

CEDAM

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

N. PICARDI - A. SALETTI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Novembre-Dicembre
2016

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ, sentenza 20 luglio 2016, n. 14917

Pres. Rovelli – Rel. Virgilio

F.G. c. E. La S. S.p.A.

L'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità. (massima non ufficiale).

Il luogo in cui la notificazione viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto. Ne consegue che i vizi relativi alla individuazione di detto luogo, anche qualora esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia ex tunc, o per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata (anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità), o in conseguenza della rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dalla parte stessa oppure su ordine del giudice ai sensi dell'art. 291 c.p.c. (massima non ufficiale).

(Omissis). – 1. Come detto in narrativa, la terza sezione civile sottopone all'esame di queste sezioni unite la questione di stabilire se la notificazione del ricorso per cassazione nel domicilio eletto per il primo grado di giudizio, quando sia stato eletto in appello un nuovo domicilio e presso un diverso difensore, sia semplicemente nulla, con possibilità di rinnovazione, ovvero sia inesistente, con conseguente impossibilità di sanatorie di sorta. L'ordinanza interlocutoria rileva, al riguardo, l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità. In sintesi, secondo un primo orientamento, la notifica dell'impugnazione, eseguita presso il procuratore cui sia stato revocato il mandato e sostituito da altro procuratore, deve considerarsi inesistente – e come tale insuscettibile di sanatoria, con conseguente inammissibilità dell'impugnazione – una volta che nel giudizio la controparte abbia avuto conoscenza legale di tale sostituzione. In tal caso, infatti, la notifica effettuata al precedente difensore si compie presso persona ed in luogo non aventi alcun riferimento con il destinatario dell'atto, giacché, una volta intervenuta la sostituzione del difensore revocato, si interrompe ogni rapporto tra la parte ed il procuratore cessato, e questi non è più gravato da alcun obbligo, non operando la proroga che si accompagna alla semplice revoca del mandato senza la nomina di nuovo difensore (la sentenza capostipite di questo orientamento è individuata in Cass., sez. un., n. 3947/1987; sono poi citate, tra le altre, Cass. n. 9147/2007, 3964/2008, 3338/2009, 13477/2012).

Diverso orientamento, invece, ritiene nulla (e quindi sanabile), e non inesistente, la notifica eseguita presso un domicilio od un avvocato che non abbia più rapporti con la parte. In particolare è stata ritenuta la nullità, e non l'inesistenza, della notificazione nei seguenti casi (tra altri): a) notificazione dell'atto di appello eseguita presso l'avvocato domiciliatario il quale, successivamente alla data di deliberazione della sentenza di primo grado, era stato cancellato dall'albo per effetto dell'irrogazione di sanzione disciplinare (Cass. n. 12478/2013); b) notificazione del ricorso per cassazione eseguita, anziché presso il procuratore do-

miciliario della parte nel giudizio di secondo grado, presso il diverso procuratore domiciliario in primo grado (Cass. n. 13451/2013); *c*) notificazione del ricorso per cassazione eseguita, anziché presso il procuratore domiciliario, presso altro difensore della parte costituito nel giudizio di appello (Cass. n. 8759/1987); *d*) notificazione del ricorso per cassazione eseguita al domicilio eletto per il primo grado, quando il destinatario dell'atto sia rimasto contumace in appello (Cass., sez. un., n. 10817/2008 e Cass. n. 22529/2006); *e*) in un caso analogo a quello oggetto del presente giudizio – e decidendo su ricorso proposto dal medesimo odierno ricorrente –, notificazione dell'impugnazione eseguita presso il difensore nominato in primo grado, ma al quale era stato nel frattempo revocato il mandato (Cass. n. 6183/2009). Si osserva, in conclusione, nell'ordinanza che, alla luce dell'analisi dell'intera produzione giurisprudenziale di questa Corte a partire da Cass., sez. un., n. 3947/87, cit., «la radice prima del contrasto risiede nella totale inaffidabilità della pur tradizionale distinzione tra nullità ed inesistenza della notificazione, o quanto meno nella pretesa di ravvisare la distinzione tra l'una e l'altra nell'esistenza o meno d'un qualche collegamento tra destinatario e luogo della notifica». «La storia della giurisprudenza degli ultimi quaranta anni» – conclude il Collegio rimettente – «dimostra infatti che quel criterio, per la sua sconfinata latitudine, è stato suscettibile delle più disparate applicazioni, e lungi dal costituire un criterio distintivo sicuro, ha rappresentato nei fatti un argine rotto al torrente delle opinioni, un fomite inesauribile di liti ed un volano di contrasti. Né va trascurato che la tradizionale distinzione tra nullità ed inesistenza, nella misura in cui favorisce esiti processuali diversi da una decisione piena nel merito, appaia di dubbia compatibilità col mutato quadro costituzionale e con l'ordinamento sovranazionale».

2.1. – Anche se nella fattispecie l'ipotesi ricorrente, come detto sopra, è quella della notificazione del ricorso per cassazione effettuata nel domicilio eletto per il primo grado di giudizio, nell'ipotesi in cui il destinatario dell'atto abbia in grado di appello nominato un diverso procuratore ed eletto un diverso domicilio, ritengono le sezioni unite che le questioni sollevate necessitano di un esame e di una soluzione più generali, poiché investono, in radice, un unico problema di fondo – di notevolissimo rilievo teorico e pratico (in quanto ha dato luogo da decenni, e continua a dar luogo, a persistenti oscillazioni giurisprudenziali) –, che consiste nell'individuare un criterio distintivo il più possibile chiaro, univoco e sicuro tra le tradizionali nozioni di inesistenza e di nullità della notificazione (specificamente, del ricorso per cassazione) e che, in definitiva, tocca, come rileva l'ordinanza interlocutoria, la stessa validità concettuale (e concreta utilità) della distinzione tra le due nozioni, cioè, in sostanza, la configurabilità della inesistenza come «vizio» dell'atto, autonomo e più grave della nullità, con le conseguenze che ne derivano.

2.2. – L'unica norma del codice di procedura civile che si occupa dell'invalidità della notificazione è l'art. 160 c.p.c., il quale, sotto la rubrica «Nullità della notificazione», dispone che «La notificazione è nulla se non sono osservate le disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia, o se vi è incertezza assoluta sulla persona a cui è fatta o sulla data, salva l'applicazione degli artt. 156 e 157». Ai fini che qui interessano assume centrale rilievo l'art. 156 («Rilevanza della nullità»), il quale prevede che: «Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge» (comma primo); «Può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo» (comma secondo); «La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato» (comma terzo).

Una prima osservazione può essere già formulata: in tema di notificazione, come in generale di atti processuali, il codice non contempla la categoria della «inesistenza», nemmeno con

riguardo alla sentenza priva della sottoscrizione del giudice, qualificata come affetta da nullità per la quale è tuttavia esclusa, ai sensi dell'art. 161, comma 2°, c.p.c., l'applicazione del principio dell'assorbimento nei mezzi di gravame – sul tema cfr. ora Cass., sez. un., n. 11021/2014 –; nullità, quindi, assolutamente insanabile (in relazione alla quale viene evocata, da una gran parte della dottrina e della giurisprudenza, la figura della inesistenza). Tale constatazione, tuttavia, per un verso non è appagante: il legislatore non ha motivo di disciplinare gli effetti di ciò che non esiste, non solo, com'è ovvio, dal punto di vista storico-naturalistico, ma anche sotto il profilo giuridico; per altro verso, induce a ritenere che la nozione di inesistenza della notificazione debba essere definita in termini assolutamente rigorosi, cioè confinata ad ipotesi talmente radicali che il legislatore ha, appunto, ritenuto di non prendere nemmeno in considerazione (già da tempo la giurisprudenza ha sottolineato l'esigenza di assegnare carattere residuale alla categoria dell'inesistenza della notificazione: Cass., sez. un., n. 22641/2007 e n. 10817/2008; Cass. n. 6183/2009 e n. 1478/2013). In definitiva, deve affermarsi che l'inesistenza della notificazione è configurabile, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile quell'atto. L'inesistenza non è, dunque, in senso stretto, un vizio dell'atto più grave della nullità, poiché la dicotomia nullità/inesistenza va, alla fine, ricondotta alla bipartizione tra l'atto e il non atto.

2.3. – Rilievo fondamentale va attribuito in materia al citato art. 156 c.p.c. (richiamato dall'art. 160), nel quale trova diretta espressione – unitamente agli artt. 121 («gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo») e 131, comma 1° (secondo il quale, quando la legge non prescrive che il giudice pronunci sentenza, ordinanza o decreto, «i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo») – il principio di strumentalità delle forme degli atti processuali, che permea l'intero codice di procedura civile ed al quale, quindi, l'interprete deve costantemente ispirarsi. Le forme degli atti, cioè, sono prescritte al fine esclusivo di conseguire un determinato scopo, coincidente con la funzione che il singolo atto è destinato ad assolvere nell'ambito del processo, e così, in definitiva, con lo scopo ultimo del processo, consistente nella pronuncia sul merito della situazione giuridica controversa: che il principio del «giusto processo», di cui all'art. 111 Cost. ed all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comprenda, tra i valori che intende tutelare (oltre alla durata ragionevole del processo, all'imparzialità del giudice, alla tutela del contraddittorio; ecc.), il diritto di ogni persona ad un «giudice» che emetta una decisione sul merito della domanda ed imponga, pertanto, all'interprete di preferire scelte ermeneutiche tendenti a garantire tale finalità, costituisce affermazione acquisita nella giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass., sez. un., nn. 15144/2011, 17931/2013, 5700/2014, nonché Cass. nn. 3362/2009, 14627/2010, 17698/2014, 1483/2015 e la stessa ordinanza di rimessione), anche alla luce di quella della Corte CEDU, la quale ammette limitazioni all'accesso ad un giudice solo in quanto espressamente previste dalla legge ed in presenza di un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (v., tra le altre, *Omar c. Francia*, 29 luglio 1998; *Bellet c. Francia*, 4 dicembre 1995), ponendo in rilievo la esigenza che tali limitazioni siano stabilite in modo chiaro e prevedibile (v., ad es., *Faltejssek c. Rep. Ceca*, 15 agosto 2008).

2.4. – In particolare, riveste importanza decisiva l'art. 156, comma 3°, cit., il quale, dopo che nel comma precedente è previsto che la nullità può essere pronunciata – anche al di là dell'espressa comminatoria di legge – «quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo», stabilisce, con formula perentoria e di chiusura, che la nullità «non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è

destinato». Da tale norma discendono, per quanto concerne la notificazione, le seguenti conseguenze: *a*) occorre che un «atto», riconoscibile come «notificazione», esista, nei ristretti termini sopra indicati, e che verranno di seguito precisati; *b*) se così è, qualunque vizio dell'atto ricade nell'ambito della nullità, senza che possa distinguersi, al fine di individuare ulteriori ipotesi di inesistenza attraverso la negazione del raggiungimento dello scopo, tra valutazione *ex ante* e constatazione *ex post*, poiché il legislatore ha chiaramente inteso dare prevalenza a quest'ultima – in piena attuazione del principio della strumentalità delle forme –, cioè ai dati dell'esperienza concreta, sia pure dovuta ad accadimenti del tutto accidentali, rispetto agli elementi di astratta potenzialità e prevedibilità.

2.5. – Scopo della notificazione è quello di provocare la presa di conoscenza di un atto da parte del destinatario, attraverso la certezza legale che esso sia entrato nella sua sfera di conoscibilità, con gli effetti che ne conseguono (in termini – per quanto qui interessa – di instaurazione del contraddittorio). In presenza di una notificazione nulla, così come opera la sanatoria per raggiungimento dello scopo, attraverso la costituzione in giudizio della parte intimata, correlativamente, in mancanza di tale costituzione, il giudice, ai sensi dell'art. 291 c.p.c., deve disporre la rinnovazione della notificazione (fissando a tal fine un termine perentorio), a meno che la parte stessa non abbia a ciò già spontaneamente provveduto. Entrambi i rimedi, che sono previsti a fronte del verificarsi del medesimo presupposto della nullità della notificazione – con l'unica peculiarità che l'attivazione spontanea della parte (con la costituzione o la rinnovazione) rende superfluo l'intervento del giudice –, operano con efficacia *ex tunc*, cioè sanano con effetto retroattivo il vizio della notificazione (quella originaria, nel caso di rinnovazione): ciò è previsto espressamente nel citato art. 291 («la rinnovazione impedisce ogni decadenza»), si configura come una normale qualità del concetto di sanatoria e costituisce un'ulteriore espressione del principio di strumentalità delle forme. Va ribadito, per completezza, che il detto effetto sanante *ex tunc* prodotto dalla costituzione del convenuto – la quale non è mai tardiva, poiché la nullità della notificazione impedisce la decorrenza del termine (per tutte, Cass., sez. un., n. 14539/2001) – opera anche nel caso in cui la costituzione sia effettuata al solo fine di eccepire la nullità (tra altre, Cass., sez. un., n. 5785/1994; Cass. nn. 10119/2006, 13667/2007, 6470/2011).

2.6. – La notificazione è solitamente definita come una sequenza di atti, un procedimento, articolato in fasi e finalizzato allo scopo indicato nel paragrafo precedente. Gli elementi costitutivi imprescindibili di tale procedimento vanno individuati, quanto al ricorso per cassazione: *a*) nell'attività di trasmissione, che deve essere svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere l'attività stessa, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; *b*) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento, in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, *ex lege*, eseguita: restano, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, sì da dover reputare la notifica meramente tentata ma non compiuta, cioè, omessa. La presenza di detti requisiti, che possono definirsi strutturali, va ritenuta idonea ai fini della riconoscibilità dell'atto come notificazione: essi, cioè, sono sufficienti a integrare la fattispecie legale minima della notificazione, rendendo qualificabile l'attività svolta come atto appartenente al tipo previsto dalla legge. In conclusione, deve essere superata la tesi che include in tale modello legale, facendone derivare, in sua mancanza, la inesistenza della notificazione, il requisito del «collegamento» (o del «riferimento») tra il luogo della notificazione e il destinatario: si tratta, infatti, di un elemento che si colloca fuori del perimetro strutturale della notificazione e la cui assenza (come nelle fattispecie indicate nell'ordinanza di rimessione) ricade, in base all'insieme delle considerazioni

fin qui svolte, nell'ambito della nullità, sanabile con effetto *ex tunc* attraverso la costituzione dell'intimato o la rinnovazione dell'atto, spontanea o su ordine del giudice (*Omissis*).

Il lento addio dei giudici all'«inesistenza» degli atti processuali

1. – Le sezioni unite eludono il manicheismo del quesito «se, alla luce del mutato quadro costituzionale e comunitario, conservi validità scientifica ed utilità pratica la distinzione tra nullità ed inesistenza della notificazione» rivolto dall'Ordinanza di rimessione⁽¹⁾; e scelgono di rispondere con debita nettezza al quesito (in termini logici) secondario, che però è destinato ad agitarsi soltanto per lo *status quo* che si finisce per protrarre: il quesito se «la notificazione del ricorso per cassazione nel domicilio eletto per il primo grado di giudizio, quando sia stato eletto in appello un nuovo domicilio e presso un diverso difensore, sia semplicemente nulla, con possibilità di rinnovazione, ovvero sia inesistente, con conseguente impossibilità di sanatorie di sorta».

La Corte dà una risposta che era già nel novero delle opzioni praticabili⁽²⁾ pur senza l'ipertrofia concettuale esibita stavolta (in ragione dell'opzione pregiudiziale che appariva esigibile), e cioè che «il luogo in cui la

(1) Cfr. Cass. 30 marzo 2015, n. 6427, sulla quale v. R. Poli, *Rimessa alle Sezioni Unite la distinzione tra nullità ed inesistenza della notificazione*, in questa *Rivista* 2015, 1100 ss. Un altro provvedimento di rimessione è stato esaminato e deciso in pari data: si tratta(va) di Cass. 11 luglio 2014, n. 15946, definita dal medesimo collegio con sentenza gemella n. 14916. Peculiarità delle fattispecie *sub iudice* a parte, soltanto l'ordinanza più recente poneva gli interrogativi di sistema dei quali si è appena detto nel testo.

(2) Cass., sez. un., 17 marzo 2004, n. 5459 avevano, per es., già deciso di non dare continuità all'indirizzo che qualificava in termini di inesistenza e non di nullità una patologia prossima a quella di specie, già sollevando dubbi «in radice [su]lla congruità della distinzione – il cui carattere empirico traspare dalle stesse formule usate per descriverla». Più specificamente, poi, Cass., sez. un., 29 ottobre 2007, n. 22641, aveva ritenuta nulla la notifica del ricorso per cassazione, avverso un provvedimento della Commissione tributaria, effettuata non presso la sede o il domicilio dell'Agenzia delle Entrate bensì presso l'Avvocatura dello Stato, in considerazione della facoltà, concessa all'Agenzia dall'art. 72 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura. L'ambito applicativo dell'inesistenza della notificazione era stato così ristretto in base non già all'effettivo collegamento tra il luogo della notifica ed il suo destinatario, ma in base a un affidamento meritevole di tutela, così superando l'idea che la conoscibilità dell'atto da parte del destinatario dovesse comunque essere misurata con parametri oggettivi ed effettivi (cfr. M. Bina, *Tutela dell'affidamento e nullità della notificazione dell'atto di impugnazione*, in *Giur. it.* 2008, 1463; A. Frassinetti, *Sulla nullità della notifica del ricorso in cassazione presso il difensore in primo grado della parte rimasta contumace in appello*, in questa *Rivista* 2009, 514).

notificazione del ricorso per cassazione viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto. Ne consegue che i vizi relativi all'individuazione di detto luogo, anche qualora esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia *ex tunc*, o per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata (anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità), o in conseguenza della rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dalla parte stessa oppure su ordine del giudice ai sensi dell'art. 291 c.p.c.».

Tuttavia, per ribadire una conclusione corretta le sezioni unite si muniscono di un apparato concettuale *made to measure* o persino *bespoke* (l'arte sartoriale inglese distingue molto dentro il confusivo italico «su misura») in cui – tanto per cominciare – «l'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione (rimane) configurabile», ancorché «nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità».

Tra queste ipotesi residuali si fa rientrare, appunto, quella della «mancanza (...) del «collegamento» (o del «riferimento») tra il luogo della notificazione e il destinatario: si tratta, infatti, di un elemento che si colloca fuori del perimetro strutturale della notificazione e la cui assenza (come nelle fattispecie indicate nell'ordinanza di rimessione)⁽³⁾ ricade, in base all'insieme delle considerazioni fin qui svolte, nell'ambito della nullità».

⁽³⁾ Cfr. Cass. 30 marzo 2015, n. 6427, cit., secondo la quale «la distinzione tra nullità ed inesistenza è inaffidabile in quanto, data una fattispecie legale astratta composta di più elementi, tutte le volte che la fattispecie concreta risulti priva anche di uno solo di tali elementi l'effetto giuridico non si produce: e vano sarebbe pretendere di stabilire quale elemento costitutivo della fattispecie sia richiesto a pena di nullità, e quale a pena di inesistenza. (...) Ma, pur concesso che quella distinzione potesse ammettersi, in teoria, in tema di notificazioni, resterebbe il fatto che giustificarla con l'esistenza o meno 'd'un qualche collegamento' tra luogo della notificazione e destinatario di esso significa di fatto rinunciare a qualsiasi criterio discriminante dogmaticamente affidabile. La storia della giurisprudenza degli ultimi quaranta anni dimostra, infatti, che quel criterio, per la sua sconfinata latitudine, è stato suscettibile delle più disparate applicazioni, e lungi dal costituire un criterio distintivo sicuro, ha rappresentato nei fatti un argine rotto al torrente delle opinioni, un fomite inesauribile di liti ed un volano di contrasti. Né va trascurato che la tradizionale distinzione tra nullità ed inesistenza, nella misura in cui favorisce esiti processuali diversi da una decisione piena nel merito, appaia di dubbia compatibilità col mutato quadro costituzionale e con l'ordinamento sovranazionale, nella parte in cui – consacrando il principio del 'giusto processo' – impongono all'interprete di preferire le scelte ermeneutiche in grado di assicurare che il processo pervenga ad una decisione di merito».

Per «qualificare» come notificazione un atto, ovvero per stabilire quali siano gli «elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione», le sezioni unite sostengono che in via di principio occorra «almeno» un'«attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato»; e, in aggiunta, una «fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento (in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, *ex lege*, eseguita), restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, sì da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa».

In pratica, se è vero che «l'inesistenza non è, dunque, in senso stretto, un vizio dell'atto più grave della nullità», tuttavia il campo è ben lungi dal risultarne sminuito: ciò che avrebbe imposto, in uno a definizione concettuale talvolta più sottile («sequenza di atti, attività»), di scegliere in misura autenticamente radicale opzioni che tanto avrebbero consentito (in rapporto agli atti diversi dalla sentenza) e la cui eco cosciente si avverte nella decisione in commento, dove l'esercizio del «potere»⁽⁴⁾ o il «tentativo»⁽⁵⁾ dell'atto, quali tecniche ricostruttive delle fattispecie di atto processuale invalido, rimandano univocamente agli studi più recenti sulla materia⁽⁶⁾.

2. – Invece, le Sezioni Unite lasciano in sostanza le cose come stavano prima del loro intervento, ovvero non solo confermano la distinzione tra nullità ed inesistenza degli atti processuali (e della notificazione in parti-

⁽⁴⁾ R. Poli, *Invaldità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino 2012.

⁽⁵⁾ F. Auletta, *Nullità e 'inesistenza' degli atti processuali civili*, Padova 1999.

⁽⁶⁾ Non completamente estranei alle applicazioni giurisprudenziali; per es., in ordine alla fattispecie dell'atto nullo quale forma dell'atto tipico al modo del tentativo quale riduzione della figura del reato consumato, ma pur sempre tipizzata, v. Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3075: «In tema di notificazione, la violazione delle prescrizioni sulla persona e sul luogo della consegna del plico da notificare è causa di nullità – e non di inesistenza – quando si possa ipotizzare la conoscenza dell'atto da notificare da parte del destinatario come potenziale sviluppo dell'attività irrualmente posta in essere dall'Ufficiale notificante»; «la conoscenza ascrivibile invece solo a fatti accidentali, operanti come accadimenti esterni ed autonomi, privi di ogni nesso con l'indicata attività, non è nemmeno astrattamente qualificabile come raggiungimento dello scopo, tenendosi conto che la relativa espressione delinea il verificarsi dell'obiettivo cui l'atto invalido è preordinato non per una qualunque causa, indipendentemente dalla sua natura, ma in forza del sopravvenire di situazioni emendative che possano portare al conseguimento del fine programmato mediante integrazione della potenziale (ancorché incompleta) idoneità dell'atto stesso».

colare), ma confermano pure la distinzione tra c.d. inesistenza storica («totale mancanza materiale dell'atto») e c.d. inesistenza giuridica («attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile quell'atto»). Per quanto riguarda, in particolare, la c.d. inesistenza storica dell'atto, le Sezioni Unite non si dilungano affatto in proposito, dando praticamente per scontato che, nell'ipotesi di «totale mancanza materiale dell'atto», debba parlarsi d'inesistenza dell'atto stesso, situazione in presenza della quale non potrebbe farsi applicazione dei principi in materia di raggiungimento dello scopo, integrazione e rinnovazione dell'atto, etc.

Per quanto riguarda, invece, la c.d. inesistenza giuridica, le Sezioni Unite, dopo averne confermato l'autonomia concettuale rispetto alla nullità, si limitano, in pratica, a ridurre l'area di operatività della prima a vantaggio della seconda, specificando quali sarebbero gli elementi o requisiti, definiti «strutturali», in presenza dei quali può dirsi esistente l'atto di notificazione, in particolare dell'impugnazione.

Sotto entrambi i profili ora segnalati la sentenza qui in commento sollecita diverse considerazioni. Poiché la stessa s'impegna in particolare sulla c.d. inesistenza giuridica, è da questa che prenderemo le mosse.

3. – La nullità della notificazione a norma dell'art. 160 c.p.c. dipende dalla circostanza che «non sono osservate le disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia, o se vi è incertezza assoluta sulla persona a cui è fatta o sulla data, salva la applicazione degli artt. 156 e 157 c.p.c.». E dov'è nullità lì non può esserci altro, senza nessun bisogno di impregnarsi nell'ammettere o negare l'«inesistenza».

Di violazione (percettibile sul piano formale) delle «disposizioni circa la persona alla quale la copia deve essere consegnata» è pure la vicenda sottoposta alle sezioni unite, dunque; e non serviva né sarebbe mai servito distinguere i casi in cui il consegnatario, seppure non legittimato a riceverla la copia, avesse o meno un qualche «collegamento», «attinenza» o «riferimento» con il destinatario per la semplice ragione che qualsiasi deviazione dalla legge regolatrice del processo per cui è già stabilita la nullità non può venir disapplicata dall'interprete in favore di predicati di (troppo) mediata riconduzione alla legge stessa.

Sotto questo profilo, l'evoluzione della tecnica legislativa è marcata verso un modello di nullità già testualmente dotata di vocazione omnicomprensiva – quindi, di converso, riduttiva fino all'annichilimento dell'area a disposizione di categorie *praeter legem* –, come si rileva dall'art. 11 l. 21 gennaio 1994, n. 53 («Facoltà di notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati e procuratori legali»): «Le notificazioni di cui alla presente legge

sono nulle e la nullità è rilevabile d'ufficio, se mancano i requisiti soggettivi ed oggettivi ivi previsti, se non sono osservate le disposizioni di cui agli articoli precedenti e, comunque, se vi è incertezza sulla persona cui è stata consegnata la copia dell'atto o sulla data della notifica» (7).

Senonché, non muovendo dall'esatta ricognizione dei confini della comminazione scritta di nullità e senza operare la definizione delle linee per concludere l'area dell'invalidità già classificata dal legislatore *sub specie* di nullità, le sezioni unite – nel pur sicuro passo in avanti segnato sul cammino di affrancazione da un concetto dannoso, ancor più quando *taylor-made* – espongono l'interprete a incertezze ulteriori e non piccole.

Si tratta delle incertezze che inevitabilmente accompagnano l'atto di secernere casi ulteriori di inesistenza per via di sussunzione del fatto storico nel tipo normativo rimessa a successive «qualificazioni»; vale a dire esiti (in ultimo tutt'altro che pronosticabili) di un giudizio progressivo sulla medesima relazione tra fatto e tipo, irriducibile a una misura obiettiva dei rispettivi «perimetr[i] struttural[i]» (8).

Ma è proprio ciò che la Corte di cassazione finisce coll'esigere quando prescrive la ricerca di «elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione» o la ricerca di un «soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività», o infine degli «esiti positivi della notificazione (...) in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, *ex lege*, eseguita». Si tratta di una catena di giudizi la cui imprevedibilità di risultato riuscirà soltanto calmierata dall'abbattimento del numero entro cui si renderanno ancora praticabili tali indagini, ma non è vero che «detti requisiti (...) possono definirsi strutturali», *i.e.* formali. E questo perché «a integrare la fattispecie legale minima della notificazione, rendendo qualificabile l'attività svolta come atto appartenente al tipo previsto dalla legge» subentrano – nel modello di giudizio postulato dalla Corte di cassazione – effetti di precedenti qualificazioni (extraformali), a cominciare dalla legittimazione soggettiva «al» e la definitività oggettiva «del» procedimento (9).

(7) Cfr. su questa tecnica comminatoria F. Auletta, *Considerazioni inattuali sulla notificazione dell'impugnazione*, in questa *Rivista* 1995, 1258 ss.

(8) La forma del giudizio, secondo N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 6, è sempre «sintesi fra un soggetto e un predicato: dove soggetto è il fatto concreto e particolare, e predicato è la qualifica proveniente dalla norma».

(9) Basti leggere la massima di Cass., sez. un., 15 luglio 2016, n. 14594 per rendersi conto che l'ipotesi base di notificazione qualificabile come inesistente (quando «l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, sì da dover reputare la notificazione

Insomma, come Conso sospettava già all'inizio degli anni Cinquanta⁽¹⁰⁾, il concetto di atto giuridicamente inesistente non appare affatto necessario per guadagnare una certa soluzione, e però la meta di ritenere che ogni altra patologia che non la nullità si ponga (non *praeter*, bensì) *contra legem*, segnatamente in contrasto con il disposto dell'art. 160 c.p.c. e che, dunque, la nullità sia la sola conseguenza di qualsiasi vizio delle notificazioni sembra ancora lontana dall'essere raggiunta. Il che rappresenta una puntuale mortificazione della costituzionale riserva di legge in materia processuale la quale, se può soffrire di interpretazioni abroganti verso il Giudice stesso⁽¹¹⁾, è pur sempre nel senso di abilitare dettati legislativi che lascino a lui discrezionalità anche estrema, non mai di convalidare disapplicazioni giudiziarie di «una precisa disposizione» (art. 12, comma 2°, prel.). Si correrebbe altrimenti il rischio di tornare alla nullità *comminatoire* dell'*Ordonnance* del 1667, in cui «la libertà del giudice sta[va] in questo che le nullità comminate dalla legge possono essere pronunziate, ovvero sanate, senza che alcun criterio legale fissi al giudice la via da seguire. Nel sistema della legalità, la legge fissa invece un criterio al quale il giudice deve obbligatoriamente attenersi»; criterio della legalità che sarà il portato fondamentale della Rivoluzione: «la rivoluzione francese, affermato energicamente il carattere costituzionale dello scopo complessivo del processo, doveva evidentemente negare la possibilità che la disciplina delle nullità potesse avere altro scopo che quello, per l'appunto, che è lo scopo riconosciuto al processo. Di qui alla illazione che spetta, dunque, alla legge, e non al giudice, stabilire tale disciplina, il passo era breve»⁽¹²⁾.

Peraltro, anche volendo consentire verso uno strumentario argomentativo diverso dal piano della tassatività legislativa, qual è quello della Corte

meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa») è essa stessa incertissima: «la parte che ha richiesto la notifica, nell'ipotesi in cui non sia andata a buon fine per ragioni e lei non imputabili, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve attivarsi con immediatezza per riprendere il processo notificatorio e deve svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento. Questi requisiti di immediatezza e tempestività non possono ritenersi sussistenti qualora sia stato superato il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data rigorosa prova». Insomma, in «circostanze [si] eccezionali» (esemplificate dalle sezioni unite con «difficoltà del tutto particolari nel reperire l'indirizzo del nuovo studio») non sarà predicabile *ex ante* se la notificazione sia o meno da qualificare come «omessa», cioè «giuridicamente» inesistente.

⁽¹⁰⁾ Cfr. G. Conso, *Sull'abuso del concetto di atto processuale inesistente*, in *Giur. it.* 1951, II, 29 ss.

⁽¹¹⁾ È la tesi di S. Chiarloni, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano 2008, 403 ss.

⁽¹²⁾ E. Minoli, *L'acquiescenza nel processo civile*, Torino 1942, 174 e 182.

Edu, non si diverge di molto negli esiti, che postulano una compiuta *regulation by the State*; nell'ammettere, infatti, limitazioni all'accesso alla giustizia si esigono, quand'anche in assenza di espresse disposizioni legali, comunque chiare previsioni od ostacoli prevedibili, in guisa per es. di *jurisprudence bien etablie*, sicché – in ultimo – «the right to a court, of which the right of access is one aspect, is not absolute; it is subject to limitations permitted by implication, in particular where the conditions of admissibility of an appeal are concerned, since by its very nature it calls for regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in this regard»⁽¹³⁾.

4. – Alcune delle considerazioni che precedono portano a dissentire anche dalla tesi, viceversa ribadita dalle Sezioni Unite, secondo cui l'inesistenza si avrebbe senz'altro (almeno) nelle ipotesi di «totale mancanza materiale dell'atto», vale a dire di c.d. inesistenza storica. La contrapposizione tra «atto difettoso» e «difetto di atto», infatti, nella logica e nella tecnica del procedimento giurisdizionale – oltre a non essere tracciabile con criteri certi, come appena evidenziato –, appare priva di rilevanza con speciale riferimento agli atti non terminativi della serie processuale⁽¹⁴⁾. Non solo l'art. 160 c.p.c., ma nessuna delle disposizioni che si occupano della forma e della nullità degli atti distingue tra «atto difettoso» e «difetto di atto»: solo a titolo esemplificativo, l'art. 182 c.p.c. contempla l'ipotesi della sanatoria (anche) dell'omesso rilascio della procura al difensore; l'art. 158 c.p.c. disciplina la nullità (anche) per omesso intervento del pubblico ministero; l'art. 101, comma 2°, c.p.c., prevede la nullità della sentenza nel caso di omessa assegnazione del termine per il deposito di memorie sulla questione rilevata d'ufficio. E così via.

Più in generale, l'art. 156, comma 2°, c.p.c., laddove contempla la nullità «quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo», pare ricomprendere nella sua sfera d'influenza e operatività anche l'ipotesi della mancanza «degli elementi costi-

⁽¹³⁾ C. Giust. Edu 28 ottobre 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Spagna*. Sul criterio di proporzionalità, v., a proposito del formalismo, che quando eccessivo è tale da poter essere qualificato come limitazione sproporzionata rispetto al diritto di accesso alla giustizia, C. Giust. Edu 12 luglio 2016, n. 50147/11. Su entrambi i profili: fissazione per via legislativa del requisito formale e sua esigibilità, v. anche la pronuncia resa nei confronti della Repubblica italiana dalla C. Giust. Edu 15 settembre 2016, n. 32610/07 (con riferimento all'art. 366 *bis* c.p.c.).

⁽¹⁴⁾ Per le diverse giustificazioni teoriche della mancanza di autonomia del fenomeno dell'inesistenza quando riferito agli atti non conclusivi del processo, v. F. Auletta, *Nullità*, *op. cit.*, 217 ss.

tutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile quell'atto» (per usare le parole delle Sezioni Unite), ovvero il «non atto», laddove «atto difettoso» e «difetto di atto» ancora una volta si equivalgono *quoad effectum*. In particolare, nessuno dubita che, ad esempio, pur in caso di omessa (ovvero «totale mancanza materiale dell'atto») comunicazione o notificazione di un rinvio dell'udienza (o delle operazioni peritali), se la parte nel cui interesse la dovuta comunicazione o notificazione è stata omessa si presenta all'udienza successiva (o all'incontro col c.t.u.), e non eccepisce alcuna lesione al proprio diritto di difesa, quella «totale mancanza materiale dell'atto» è sanata per raggiungimento dello scopo *ex art.* 156, comma 3°, c.p.c.

Analogamente, gli artt. 179, comma 1°, e 183, punto *b*), c.p.p. dispongono, rispettivamente, che «Sono insanabili e sono rilevate d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento le nullità (...) derivanti dalla omessa citazione dell'imputato (...); e che le nullità sono sanate «se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato»⁽¹⁵⁾.

Di qui la smentita del rilievo assolutistico, espresso dalle Sezioni Unite, secondo cui «il legislatore non ha motivo di disciplinare gli effetti di ciò che non esiste, non solo, com'è ovvio, dal punto di vista storico-nauralistico, ma anche sotto il profilo giuridico». Infatti, il legislatore si occupa eccome – e non potrebbe essere altrimenti – anche delle deviazioni dal modello legale del procedimento che si concretizzano in una pura «omissione di condotta», e ricomprende tali deviazioni nella *species* di invalidità, *species* che qualifica e regola anche in termini di nullità. E si tratta di un modo di operare perfettamente coerente con la funzione e la struttura del procedimento giurisdizionale.

Nella logica e nella tecnica del procedimento giurisdizionale, invero, in presenza di una deviazione dal modello legale, può non rilevare se si tratta di «atto difettoso» oppure di «difetto di atto», perché, in entrambi i casi, per un verso, viene a mancare una delle condotte che secondo il legislatore rappresentano un elemento essenziale per la validità della sentenza; per altro verso, se successivamente alla deviazione dal modello, per irrilevanza in concreto dell'elemento mancante o per successivo raggiungimento dello scopo della norma sulla forma inosservata, il procedimento può proseguire verso la sua naturale meta – la pronuncia nel merito della domanda proposta –, la deviazione del procedimento perde rilevanza.

⁽¹⁵⁾ Da ultimo, Cass. 9 settembre 2016, n. 37532, nell'accogliere la doglianza difensiva relativa alla mancata notifica dell'avviso d'udienza di appello al difensore di fiducia, ha ribadito che la relativa omissione si risolve nell'ambito disciplinare della nullità.

Ciò che importa e quindi occorre verificare è piuttosto come la deviazione abbia inciso sul potere esercitato, perché a seconda della specifica incidenza del vizio mutano le modalità e gli effetti delle cause del suo superamento previste dall'ordinamento processuale.

Così, nel caso di vizi che incidono sull'esistenza del potere esercitato – vizi di regola rilevabili d'ufficio –, l'effetto tipico di tale potere si produce solo dal momento della rinnovazione o integrazione dell'atto che ne costituisce la manifestazione, salva l'applicazione del principio di strumentalità, da un lato, e di preclusioni e decadenze dall'altro. Nel caso di vizi che incidono esclusivamente sulla legittimità dell'esercizio di un potere esistente, invece – vizi di regola rilevabili solo ad istanza di parte –, gli effetti tipici del potere esercitato si producono immediatamente, sia pure, di regola, in forma provvisoria, salvo stabilizzarsi al momento in cui possono ritenersi altrimenti soddisfatti gli interessi protetti dalla norma violata⁽¹⁶⁾.

5. – In sintesi, la sentenza segna un passo in avanti nella soggezione (dei giudici) alla legge processuale, non ancora il passo d'addio a fragili concetti che, nonostante le incrinature, evidentemente vengono considerati ancora un'estrema riserva di utilità (dei giudici).

FERRUCCIO AULETTA

Professore ordinario nell'Università «Federico II» di Napoli

ROBERTO POLI

Professore straordinario nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale

⁽¹⁶⁾ Il che significa, secondo un'altra prospettiva, che quando l'atto consente di individuare con certezza il potere processuale esercitato, questo in effetti sussiste in capo al suo autore e si tratta del potere che il procedimento prevede per quel determinato segmento processuale, il procedimento stesso attiva, di regola, dei meccanismi di conservazione degli effetti dell'atto stesso – pure ove questo sia stato realizzato in termini difformi dai modelli legali di riferimento – assicurando, fin quando è possibile, la prosecuzione del procedimento stesso verso la decisione nel merito e quindi il conseguimento della tutela giurisdizionale richiesta. Per una recente, chiara applicazione di questo principio v. Cass., sez. un. 14 settembre 2016, n. 18121, la quale ha affermato che l'appello proposto davanti ad un giudice diverso, per territorio o grado, da quello indicato dall'art. 341 c.p.c. non determina l'inammissibilità dell'impugnazione, ma è idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*. La Corte è giunta a tale conclusione osservando, tra l'altro, che «il vizio in esame, infatti, non incide sull'esistenza del potere d'impugnazione, ma solo sul suo legittimo esercizio, essendo stato tale potere esercitato dinanzi ad un giudice diverso da quello al quale andava proposto il gravame». Per un più ampio discorso su tale principio e sulle sue varie applicazioni v. R. Poli, *Invaldità ed equipollenza*, cit., 11 ss., 146 ss., 158 ss., 176 ss., 201 ss., 204, 221 ss., 227 ss., 233 ss., 253 ss., 259, 260 ss., 287, 310, 333, 344, 390 ss., 461, 465, 527 ss., 631 ss., 647 ss.