

Civile Ord. Sez. 3 Num. 32485 Anno 2019

Presidente: AMENDOLA ADELAIDE

Relatore: GUIZZI STEFANO GIAIME

Data pubblicazione: 12/12/2019

sul ricorso 646-2018 proposto da:

LEONI CLAUDIO sia personalmente sia quale erede universale di LAMI RIZIERO e LAMI LIANA, RUBINI ELDA, domiciliati ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi dall'avvocato PAOLA MONALDI;

iuris"  
rilevabile  
d'ufficio -  
Necessità di  
evocare il  
contraddittorio  
-  
Sussistenza

R.G.N. 646/2018

Cron. 32485

Rep. C.I.

Ud. 25/09/2019

- **ricorrenti** -

**contro**

2019

1869

AXA ASSICURAZIONI SPA in persona del Direttore procuratore speciale Dr. MAURIZIO RAINO', elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, che la rappresenta e difende

CC

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

unitamente all'avvocato GIANCARLO FALETTI;

**- controricorrente -**

**nonchè contro**

CINECITTA' DI CORVI GIANFRANCO & C SAS , CORVI  
GIANFRANCO, LEONE GUIDO;

**- intimati -**

avverso la sentenza n. 1358/2017 della CORTE  
D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 08/06/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di  
consiglio del 25/09/2019 dal Consigliere Dott.  
STEFANO GIAIME GUIZZI;



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## FATTI DI CAUSA

1. Claudio Leoni (sia personalmente, che quale erede di Riziero Lami e Liana Lami) ed Elda Rubini ricorrono, sulla base di due motivi, per la cassazione della sentenza n. 1358/17, dell'8 giugno 2017, della Corte di Appello di Bologna, che – accogliendo il gravame proposto dalla società AXA Assicurazioni S.p.a. (d'ora in poi, "AXA") avverso la sentenza n. 766/11, del 23 settembre 2011, del Tribunale di Forlì – ha dichiarato prescritto il diritto di Riziero Lami, Liana Lami, Elda Rubini e Claudio Leoni a conseguire dalla società AXA il pagamento dell'importo relativo all'indennizzo dovuto alla società Cinecittà S.a.s. in conseguenza dei sinistri del 25 settembre e del 9 ottobre 2001, condannando i medesimi a restituire alla predetta società quanto ricevuto, per tale titolo, in esecuzione della sentenza di primo grado.

2. Dalla narrativa del ricorso emerge che i predetti Riziero Lami, Liana Lami, Elda Rubini e Claudio Leoni, creditori della società Cinecittà per canoni di locazione da essa non corrisposti (e ciò in forza di provvedimenti monitori immediatamente esecutivi, ex art. 664 cod. proc. civ.), procedevano, nel novembre del 2001, al pignoramento, ex art. 543 cod. proc. civ., delle somme dovute, dalla società AXA, alla predetta società Cinecittà, a titolo di indennizzo per polizza incendi, in relazione ai sinistri già sopra meglio descritti.

Le suddette procedure, tuttavia, venivano dichiarate estinte, essendo stata eccepita dal terzo pignorato la prescrizione del diritto all'indennizzo, atteso che la richiesta di pagamento dal curatore fallimentare della società Cinecittà risultava avanzata solo in data 17 giugno 2003 (ovvero, oltre un anno dopo il sinistro).

Veniva, pertanto, radicato un giudizio ex art. 2900 cod. civ., volto ad ottenere l'accertamento dell'obbligo di pagamento dell'indennizzo a carico di AXA, e ciò sul presupposto che operasse, nella specie, la

sospensione del termine prescrizione prevista dall'art. 2952, comma 2, cod. civ., in virtù della notificazione degli atti di pignoramento presso terzi (da intendersi come atti di costituzione in mora) effettuati dai Lami, dalla Rubini e dal Leoni, e ciò sul presupposto che la sospensione del termine dovesse ritenersi efficace anche se proveniente non dal creditore, ma da un terzo.

Accolta la domanda dal primo giudice, la Corte di Appello di Bologna, su gravame della società AXA, dichiarava, invece, l'intervenuta prescrizione del diritto all'indennizzo.

A tale conclusione essa perveniva sul rilievo che, sebbene il termine di prescrizione fosse stato sospeso dalla notificazione degli atti di pignoramento presso i terzi del novembre 2001, per effetto della pendenza delle procedure esecutive (affermazione non censurata nel presente giudizio e non sindacabile, pertanto, in questa sede di legittimità), lo stesso aveva iniziato nuovamente a decorrere a partire dal 19 aprile 2004, data dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato estinta la procedura espropriativa presso terzi, per poi spirare, definitivamente, in data anteriore a quella della notificazione dell'atto di citazione del giudizio di primo grado, da parte degli odierni ricorrenti, risalendo tale adempimento al 28 dicembre 2005.

3. Avverso la sentenza della Corte di Appello felsinea hanno proposto ricorso per cassazione il Leoni e la Rubini, sulla base di due motivi.

3.1. Il primo motivo – proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), cod. proc. civ. – ipotizza violazione o falsa applicazione degli artt. 2938, 2935 e 2697 cod. civ.

Sul presupposto che quella di prescrizione sia un'eccezione in senso stretto, che deve, quindi, fondarsi su fatti allegati dalla parte,

restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso, i ricorrenti si dolgono della verifica propria di tale seconda evenienza.

Difatti, sebbene la società AXA avesse eccipito il decorso del termine annuale di prescrizione sul presupposto che il primo atto interruttivo fosse costituito  <sup>dalla</sup> la richiesta di indennizzo inviata dal curatore del fallimento della società Cinecittà in data 17 giugno 2003, la Corte felsinea ha, invece, individuato, quale "*dies a quo*" del termine prescrizione, il 19 aprile 2004, data dell'ordinanza con cui il Tribunale di Ravenna ha dichiarato l'estinzione della procedura espropriativa presso terzi.

Si richiamano, in proposito, i ricorrenti al principio enunciato da questa Corte e secondo cui "l'eccezione di prescrizione, in quanto eccezione in senso stretto, deve fondarsi su fatti allegati dalla parte, quand'anche suscettibili di diversa qualificazione da parte del giudice", sicché "il debitore, ove eccepisca la prescrizione del credito, ha l'onere di allegare e provare il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso, conosciuto attraverso un documento prodotto ad altri fini da diversa parte in causa" (è citata, in particolare, Cass. Sez. Lav., sent. 13 luglio 2009, n. 16326 ed è, inoltre, richiamata Cass. Sez. Un., sent. 25 luglio 2002, n. 10955).

3.2. Il secondo motivo – proposto ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 3) e 4), cod. proc. civ. – ipotizza violazione degli artt. 101, 112 e 359 cod. proc. civ. e dell'art. 2938 cod. civ.

Si assume che quella pronunciata dalla Corte territoriale sia una sentenza cosiddetta "della terza via" (ovvero, "a sorpresa"), con conseguente violazione del principio del contraddittorio.

4. Ha resistito all'avversaria impugnazione, con controricorso, la società AXA, chiedendone il rigetto.

Quanto al primo motivo, essa si richiama al principio giurisprudenziale secondo cui l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, ed abbia manifestato la volontà di ottenere la declaratoria di estinzione del diritto azionato dalla controparte, a nulla rilevando che chi la invochi abbia erroneamente individuato il termine applicabile, ovvero il momento iniziale o finale di esso, trattandosi di questione di diritto sulla quale il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte.

In ordine al secondo motivo, la controricorrente si riporta all'affermazione secondo cui la sentenza che decida su di una questione di puro diritto, rilevata d'ufficio, senza procedere alla sua segnalazione alle parti, onde consentire su di essa l'apertura della discussione (cd. terza via), non è nulla, in quanto, da tale omissione, può solo derivare un vizio di "*error in iudicando*", ovvero di "*error in iudicando de iure procedendi*", la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato.

5. Ha presentato memoria la controricorrente, insistendo nelle proprie argomentazioni.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

6. Il ricorso va accolto, per quanto di ragione.

6.1. I motivi vanno esaminati congiuntamente, data la loro connessione.

6.1.1. Sul punto, deve muoversi proprio da quanto affermato dall'arresto delle Sezioni Unite citato – sebbene con finalità diversa – dagli odierni ricorrenti. Nello stesso, infatti, viene enunciato il principio secondo cui, in "tema di prescrizione estintiva, elemento costitutivo della relativa eccezione è l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la determinazione della durata di questa, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una «*quaestio iuris*» concernente l'identificazione del diritto stesso e del regime prescrizionale per esso previsto dalla legge", con la conseguenza "che la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, non anche di indicare direttamente o indirettamente (cioè attraverso specifica menzione della durata dell'inerzia) le norme applicabili al caso di specie, l'identificazione delle quali spetta al potere-dovere del giudice", al cui rilievo officioso – sebbene "previa attivazione del contraddittorio sulla relativa questione" (come si dirà meglio di seguito) – spetta l'individuazione "di una norma di previsione di un termine diverso" (Cass. Sez. Un., sent. 25 luglio 2002, n. 10955, Rv. 556223-01).

Sulla scorta di tali affermazioni, la successiva giurisprudenza di questa Corte ha ulteriormente precisato che, non essendo onere della parte "quello di individuare direttamente o indirettamente le norme applicabili al caso di specie", visto che tale incumbente "costituisce una «*quaestio iuris*» concernente l'identificazione del diritto stesso e del regime prescrizionale per esso previsto dalla legge", non assume rilievo "la genericità o l'errore della parte relativamente al periodo di tempo che dovrebbe intendersi coperto dalla prescrizione, nonché alla individuazione del termine iniziale, atteso il potere-dovere del giudice di esaminare l'eccezione medesima e di stabilire in concreto ed

autonomamente se essa sia fondata in tutto o in parte, determinando il periodo colpito dalla prescrizione e la decorrenza di esso in termini eventualmente diversi da quelli prospettati dalla parte". (Cass. Sez. Lav., sent. 23 agosto 2004, n. 16573, Rv. 576080-01).

Si tratta, peraltro, di affermazione successivamente ribadita, essendosi riconfermato che la "eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, a nulla rilevando che chi la invochi abbia erroneamente individuato il termine applicabile, ovvero il momento iniziale o finale di esso: queste ultime infatti sono questioni di diritto, sulle quali il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte" (Cass. Sez. 1, sent. 22 maggio 2007, n. 11843, Rv. 597118-01; in senso conforme, Cass. Sez. 1, sent. 27 luglio 2016, n. 15631, Rv. 640674-01, citata dalla controricorrente).

6.1.2. Nondimeno, la stessa giurisprudenza testé illustrata, proprio a partire dal citato arresto delle Sezioni Unite del 2002, reputa, comunque, necessaria la "previa attivazione del contraddittorio sulla relativa questione" (in tale senso, del resto, più di recente, anche Cass. Sez. 6-3, ord. 20 gennaio 2014, n. 1064, Rv. 630345-01).

Coglie, dunque, nel segno il ricorso allorché lamenta la natura di sentenza "a sorpresa" della decisione impugnata, e dunque la violazione dell'art. 101 cod. proc. civ. (e 111, comma 1, Cost.).

La Corte felsinea, pertanto, avrebbe dovuto dare corso al contraddittorio, innanzitutto perché gli odierni ricorrenti avrebbero potuto, in ipotesi, dedurre il compimento di – ulteriori – atti interruttivi tra il 19 aprile 2004 (data dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato estinta la procedura espropriativa presso terzi) ed il 28 dicembre 2005, ovvero quella della notificazione dell'atto di citazione del giudizio di primo grado.



Ma a prescindere da tale rilievo, il confronto tra le parti si presentava, comunque, necessario. E ciò non fosse altro al fine di verificare – anche ai sensi degli artt. 345 e 346 cod. proc. civ. – se rientrasse, effettivamente, in quel potere-dovere del giudice di esaminare l'eccezione di prescrizione, nonché di stabilirne in concreto ed autonomamente la fondatezza (in tutto o in parte), l'intendimento poi espresso della Corte territoriale.

In altri termini, il contraddittorio tra le parti avrebbe dovuto investire la stessa possibilità per il giudice di appello – dopo aver condiviso la ricostruzione del Tribunale, secondo cui il termine di prescrizione era stato sospeso dalla notificazione degli atti di pignoramento presso i terzi del novembre 2001 – di ritenere che tale termine fosse nuovamente decorso a partire dal 19 aprile 2004 (data dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato estinta la procedura espropriativa presso terzi), per poi spirare, in via definitiva, prima della notificazione dell'atto di citazione del giudizio di primo grado.

6.2. All'accoglimento del ricorso, per quanto di ragione, segue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio alla Corte di Appello di Bologna, in diversa composizione, perché decida nel merito, alla stregua dei principi dianzi enunciati, oltre che per la liquidazione delle spese anche del presente giudizio.

### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il ricorso, per quanto di ragione, e, per l'effetto, cassa in relazione la sentenza impugnata, rinviando alla Corte di Appello di Bologna, in diversa composizione, per la decisione nel merito, oltre che per la liquidazione delle spese anche del presente giudizio.

Così deciso in Roma, all'esito di adunanza camerale della Sezione  
Terza Civile della Corte di Cassazione, il 25 settembre 2019.

