un potere del cui esercizio deve dare conto con un provvedimento motivato, così come è tenuto a fare nel rito del lavoro il giudice che esercita i poteri d'ufficio ex art. 437, comma 2 (cfr. al riguardo Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004 n. 11353 cit., secondo cui l'esercizio del potere officioso del giudice, quand'anche si ritenesse avere carattere discrezionale, non può mai esercitarsi in modo arbitrario sicchè il giudice, a sensi dell'art. 134 c.p.c. e art. 111 Cost. sul giusto processo, è tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali ritiene di fare ricorso ai poteri istruttori o, invece, di disattendere una specifica richiesta in tal senso)...." (idem, Corte cass. SS.UU. n. 8203/2005). Tali conclusioni non sono state modificate dal recente arresto di Corte cass. Sez. U -, Sentenza n. 10790 del 04/05/2017 che intervenendo a definire l'ambito di discrezionalità riservato al Giudice di appello dall'art. 345 c.p.c., comma 3 - nel testo anteriore alla novella di cui al D.L. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla L. n. 134 del 2012 - hanno ricollegato la nozione di "indispensabilità" alla prova "di per sè idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado", richiedendo quindi, pur sempre, una espressa motivazione sul punto da parte del Giudice di merito.

La Corte d'appello non si è conformata agli indicati principi di diritto, dovendo in conseguenza essere cassata la statuizione impugnata, con rinvio della causa affinché la Corte territoriale valuti il carattere di "indispensabilità" e non di semplice rilevanza-utilità della prova acquisita ex officio.

Rimane pertanto assorbita la censura formulata, con lo stesso secondo motivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, in ordine al giudizio di "rilevanza" espresso dalla Corte d'appello sui documenti ammessi.

Il terzo motivo censura, per violazione dell'art. 1905 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, la statuizione della Corte di appello di inammissibilità delle eccezioni contrattuali di limitazione del quantum indennizzabile (per franchigie e/o scoperti di polizza), in quanto formulate per la prima volta nella comparsa conclusionale depositata in grado di appello.

Il motivo è infondato.

La società A. s.p.a. non ha fornito alcuna specifica indicazione del "quando e dove" detta eccezione sia stata "tempestivamente" proposta in primo grado, non essendo all'evidenza idoneo ad assolvere all'onere prescritto la mera generica allegazione secondo cui nella comparsa di risposta in primo grado "era stato fatto riferimento alla polizza quale documento regolatore del rapporto assicurativo nel suo complesso" (il generico riferimento al titolo del rapporto contrattuale, non implica all'evidenza la volontà di avvalersi indifferentemente di tutte le clausole, nè sopperisce all'onere di parte di

formulare in modo specifico le eccezioni in senso stretto) e neppure essendo stata trascritta nel ricorso dalla ricorrente la clausola limitativa in questione, nè tanto meno essendo stato indicato se siano state prodotte ed in che luogo del processo le Condizioni generali di polizza contenenti la detta clausola. In difetto della prova della rituale proposizione in primo grado della eccezione di merito, va esente da censura la statuizione della Corte territoriale che ha ritenuto "nuova", e come tale inammissibile, la eccezione dedotta in comparsa conclusionale.

In conclusione il ricorso trova accoglimento quanto al secondo motivo, infondati il primo ed il terzo motivo; la sentenza impugnata va cassata con rinvio della causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, per nuovo esame in ordine alla indispensabilità delle prove prodotte in grado di appello, e liquidazione anche delle spese del giudizio di legittimità.

Pqm

Accoglie il secondo motivo di ricorso, infondati il primo ed il terzo; cassa la sentenza in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte di appello di Roma in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.