

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 17316-2007 proposto da:

R.R.

- ricorrente -

contro

assicurazione S.P.A.

- controricorrente -

e contro

alfa S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1003/2006 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 24/04/2006, R.G.N. 4231/2003;

Svolgimento del processo

p. 1. Il 14 marzo del 1994 il Presidente del Tribunale di Milano, accogliendo il ricorso della s.p.a. alfa ingiungeva a R. R. il pagamento della somma di L. 34.741.200 a titolo di residuo rimborso, per 34 rate, del finanziamento di durata triennale concessogli per L. 14.040.000 nel giugno del 1984 per l'acquisto di un'autovettura usata. Nel maggio del 1994 il R. proponeva opposizione al decreto ed evocava in giudizio oltre l'opposta la s.p.a. Assicurazioni, con la quale aveva dovuto stipulare polizza assicurativa per il furto e l'incendio dell'autovettura a suo dire a favore della società mutuante, adducendo che l'autovettura era stata rubata, che il furto era stato denunciato alla finanziatrice, senza che per dieci anni egli ricevesse notizia alcuna, e che la finanziatrice aveva omesso di far valere il diritto all'indennizzo verso la società assicuratrice. Per tali ragioni chiedeva la revoca del decreto proposto e subordinatamente dichiararsi l'assicuratrice, che chiamava in causa, obbligata a versare l'indennizzo pattuito.

Nel costituirsi in giudizio la alfa eccepiva che il furto dell'autovettura non aveva avuto l'effetto di esentare il R. dall'obbligo di pagare le rate del finanziamento successivamente in scadenza e deduceva, per quanto ancora interessa, che nessun indennizzo era stata conseguito dall'assicuratrice. Quest'ultima eccepiva il difetto di legittimazione del R. a far valere il diritto previsto dalla polizza in vece della proprietaria e comunque l'intervenuta prescrizione annuale.

p. 2. Dopo che, a seguito di interruzione e riassunzione del processo alla assicurazioni era subentrata l'incorporante assicurazioni S.p.A., con sentenza dell'agosto 2003, il Tribunale di Milano, sulla premessa che i due contratti di mutuo e di assicurazione erano fra loro distinti e che pertanto il mutuatario R. non aveva alcun diritto in dipendenza del furto sopravvenuto, di interrompere il pagamento delle rate di restituzione della somma mutuata, affermava la perdurante esistenza della sua obbligazione, disattendendo l'eccezione di prescrizione da lui formulata, riteneva infondata la prospettazione relativa al pregiudizio causato dalla mutuate per non aver fatto valere la garanzia assicurativa, adducendo che non era stato prodotto il documento contrattuale relativo alla polizza assicurativa di modo che non era possibile qualificare la sua esatta natura. Respingeva in conseguenza l'opposizione al decreto ingiuntivo ed anche la domanda del R. contro l'assicuratrice.

p. 3. La sentenza veniva appellata dal R. e, nella costituzione sia della alfa S.p.A. sia della assicurazioni S.p.A., la corte d'appello di Milano con sentenza del 24 aprile 2006, confermava la sentenza impugnata nel merito, mentre in riforma parziale di essa compensava le spese del primo grado. Compensava altresì le spese del giudizio d'appello e nella motivazione dichiarava nulla la costituzione della alfa S.p.A., in quanto la procura generale alle liti richiamata nella comparsa di costituzione risposta risultava nulla.

p. 4. Contro questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione il R. affidandolo a tre motivi.

Al ricorso ha resistito con controricorso la assicurazioni S.p.A. mentre non ha svolto attività difensiva la società alfa.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente il collegio rileva che la notificazione del ricorso nei confronti della alfa S.p.A., che non ha svolto attività difensiva, appare rituale. Invero parte ricorrente ha attivato il procedimento di notificazione nei confronti di detta società sia direttamente nei suoi riguardi, sia presso gli avvocati g.s. e a.s.

L'Avvocato s. risulta indicato nella sentenza come difensore che si era costituito per alfa spa in appello e la cui procura è stata dichiarata nulla. No è dato sapere a che titolo il tentativo di notifica sia stato effettuato nei confronti dell'altro legale, peraltro congiuntamente. Peraltro, all'atto della notificazione, avvenuta a mezzo posta, i due legali sono risultati trasferiti, come dall'annotazione sull'avviso restituito dall'Ufficiale Giudiziario.

E' invece andata a buon fine al notificazione in via diretta alla alfa.

Essendovi stata dichiarazione di contumacia della medesima nel giudizio di appello, la notificazione del ricorso, ai sensi dell'art.330 cpc., u.c. avrebbe potuto legittimamente e ritualmente farsi solo alla Fiat Auto personalmente e, quindi, nei luoghi indicati dall'art.145 cpc., il che risulta avvenuto, tenuto conto che è

stato prodotto il relativo avviso di ricevimento in data 12 giugno 2006 riguardo all'atto spedito l'8 giugno 2006.

E' appena il caso di rilevare che la parte dichiarata contumace a seguito di dichiarazione di nullità della sua costituzione e rimasta tale fino alla decisione e, quindi, considerata allo stesso modo da quest'ultima, ai fini del luogo in cui dev'essere notificata sia la sentenza, sia l'impugnazione dev'essere considerata contumace, poichè la sua situazione processuale è quella ritenuta in sentenza.

E' da rilevare che la giurisprudenza di questa Corte è ferma nel ritenere che La notificazione dell'atto di appello presso il procuratore della parte erroneamente dichiarata contumace, anzichè personalmente alla parte, è inesistente, atteso che, ai fini della determinazione del destinatario e del luogo di notifica dell'impugnazione, ex art.330 cod. proc. civ., considerate anche le esigenze di certezza necessarie per il rispetto dei termini di cui agli artt.325 e 327 cod. proc. civ., deve ritenersi vincolante la qualificazione data dal giudice alla posizione processuale della parte, quale strumento di tutela dell'appellante nell'esercizio del suo diritto al gravame. (Cass. n.8917 del 1994; in senso conforme Cass. n.13745 del 2006; n.10312 del 2012).

La conclusione nel senso della vincolatività della qualificazione della posizione processuale della parte è quella che con riferimento al principio di diritto richiamata interessa, mentre non viene in rilievo la qualificazione come inesistente della notifica effettuata presso i procuratori della parte dichiarata contumace, che, come s'è veduto, non è andata in porto.

p. 2. Il ricorso pone un motivo preliminare che il Collegio reputa idoneo a definirlo senza che occorra esaminare gli altri motivi.

Vi si sostiene la *"nullità delle sentenze di primo e secondo grado per inesistenza/nullità della procura alle liti della alfa s.p.a."* adducendo che essa deriverebbe da quanto affermato dalla sentenza impugnata e precisamente da quanto in limine della sua motivazione la Corte meneghina ha così argomentato: dovrà essere dichiarata la contumacia di alfa S.p.A., dal momento che la procura generale alle liti richiamata nell'odierna comparsa di costituzione risposta dall'apparente difensore avvocato g.s. del foro di Napoli, e siccome contenuta nella scrittura autenticata il 2 novembre 1989 dal dr. B.e. notaio in Milano (rep. n. 22700), risulta in realtà essergli stata conferita dalla beta S.p.A., soggetto estinto a seguito di incorporazione, e non dall'appellata alfa S.p.A. D'altra parte la procura che si assume rilasciata a margine della medesima comparsa di cui sopra dalla alfa S.p.A. ed ancora al suindicato avvocato S., nonchè all'avvocato (e domiciliatario) r.c. del foro di Milano, non risulta in concreto conferita da alcun soggetto, in quanto difetta qualsiasi *sottoscrizione da parte appunto del mandante, peraltro indicato nel "legale rappresentante pro tempore"*, senza specificazione nominativa di sorta.

Si sostiene che, sulla scorta della procura ritenuta inesistente fin dalla fase monitoria, sarebbe stato condotto non solo lo stesso giudizio monitorio, ma anche quello di opposizione svoltosi davanti al tribunale di Milano e, quindi sulla base dell'invocazione del principio di diritto di cui a Cass. n. 15977 del 2001 (secondo cui La procura costituisce il presupposto della valida costituzione del rapporto processuale per cui l'attività processuale posta in essere dal difensore privo di una valida procura è inesistente; pertanto, la nullità della procura, in quanto inidonea al raggiungimento dello scopo cui è destinata, è rilevabile d'ufficio dal giudice e tale pronuncia non è censurabile sotto il profilo del vizio dell'ultrapetizione) si chiede a questa Corte di accertare e dichiarare l'inesistenza, o subordine, la nullità di tutte le domande dalla stessa svolte nei confronti dell'odierno ricorrente è di tutta l'attività processuale effettuata in nome e per conto della

medesima, con derivata nullità delle sentenze di primo e secondo grado emesse rispettivamente dal Tribunale e dalla Corte di Appello di Milano nel giudizio.

p. 2.1. Il motivo così prospettato, allorquando è stato proposto aveva il significato di prospettare un error in procedendo della sentenza impugnata, sotto il profilo che, avendo essa stessa sostanzialmente ravvisato che l'attività processuale svolta fin dal ricorso monitorio dalla alfa s.p.a. lo era stato con il ministero di un difensore privo di procura, perchè la procura generale alle liti risultava conferita da soggetto estintosi per incorporazione e non dalla alfa, avrebbe dovuto in via consequenziale trarne la conclusione che la domanda proposta dalla stessa alfa era, in via derivata nulla e, quindi, non poteva dare luogo a pronuncia merito di essa, ma alla definizione in rito del processo, in ragione della detta nullità, da considerarsi irrimediabile.

A sostegno di questa prospettazione si assume che tutto il giudizio di primo grado, sia per la fase monitoria che per quella a cognizione piena, si era svolto sulla base di quella procura e, dunque, non lo si dice esplicitamente, ma è detto implicitamente, che all'atto di costituirsi in giudizio a seguito dell'opposizione del R. la alfa s.p.a. non aveva prodotto nuova procura a margine della o in calce alla sua comparsa e nemmeno richiamato altra procura per legittimare la sua attività processuale ai fini della salvezza della domanda proposta con il rito monitorio, divenuta da esaminarsi, a seguito dell'opposizione, con la cognizione piena a prescindere dalla validità del decreto e, quindi, anche della validità in rito, nella specie sotto il profilo di una valida rappresentanza tecnica.

Va considerato, a questo punto, che, non essendo stata sottoposta la sentenza impugnata a ricorso dalla alfa s.p.a. la sua dichiarazione di contumacia, sulle sue ragioni giustificative si è formata cosa giudicata interna, sicchè se esse fossero da intendere nel senso ipotizzato dalla ricorrente, le conseguenze postulate, non dovrebbero essere riconosciute come determinate da un errore della sentenza stessa sulla base che risulterebbe ormai emergere da un giudicato interno.

Il Collegio rileva che il tenore della motivazione cui parte ricorrente fa riferimento si presta, all'esito della lettura che meglio appare ragionevole, ad essere inteso nel senso da essa ipotizzato. Invero, ancorchè la motivazione, evocando la procura alle liti notarili del 2 novembre 1989 non dica che si trattava della procura in base alla quale era stato richiesto il decreto ingiuntivo e si era svolto il giudizio di primo grado, la circostanza che essa fosse stata richiamata in grado di appello, essendo essa ben anteriore al ricorso per decreto ingiuntivo si presta ad essere intesa, una volta apprezzata secondo criteri di mera logica, necessariamente come implicante proprio quella circostanza: è sufficiente osservare che, se la procura alle liti notarile non fosse stata la stessa utilizzata nella fase monitoria e nella fase di opposizione al decreto ingiuntivo sarebbe stato del tutto inspiegabile che la si richiamasse nella comparsa di costituzione della Fiat in appello, supponendone la validità anche per il grado di appello, circostanza che poteva spiegarsi - se effettivamente essa fosse stata valida - per la sua natura di procura generale alle liti, come tale abilitante i difensori anche allo svolgimento del ministero in grado di appello. Si ha, dunque, certezza che nessun'altra procura avesse sorretto il ministero dei difensori in primo grado.

La motivazione in parte qua della sentenza d'appello va, dunque, letta, nonostante il suo carattere non espresso in questo senso, cioè nel senso che ha considerato come inidonea a giustificare la costituzione in appello la stessa procura che aveva sorretto il ministero dei difensori fin dalla fase monitoria.

Le svolte considerazioni sono anche corroborate dall'esame degli atti prodotti dal ricorrente.

Invero, nel suo fascicolo di parte del giudizio d'appello si rinviene quello di parte del giudizio di primo grado ed in esso il ricorso per decreto ingiuntivo che diede origine alla lite. Esso fa riferimento come procura

proprio alla procura generale evocata dalla sentenza impugnata, mentre a margine reca una procura rilasciata agli Avvocati g.s. e al dottor proc. a.p., ma essa è seguita solo dalle loro sottoscrizioni e non indica chi la conferisce e per conto di chi e nemmeno reca autenticazione di una sottoscrizione per rilascio, onde è *tamquam non esset* come procura. Si ha, dunque, conferma, se ve fosse bisogno, ma si è detto di no, che la Fiat Auto introdusse l'azione con la procura generale alle liti, di cui è giudicato la non riferibilità ad essa.

Da quanto rilevato deriva che l'accertamento della inidoneità a giustificare il ministero cui è pervenuta la Corte territoriale, giusto o sbagliato che sia (e spiegare se lo era richiederebbe considerazioni sul fenomeno dell'incorporazione anteriormente alla introduzione dell'art.2504-bis cc.), è un accertamento, ormai passato in cosa giudicata interna agli effetti di questo giudizio di cassazione, che si riferisce alla procura come tale e, quindi, anche con riguardo alla fase monitoria e alla fase di opposizione in primo grado e, quindi, all'attività processuale fin dall'inizio della lite.

Il detto accertamento, essendosi concretato nell'affermazione che la procura risultava rilasciata da altro soggetto rispetto alla alfa, si è concretato nel riconoscimento che la procura riguardo alla stessa alfa era inesistente.

Poichè la procura alle liti de qua, oltre ad essere stata spesa per la fase monitoria, è quella che ha retto la fase di opposizione al decreto ingiuntivo, nella quale, a seguito dell'opposizione del R., la domanda proposta in sede monitoria era divenuta da trattarsi con il rito ordinario a cognizione piena, è palese che il vizio di inesistenza della procura ha colpito in via successiva non solo la domanda monitoria e, quindi, il ricorso ed il decreto ingiuntivo, ma anche la domanda agli effetti della trattazione con il rito ordinario, la quale avrebbe potuto essere salvata soltanto, ferma restando la invalidità della fase monitoria e, quindi, del decreto ingiuntivo, dalla produzione con la comparsa di risposta a seguito della citazione in opposizione di una nuova valida procura, che avrebbe potuto spiegare effetti di attribuzione del ministero ai fini di quella trattazione. Ciò, perchè l'opposizione al decreto ha un carattere anche impugnatorio che determinando la trasformazione del rito da sommario in rito a cognizione piena impone la decisione sulla domanda secondo le regole a cognizione piena al di là della validità del decreto e, dunque, consente che l'opposto, privo di procura nella fase monitoria, possa munirsi ai fini della detta cognizione (si veda, sostanzialmente in questo senso, Cass. n.5171 del 1994, secondo cui L'invalidità del decreto ingiuntivo, per essere stato il ricorso sottoscritto da un difensore sfornito di procura, non è di ostacolo al giudizio di merito che si instaura con l'opposizione, dovendo il giudice di questa accertare la fondatezza delle pretese fatte valere dallo ingiungente opposto, ove ritualmente riproposto in tale sede, senza che rilevi - salvo che ai fini dell'esecuzione provvisoria e dell'incidenza delle spese nella fase monitoria - se l'ingiunzione sia stata o no legittimamente emessa; anteriormente si veda Cass. n. 1581 del 1956).

Tutto lo svolgimento processuale, dunque, risulta affetto da nullità ed il Tribunale in primo grado e, quindi, la Corte milanese, sulla scorta dell'inesistenza della procura avrebbero dovuto definire il giudizio con una pronuncia di mero rito dichiarativa della sussistenza del difetto del presupposto processuale del ministero del difensore.

Tanto dev'essere ora rilevato da questa Corte, integrando una fattispecie in cui la domanda, sia monitoria, sia a cognizione piena, non poteva essere proposta per difetto di ministero di difensore ai sensi dell'art.382 cpc., comma 3..

Questa conclusione non è in alcun modo in contrasto con la recente affermazione che Il mancato rilascio di procura alle liti determina l'inesistenza soltanto di tale atto, ma non anche dell'atto di citazione, non costituendone requisito essenziale, atteso che, come si evince anche dall'art.163 cpc., comma 2, n.6, sulla

necessità di indicare il nome ed il cognome del procuratore e la procura, se già rilasciata, il difetto non è ricompreso tra quelli elencati nel successivo art.164 cod. proc. civ., che ne producono la nullità.

L'atto di citazione privo della procura della parte è, quindi, idoneo ad introdurre il processo e ad attivare il potere dovere del giudice di decidere, con la conseguenza che la sentenza emessa a conclusione del processo introdotto con un atto di citazione viziato per difetto di procura alle liti è nulla, per carenza di un presupposto processuale necessario ai fini della valida costituzione del giudizio, ma non inesistente, sicchè detta sentenza, pur viziata "*come sentenza contenuta*", per effetto del principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione, di cui all'art.161 cpc., comma 1, è suscettibile di passare in cosa giudicata in caso di mancata tempestiva impugnazione nell'ambito dello stesso processo nel quale è stata pronunciata, non essendo esperibili i rimedi dell'aedo o *dell'exceptio nullitatis*, consentiti solo nel caso di inesistenza della sentenza (Cass. sez. un. n. 20934 del 2011).

Al contrario, nella specie il rilievo dell'inesistenza è riferito alla procura ed è possibile perchè in questa sede si è ancora in sede di impugnazione e la questione è rimasta "viva" proprio in ragione della devoluzione della controversia in tale sede.

p. 3. Dev'essere, dunque, cassata la sentenza impugnata senza rinvio con declaratoria che la domanda della alfa s.p.a. non poteva essere proposta nè ai fini della fase monitoria nè ai fini della cognizione piena determinata dalla proposizione dell'opposizione, per la mancanza della procura alle liti.

Il decreto ingiuntivo resta caducato per effetto della rilevazione della mancanza di procura alle liti.

I residui motivi restano assorbiti.

p. 4. L'esito favorevole del giudizio di opposizione al decreto che consegue in capo al R., preclude lo scioglimento del nesso di subordinazione con cui egli aveva proposto la domanda subordinata nei riguardi della resistente (nei cui confronti, peraltro non era rivolto alcuno dei motivi del ricorso), onde essa resta assorbita e su di essa non v'è necessità di pronunciarsi.

La complessità della questione di rito esaminata e la stessa incertezza della vicenda oggetto della controversia, là dove evocava i principi che regolano il fenomeno del collegamento negoziale, inducono alla compensazione delle spese di tutti i gradi di giudizio.

PQM

La Corte accoglie il primo motivo e cassa senza rinvio la sentenza impugnata perchè la domanda monitoria e quella a cognizione piena non potevano proporsi da parte della alfa per mancanza di procura alle liti. Dichiara caducato, in conseguenza, il decreto ingiuntivo opposto. Dichiara assorbiti gli altri motivi. Compensa le spese di tutti i gradi fra tutte le parti.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 23 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 26 febbraio 2013