

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

**Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente -
Dott. FRASCA Raffaele - Rel. Consigliere -**

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso (omissis)/2010 proposto da:

DESTINATARIO DELLA NOTIFICA

- *ricorrente* -

contro

SOGGETTO NOTIFICANTE

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. (omissis)/2009 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 22/01/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24/05/2016 dal Consigliere Dott. RAFFAELE FRASCA;

udito l'Avvocato (omissis);

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. (omissis), che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

p.1. DESTINATARIO DELLA NOTIFICA, nella qualità di titolare dell'omonima ditta, ha proposto ricorso per cassazione contro SOGGETTO NOTIFICANTE avverso la sentenza del 22 gennaio 2009, con cui la Corte d'Appello di Roma ha provveduto su due appelli riuniti, successivamente proposti da SOGGETTO NOTIFICANTE, il primo notificato il 12 novembre 2004 e non iscritto a ruolo dalla SOGGETTO NOTIFICANTE ma dall'appellato DESTINATARIO DELLA NOTIFICA al solo dichiarato fine di ottenere la declaratoria della sua improcedibilità, il secondo notificato il 26 novembre successivo ed iscritto a ruolo dalla SOGGETTO NOTIFICANTE con deposito non dell'originale della citazione di appello, bensì di una "velina".

p.2. La Corte genovese ha parzialmente riformato la sentenza resa in primo grado dal Tribunale di Roma il 6 settembre del 2004 e - decidendo sulla domanda proposta dal qui

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

ricorrente per il pagamento della somma di allora Lire 25.642.000 quale corrispettivo dovuto in forza di un contratto di appalto per la ristrutturazione di un immobile in (OMISSIS), nonché di altre due somme per indennità di mancato guadagno e restituzione della c.d. ritenuta di garanzia - ha ridimensionato il dovuto a favore del qui ricorrente (già riconosciuto dal Tribunale in 8.181,19 euro) in 648,00 Euro, oltre interessi legali dal 7 marzo 2001 al saldo.

p.3. Al ricorso, che propone sette motivi, ha resistito con controricorso il SOGGETTO NOTIFICANTE.

p.4. La trattazione del ricorso veniva fissata davanti alla Seconda Sezione Civile di questa Corte per l'udienza del 7 ottobre 2015 ed all'esito il Collegio, con ordinanza interlocutoria n. (omissis) del 18 dicembre 2015, riteneva - per quello che vi si enuncia in relazione ai due primi motivi del ricorso - che la decisione implicasse la soluzione di due questioni, sulle quali ravvisava l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza delle sezioni semplici, e, pertanto, rimetteva il ricorso al Primo Presidente, perché valutasse l'opportunità di assegnarne la trattazione alle Sezioni Unite.

p.5. Il Primo presidente ha assegnato la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite.

p.6. Parte ricorrente ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

p.1. In via preliminare è opportuno rilevare che le questioni sulle quali la Seconda Sezione Civile ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite sono correlate essenzialmente al **TERZO MOTIVO**, nel senso che la loro soluzione è rilevante essenzialmente per il suo scrutinio.

Tuttavia, all'esame del **TERZO MOTIVO** può procedersi soltanto se si ritengano inadeguati a giustificare la cassazione della sentenza impugnata i primi due motivi, i quali pongono questioni inerenti sempre alle modalità con le quali il giudizio è stato devoluto alla cognizione della Corte territoriale, ma relative alle conseguenze della consecuzione fra un primo appello ed un secondo appello, che invece è quello cui specificamente si riferisce la questione posta con il terzo motivo.

p.1.1. Dette modalità sono state le seguenti:

a) SOGGETTO NOTIFICANTE impugnava la sentenza di primo grado con un primo atto di appello notificato il 12 novembre 2004 e non provvedeva alla sua iscrizione a ruolo;

b) l'appello veniva iscritto a ruolo il 4 dicembre 2004 dal DESTINATARIO DELLA NOTIFICA, con il deposito di comparsa di costituzione finalizzata ad ottenerne la declaratoria di improcedibilità;

c) nelle more, in data 26 novembre 2004, SOGGETTO NOTIFICANTE notificava un secondo atto di appello, di contenuto identico al primo e questa volta provvedeva alla sua iscrizione a ruolo il giorno dopo, peraltro mediante deposito di quella che tanto il ricorrente quanto la sentenza impugnata definiscono come "velina" dell'atto, cioè della citazione di appello, senza ulteriori specificazioni.

p.2. La Corte capitolina riuniva gli appelli e, sull'eccezione di improcedibilità del primo ai sensi dell'art. 348 c.p.c., comma 1, e di inammissibilità del secondo, rilevava:

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

a1) che, secondo l'esegesi dell'art. 358 c.p.c., fatta da questa Corte, il secondo appello non poteva dichiararsi inammissibile in ragione della improcedibilità del primo, in quanto quest'ultima non era stata dichiarata ancora all'atto della sua proposizione e, d'altro canto, il secondo appello era stato proposto quando ancora non era trascorso il termine ai sensi dell'art. 326 c.p.c., decorso dalla notificazione del primo appello, quale equipollente della conoscenza legale della sentenza in modo utile per l'esercizio del diritto di impugnazione;

a2) che l'iscrizione del secondo appello era avvenuta anteriormente a quella del primo e che, d'altro canto, non era fondata l'eccezione di inammissibilità del secondo appello in quanto iscritto con la "velina", trattandosi di una mera irregolarità formale non pregiudizievole per la parte appellata.

p.3. Con il **PRIMO MOTIVO** si denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, "*violazione e/o falsa applicazione degli artt. 348 e 358 c.p.c.*".

Il motivo è concluso da un quesito di diritto dal quale si evince che ci si duole della decisione impugnata, là dove essa ha fatto applicazione, richiamando Cass. n. 13062 del 2007 e Cass. n. 20313 del 2006, del principio di diritto secondo cui l'art. 358 c.p.c., va interpretato nel senso che, allorquando, nel rito processuale ordinario, sia stata notificata una citazione in appello e l'appellante non abbia proceduto all'iscrizione a ruolo, la notificazione di un secondo atto di appello nel termine di impugnazione breve, decorso dalla notificazione del primo appello, esclude che la successiva declaratoria di improcedibilità del primo, che intervenga una volta che si sia avuta la sua trattazione, determini l'inammissibilità del secondo appello, dovendosi la previsione dell'art. 358 c.p.c., intendere nel senso che l'esercizio del potere di appellare una seconda volta in presenza di un primo appello improcedibile sia inammissibile soltanto qualora esso risulti avvenuto dopo la declaratoria di improcedibilità del primo.

3.1. La tesi prospettata dal ricorrente per criticare la sentenza impugnata è che tale principio sarebbe applicabile soltanto nell'ipotesi in cui il primo appello non sia stato iscritto a ruolo dall'appellante e nemmeno dall'appellato, mentre non lo sarebbe qualora vi sia stata un'iscrizione tardiva da parte dell'appellante oppure, come nella specie, un'iscrizione a ruolo da parte dell'appellato.

Ad avviso del ricorrente, in questi due casi il secondo atto di appello, sebbene tempestivo in relazione al decorso del termine breve dalla notifica del primo, dovrebbe dichiararsi improcedibile ancorché la sua notificazione sia intervenuta in un momento in cui l'improcedibilità del primo appello non era stata dichiarata.

3.2. Il motivo è privo di fondamento.

Queste le ragioni.

Va rilevato che l'art. 358 c.p.c. (come l'omologo art. 387 c.p.c., dettato per il giudizio di cassazione) dispone che "*l'appello dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere riproposto, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge*".

Il chiaro riferimento del divieto di riproposizione all'appello che sia stato dichiarato improcedibile correla l'improponibilità non già al momento in cui è stato proposto il primo appello che risulti improcedibile, bensì alla dichiarazione di tale improcedibilità e, dunque alla dichiarazione che ne abbia fatto il giudice dell'appello.

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

Ne segue che l'appello che non è riproponibile non è quello proposto e non seguito dalla costituzione in giudizio dell'appellante nel termine stabilito, ma solo quello che altresì sia stato dichiarato tale.

Anteriormente a tale dichiarazione, la riproposizione dell'appello (cioè di un secondo appello) - sempre che non sia preclusa o dal decorso del termine c.d. lungo di cui all'art. 327 c.p.c., comma 1, o dal decorso del termine breve di impugnazione verificatosi in dipendenza di una notificazione della sentenza oppure dallo stesso momento della notificazione del primo appello (in quanto evidenziante la conoscenza legale della sentenza in funzione dell'impugnazione: si veda in termini recentemente Cass. sez. un. n. 12084 del 2016; e si consideri quanto affermato condivisibilmente da Cass. n. 9258 del 2015 sulla decorrenza del termine breve di cui all'art. 325 c.p.c., a carico del notificante) - invece può avere luogo e non è impedita dalla pregressa verifica di una fattispecie di improcedibilità dell'appello precedente che non sia stata ancora dal giudice dichiarata.

p.3.3. Si deve, per la verità, osservare che la norma dell'art. 358 c.p.c., risulta quasi inutile: una volta considerata la proposizione di un primo appello idonea a far decorrere il termine breve per impugnare ed una volta tenuto conto che, in ragione della ristrettezza di tale termine (trenta giorni), emerge che risulta praticamente impossibile che il primo appello improcedibile possa essere dichiarato tale prima che decorra quel termine.

E', infatti, impossibile, senza che occorra indugiare a spiegare perché (bastando fare riferimento ai termini di comparizione in relazione alla prima udienza, nel regime di introduzione con citazione, ed a quelli che operano nei regimi in cui l'appello si introduce con ricorso) che il primo appello improcedibile possa essere deciso nell'arco dei trenta giorni costituenti il termine breve.

p.3.4. Le Sezioni Unite intendono, comunque, ribadire il seguente principio di diritto: "*Nel rito ordinario, la notifica della citazione in appello, non seguita da iscrizione della causa a ruolo o seguita da un'iscrizione tardiva e, dunque, determinativa dell'improcedibilità dell'appello da essa introdotto, non consuma il potere di impugnazione, perché l'art. 358 c.p.c., intende riferirsi, nel sancire la consumazione del diritto di impugnazione, all'esistenza - al tempo della proposizione della seconda impugnazione - della già avvenuta declaratoria della improcedibilità del primo appello.*

Ne segue che, quando tale declaratoria non sia ancora intervenuta, è consentita la proposizione di un nuovo appello (di contenuto identico o diverso) in sostituzione del precedente viziato, purché il termine per l'esercizio del diritto di appellare non sia decorso.

Per la verifica della tempestività del secondo appello occorre aver riguardo non al termine c.d. lungo di cui all'art. 327 c.p.c., ma a quello breve di cui all'art. 325 c.p.c., il quale, solo in difetto di notificazione della sentenza appellata anteriormente a quella del primo appello in modo idoneo a farlo decorrere (art. 285 c.p.c.), decorre dalla data di perfezionamento per il destinatario della notificazione della prima impugnazione, che equivale alla conoscenza legale della decisione impugnata idonea a determinare il decorso del termine breve".

Va precisato, per completezza: a) che, potendo darsi il caso di tardiva iscrizione a ruolo di un appello senza notificazione della citazione, in questa ipotesi occorrerà considerare che il termine breve, secondo il criterio di equipollenza, non sarà decorso; b) che i principi indicati valgono anche per l'ipotesi di un primo appello dichiarato inammissibile; c) che essi operano anche con riferimento ai riti diversi di quelli ordinari, con gli adattamenti richiesti da essi (si veda, per il rito del lavoro, Cass. n. 6517 del 1982).

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

In base alle considerazioni svolte il primo motivo di ricorso è rigettato.

p.4. Con un **SECONDO MOTIVO** si denuncia *"violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 348, 335, 274 e 295 c.p.c. (art. 360 c.p.c.)"*.

Ci si duole che la Corte territoriale abbia riunito i due giudizi di appello, nonostante l'opposizione dal ricorrente espressa nella comparsa di costituzione nel secondo, così erroneamente applicando l'art. 335 c.p.c., che sarebbe norma che riguarderebbe solo le impugnazioni contro la stessa sentenza proposte da parti diverse e non potrebbe concernere il caso di due successive impugnazioni identiche proposte dalla stessa parte.

Viceversa, la decisione sui due appelli avrebbe dovuto aver luogo in via separata e il primo appello si sarebbe dovuto dichiarare improcedibile alla prima udienza del 28 gennaio 2005 ed il secondo inammissibile alla prima udienza del 4 febbraio 2005 e semmai, in attesa della decisione sul primo, il giudizio sul secondo si sarebbe dovuto sospendere per pregiudizialità.

Con una seconda censura, si prospetta che, anche ad ammettere che i giudizi potessero essere riuniti, si sarebbe trattato di giudizi distinti e da decidere autonomamente, con la conseguenza che gli esiti decisionali avrebbero sempre dovuto essere quelli indicati.

p.4.1. Il motivo, quanto alla prima censura, è inammissibile, giacché prospetta una questione che, se anche fosse risolta come postula il ricorrente, non potrebbe comportare la cassazione della sentenza e dunque è priva di decisività.

Invero, se si opinasse che l'art. 335 c.p.c., nel caso di successive impugnazioni proposte dalla stessa parte contro la stessa sentenza, possa non venire in rilievo allorquando la prima di esse sia inammissibile o improcedibile o comunque tale da doversi definire in rito, sì da non configurarsi come obbligatoria la riunione, si dovrebbe comunque reputare che, nella specie, se la riunione non fosse stata disposta e la decisione sul primo appello fosse stata presa separatamente, il primo appello avrebbe dovuto dichiararsi improcedibile, ma la decisione in tal senso non avrebbe potuto avere conseguenze sulla decisione del secondo appello in non diversa guisa di come è stato; e ciò sempre perché - alla stregua dei principi ribaditi esaminando il primo motivo - tale secondo appello risultava proposto prima di detta dichiarazione.

La censura è, dunque, priva di fondamento.

p.4.2. La seconda censura si risolve nella riproposizione di un'esegesi dell'art. 358 c.p.c., già disattesa esaminando il primo motivo e, quindi, non richiede alcun'altra considerazione.

p.5. Con un **TERZO MOTIVO** si denuncia *"violazione del combinato disposto degli artt. 165, 347 e 348 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3)"*.

Il motivo concerne la sorte che, ad avviso del ricorrente, avrebbe dovuto avere il secondo appello della SOGGETTO NOTIFICANTE.

L'illustrazione del motivo si articola come segue:

aa) si deduce in primo luogo che la SOGGETTO NOTIFICANTE avrebbe iscritto a ruolo il secondo appello con una *"velina, senza depositare mai (né nei dieci giorni successivi alla notificazione e/o restituzione dell'atto di citazione da parte dell'Ufficiale giudiziario né alla*

*Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016
prima udienza né successivamente e nemmeno all'udienza di precisazione delle conclusioni)
l'originale dell'atto di citazione”;*

bb) si dice, quindi, che la difesa del ricorrente avrebbe eccepito la nullità della costituzione sia con la comparsa di costituzione e risposta, sia alla prima udienza del 4 febbraio 2005, sia nella conclusionale, sia nella memoria di replica;

cc) a conferma di quanto indicato sub bb), di seguito si riproduce: cc1) il relativo contenuto della comparsa di costituzione quanto ad un passo della pagina 2; cc2) una parte del contenuto della comparsa conclusionale; cc3) una parte della memoria di replica;

dd) in fine, dopo il rilievo che la Corte territoriale avrebbe affermato che vi era stata una mera irregolarità, si torna a sostenere che, pur ammesso che l'iscrizione della velina dia luogo ad una mera irregolarità, il mancato deposito nel termine per la costituzione dell'atto di appello integrava l'improcedibilità dell'appello "ai sensi appunto del combinato disposto degli artt. 347 e 348 c.p.c."

p.5.1. Come si è già osservato è questo motivo quello che essenzialmente rileva ai fini della soluzione delle questioni sulle quali la Seconda Sezione ha ritenuto opportuno sollecitare l'intervento delle Sezioni Unite.

Conviene a questo punto riassumere il tenore della sollecitazione che le Sezioni Unite hanno ricevuto dalla Seconda Sezione.

p.5.1.1. La Seconda Sezione, dopo avere registrato che il ricorrente "prospetta l'erroneità della decisione, assumendo nella specie mai avvenuto il deposito dell'originale dell'atto di appello, mentre nella sentenza impugnata si afferma che esso è stato effettuato, ma non se ne precisa il momento", ha osservato: 1a) che lo stesso ricorrente ha richiamato a sostegno della sua prospettazione Cass. n. 18009 del 2008, cui si è conformata Cass. n. 10 del 2010; 1b) che "pronunce coeve e successive alle due ultime citate hanno invece ribadito l'orientamento inaugurato da Cass. n. 23027 del 2004, secondo cui "il deposito, al momento della costituzione in giudizio dell'appellante, di una copia dell'atto di appello notificato - e non dell'originale (depositato dopo la scadenza del termine prescritto per la costituzione) - non comporta la sanzione dell'improcedibilità del gravame, in quanto non determina la nullità della costituzione stessa, ma integra una mera irregolarità rispetto alle modalità stabilite dalla legge, non conseguendo a tale violazione alcuna lesione dei diritti della controparte e stabilendosi il contraddittorio con la notifica della citazione, onde tale fattispecie non è riconducibile all'ipotesi di mancata tempestiva costituzione dell'appellante, prevista tra quelle - tassative - che determinano l'improcedibilità a norma dell'art. 348 cod. proc. civ. nel testo novellato dalla L. n. 353 del 1990"; 1c) che "recentemente il tema è stato nuovamente affrontato per ribadire che la sanzione dell'improcedibilità dell'appello, ai sensi dell'art. 348 c.p.c., comma 1, attiene alla sola mancata tempestiva costituzione dell'appellante nei termini, non anche all'omessa osservanza delle forme di costituzione", e che il "vizio della costituzione tempestiva ma inosservante delle forme di legge soggiace al regime della nullità, e in particolare al principio del raggiungimento dello scopo, per il quale rilevano anche i comportamenti successivi alla scadenza del termine di costituzione, con la conseguenza che non può essere dichiarata l'improcedibilità dell'appello se l'appellante, il quale si sia costituito con il deposito della cosiddetta velina, abbia depositato, successivamente alla scadenza del termine di cui agli artt. 165 e 347 c.p.c., l'originale dell'atto notificato, conforme alla velina (Cass. n. 6912 del 2012)"; 1d) che "questa pronuncia, come anche Cass. n. 15715 del 2013, che con varie altre non massimate vi si è conformata, ha individuato nella prima udienza di trattazione il termine entro il quale deve comunque avvenire il deposito

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

dell'atto in originale, per sanare la nullità della costituzione in giudizio avvenuta con la "velina". In altre pronunce di legittimità, invece, nessun limite temporale è stato posto, essendosi deciso che la nullità può essere sanata "successivamente" nel corso del giudizio di appello: v., tra le altre, Cass. n. 17666 del 2009, n. 13208 del 2014, n. 26437 del 2014"); 1e) che, "anche a ritenere superati gli arresti di Cassazione n. 18009 del 2008 e n. 10 del 2010, residua comunque l'ulteriore questione, su cui la giurisprudenza di legittimità non è unanime, relativa al momento entro il quale deve essere effettuato il deposito dell'originale dell'atto di appello per scongiurare l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità".

p.5.1.2. Sulla base di tali argomentazioni la Seconda Sezione ha chiesto un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite "in ordine alle conseguenze dell'iscrizione a ruolo "con velina" delle cause di appello" ed in particolare sul se essa "comporti di per sé l'improcedibilità del giudizio di gravame, oppure dia luogo a una nullità sanabile" e sul se "in questa seconda ipotesi, se per evitare l'improcedibilità il deposito dell'originale dell'atto di impugnazione debba necessariamente avvenire entro la prima udienza, oppure possa essere utilmente effettuato nel prosieguo del giudizio, oppure ancora se sia già di per sé sufficiente (ipotesi che in giurisprudenza non risulta essere stata prospettata) la costituzione stessa in giudizio dell'appellato, in quanto dimostrativa dell'avvenuto raggiungimento dello scopo dell'atto".

p.5.2. Rilevano le Sezioni Unite che al primo quesito, quello sul se l'iscrizione a ruolo con "velina" determini di per sé l'improcedibilità dell'appello oppure una nullità sanabile, salvo stabilire quando e come, debba darsi risposta nel senso che la sanzione della improcedibilità dell'appello che, nel rito ordinario, l'art. 348 c.p.c., comma 1, commina "se l'appellante non si costituisce nei termini" è ricollegata soltanto al mancato o tardivo compimento da parte dell'appellante, nel termine previsto dall'art. 165 c.p.c., cui rinvia l'art. 347 c.p.c., comma 1, dell'attività di costituzione e non anche al compimento di un'attività di costituzione avvenuta entro quel termine ma non secondo le forme previste dall'art. 165 c.p.c., cui pure rinvia lo stesso art. 347 c.p.c., comma 1.

p.5.3. Le Sezioni Unite intendono così dare continuità a quell'orientamento delle Sezioni Semplici che, sulla premessa che l'art. 348 c.p.c., comma 1, dopo che l'art. 347, comma 1, ha prescritto che "la costituzione in appello avviene secondo le forme e i termini per i procedimenti davanti al tribunale", così attuando un sostanziale rinvio all'art. 165 c.p.c., dispone che "l'appello è dichiarato improcedibile, anche d'ufficio, se l'appellante non si costituisce in termini", ha osservato che "la sanzione di improcedibilità è ricollegata soltanto all'inosservanza del termine di costituzione e non anche all'inosservanza delle sue forme" ed ha, quindi, soggiunto che "ne deriva che le conseguenze della scelta del legislatore di applicare la sanzione della improcedibilità, che significano sottrazione dell'inosservanza delle forme al regime delle nullità e, quindi, esclusione dell'operatività del principio della sanatoria per l'eventuale configurabilità di una fattispecie di raggiungimento dello scopo, si giustificano soltanto per il caso di costituzione mancata entro il termine, cioè che non sia mai avvenuta, o sia avvenuta successivamente ad esso".

Viceversa, "le conseguenze di una costituzione avvenuta nel termine ma senza l'osservanza delle forme evocate nell'art. 347, comma 1, essendo il regime della improcedibilità, in quanto di maggior rigore rispetto al sistema generale delle nullità, di stretta interpretazione, soggiacciono, viceversa, al regime delle nullità di cui all'art. 156 c.p.c. e segg., e, quindi, vanno disciplinate applicando il principio della idoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo e ciò anche attraverso l'esame di atti distinti o di comportamenti successivi rispetto a quello entro il quale la costituzione doveva avvenire" (Cass. n. 6912 del 2012).

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

p.5.4. Questa ricostruzione si giustifica sulla base di elementi testuali emergenti dal raffronto fra l'art. 347 c.p.c., comma 1, ed l'art. 348 c.p.c., comma 1.

Mentre nella prima norma il legislatore ha disciplinato il "quando" ed il "come" della costituzione dell'appellante, sebbene tramite rinvio formale alle norme in proposito dettate sul procedimento davanti al tribunale, e lo ha fatto espressamente alludendo alle forme ed ai termini, nella seconda il legislatore, nel prevedere la sanzione dell'improcedibilità, l'ha riferita alla mancata costituzione "nei termini", così chiaramente comminandola solo per il mancato compimento dell'attività di costituzione sotto il profilo temporale e non anche per il compimento di tale attività nel rispetto di tale profilo, ma senza l'osservanza delle forme emergenti dalla normativa oggetto del rinvio disposto dall'art. 347 c.p.c., comma 1.

Va rilevato che la differente considerazione nelle due norme del problema dei termini e delle forme della costituzione, fermo che in questa sede esse vengono in considerazione nei testi rispettivamente introdotti dalla L. n. 353 del 1990, artt. 53 e 54, era presente anche nei testi di esse che si sono succeduti dall'entrata in vigore del Codice di rito.

La risposta al primo quesito dev'essere, dunque, enunciata affermando che l'art. 348 c.p.c., comma 1, quando commina l'improcedibilità dell'appello "*se l'appellante non si costituisce nei termini*", dev'essere inteso nel senso che tale sanzione riguarda la mancata costituzione nei termini indicati dall'art. 165 c.p.c., oppure una costituzione avvenuta al di là di essi e non invece una costituzione avvenuta nell'osservanza di tali termini, ma senza il rispetto delle forme con cui doveva avvenire ai sensi dello stesso art. 165.

Ne deriva che la costituzione dell'appellante nel termine senza il deposito dell'originale della citazione e, come nella specie, con una c.d. velina, non determina di per sé l'improcedibilità dell'appello.

6. Si deve passare a questo punto a considerare gli altri quesiti posti dall'ordinanza di rimessione, i quali suppongono l'individuazione della sorte di una costituzione avvenuta nel rispetto del termine ma senza l'osservanza delle forme previste dall'art. 165 c.p.c..

In proposito assume rilevanza decisiva la norma dell'art. 350 c.p.c., comma 2, (rimasta anch'essa immutata), la quale impone al giudice di appello di verificare la regolarità della costituzione.

Si tratta di una previsione che per il suo tenore dev'essere intesa nel senso che la verifica della regolarità della costituzione e, dunque, dell'osservanza delle sue forme, è attività che il giudice d'appello ha il dovere di compiere d'ufficio nella prima udienza in cui la causa è trattata e che dunque dev'essere necessariamente svolta in essa ai fini dell'ordinato svolgimento processuale.

Da tanto derivano alcune implicazioni.

p.6.1. Una prima implicazione è che, per il fatto stesso che il controllo della regolarità della costituzione e, quindi, dell'osservanza delle forme per essa prescritte avviene all'udienza ai sensi dell'art. 350 c.p.c., si deve senz'altro ritenere che alla determinazione delle condizioni di regolarità della costituzione possano e debbano concorrere non solo i contenuti che l'attività di costituzione aveva avuto al momento in cui essa è avvenuta nel rispetto del termine di cui all'art. 165 c.p.c. (i quali sono di per sé insufficienti, evidentemente, perché le forme prescritte non sono state rispettate), ma anche i contenuti apportati da attività dall'appellante finalizzate ad assicurare quelle forme necessarie che al momento della costituzione essa non aveva.

Occorre, dunque, affermare che, dopo una costituzione tempestiva, ma carente sotto il profilo dell'osservanza delle forme, l'appellante può compiere, di sua iniziativa, le attività che servono ad integrarle successivamente (ad esempio mediante attività di deposito ulteriore) e fino all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., comma 2.

Queste attività realizzano una sanatoria spontanea dei vizi formali, delle nullità, che la sua - pur tempestiva - costituzione presentava.

p.6.2. Una seconda implicazione si coglie considerando che l'art. 350, comma 2, si limita a prescrivere al giudice il controllo della regolarità della costituzione, ma non prevede che egli, là dove constati che le forme non sono state osservate e ciò nemmeno con un'attività ulteriore fino all'udienza stessa, possa invitare l'appellante a provvedere ad un'attività integrativa con assegnazione di un termine.

Questa conclusione discende non solo dalla mancanza di previsione espressa di un simile potere, ma anche dalla circostanza che la norma, dopo avere imposto il controllo della regolarità della costituzione, assegna invece al giudice alcuni poteri che comportano la regolarizzazione sotto altri profili del processo, cioè quello di ordinare l'integrazione del contraddittorio, quello di cui all'art. 332 c.p.c., e quello di ordinare il rinnovo della notificazione dell'atto di appello.

Il fatto che siano previsti tali poteri e non sia previsto il potere di invitare l'appellante alla regolarizzazione della costituzione con un'attività successiva all'udienza impone di ritenere a contrario, che un simile potere non possa essere esercitato dal giudice.

Viceversa, la norma non vieta, proprio perché trattasi di attività funzionale al controllo della regolarità della costituzione da effettuarsi in udienza, che il giudice, nel rilevare il difetto inerente la costituzione, possa invitare *hic a hinc* l'appellante, se è in grado di farlo, alla regolarizzazione immediata e che l'appellante possa procedervi nell'udienza stessa.

Queste sono le implicazioni che si traggono dall'esegesi della norma dell'art. 350 c.p.c., comma 2.

Si tratta di implicazioni che, evidentemente, comportano che il giudice, in mancanza dell'attività diretta a regolarizzare la costituzione, debba rilevare la nullità della costituzione e, quindi, trarne le conseguenze, nei termini di cui si dirà successivamente.

Va precisato, per completezza, che al rilievo della nullità non segue un ordine di rinnovazione ai sensi dell'art. 162 c.p.c., comma 1.

Infatti, poiché tale norma ammette l'ordine di rinnovo degli atti nulli solo "*quando sia possibile*", nel caso di specie la prescrizione che il controllo della regolarità della costituzione debba avvenire all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., e l'esclusione di un potere del giudice di concedere un termine comportano l'impossibilità anche di un ordine di rinnovazione, perché esso si risolverebbe nella concessione di un termine.

Mette conto di avvertire, altresì, che le descritte implicazioni si correlano alla effettiva tenuta di un'udienza, sicché, ove la trattazione dell'appello, finalizzata anche al controllo della regolarità della costituzione, non sia avvenuta effettivamente e vi sia stato un mero rinvio, occorrerà riferire quelle implicazioni all'udienza di effettiva trattazione ai sensi dell'art. 350 c.p.c..

p.6.3. Se ci si interroga sulla qualificazione dell'attività di regolarizzazione compiuta dall'appellante, poiché essa è funzionale all'assicurazione delle forme previste per la costituzione successivamente alla sua tempestiva verifica, è palese che, come ogni attività diretta ad integrare le forme previste per un atto processuale da compiersi in un certo momento, essa è diretta a rimediare ad una nullità che la costituzione presentava quando è avvenuta.

Va affermato, pertanto, che un'attività di costituzione dell'appellante che sia avvenuta entro il termine previsto ma senza il rispetto delle forme indicate dall'art. 165 c.p.c., si concreta in una costituzione che, non essendo osservante delle forme, è nulla e non dà di per sé luogo ad improcedibilità, e va ritenuto che la nullità può essere superata dallo stesso appellante fino all'udienza di comparizione di cui all'art. 350 c.p.c., comma 1, tramite l'attività che assicuri il rispetto delle dette forme.

p.6.4. Occorre considerare, a questo punto, raccogliendo la sollecitazione dell'ordinanza della Seconda Sezione, se, pur essendo avvenuta la (tempestiva) costituzione dell'appellante senza l'osservanza di alcuna delle forme previste dalla legge, la nullità possa ritenersi superata dal comportamento dell'appellato, sebbene in carenza di attività integrativa dell'appellante.

La risposta all'interrogativo impone preliminarmente di individuare quali siano le forme della costituzione cui allude l'art. 347 c.p.c., comma 1, per capire in qual modo la loro inosservanza, e la conseguente fattispecie di nullità, possa subire un'elisione secondo il criterio del raggiungimento *aliunde* dello scopo (art. 156 c.p.c., comma 3), in ragione di quel comportamento.

Le forme della costituzione dell'appellante emergono dall'art. 165 c.p.c..

E' evidente che, supponendosi la costituzione avvenuta, non può venire in rilievo la mancanza del deposito della nota di iscrizione a ruolo e del fascicolo, giacché tali attività sono coesenziali alla costituzione, rappresentandone il minimum.

Né assumono rilevanza le norme degli artt. 71-74 disp. att. c.p.c., atteso che, ai fini delle questioni che si esaminano, si ha riguardo a un'ipotesi in cui il cancelliere, all'esito dei controlli, abbia comunque proceduto all'iscrizione a ruolo, di modo che vi sia stata una costituzione.

Ci si deve, invece, confrontare con l'art. 165 c.p.c., là dove individua come modalità della costituzione il contenuto del fascicolo prescrivendo che esso contenga *"l'originale della citazione, la procura e i documenti offerti in comunicazione"* (e nel caso di costituzione personale la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio) e soggiungendo che *"se la citazione è notificata a più persone, l'originale della citazione deve essere inserito nel fascicolo entro dieci giorni dall'ultima notificazione"*.

Le forme della costituzione che possono non essere osservate in una costituzione pur tempestiva dell'appellante sono quelle del deposito dell'originale della citazione, del deposito della procura e del deposito dei documenti: e sono le prime due quelle che meritano considerazione nell'economia della presente decisione.

p.7. Con riguardo al deposito dell'originale della citazione l'art. 165 c.p.c., intende riferirsi all'atto che l'appellante ha consegnato all'ufficiale giudiziario per la notificazione, sul quale

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

costui ha scritto, ai sensi dell'art. 148 c.p.c., la relazione di notificazione e che gli ha restituito.

p.7.1.1. L'originale della citazione cui fa riferimento, se è necessariamente quello su cui, ai sensi dell'art. 148 c.p.c., l'ufficiale giudiziario (o l'avvocato che notifichi *ex lege* n. 53 del 1994) ha steso la relazione di notificazione, può essere sia un originale nel quale da questa relazione il procedimento notificatorio risulti perfezionato anche nei confronti del destinatario (ad esempio, nei casi di cui all'art. 139 c.p.c., commi 1 e 2, e nel caso dell'art. 4 della l. n. 53 del 1994), sia un originale nel quale questo perfezionamento non risulti, occorrendo all'uopo fare riferimento ad altri atti (come nel caso di cui all'art. 140 c.p.c., o nel caso di notificazione a mezzo posta ai sensi della L. n. 890 del 1982, art. 5, commi 2 e 3, o ancora ai sensi della L. n. 53 del 1994, artt. 2 e 3).

In questa seconda ipotesi l'ufficiale giudiziario restituisce l'originale dopo avere effettuato le attività di sua pertinenza, documentate su di esso dalla relazione, e la costituzione avviene depositando detto originale senza quanto occorre per dimostrare il perfezionamento del procedimento notificatorio nei riguardi dell'appellato, che sarà depositato successivamente al fine di evidenziare la regolare instaurazione del contraddittorio, condizione necessaria per la trattazione (come emerge dall'art. 291 c.p.c., e dalla L. n. 890 del 1982, art. 5, comma 3).

In questi casi, la ragione della costituzione del notificante con il deposito dell'originale, prima che abbia certezza del se e quando la notificazione della citazione di appello si è perfezionata, è motivata dalla circostanza che, quando egli avrà notizia del momento in cui la notifica si è perfezionata, quel momento potrebbe essere stato tale che un'attività di costituzione comprensiva del deposito della documentazione di tale perfezionamento potrebbe ormai risultare tardiva: infatti, il riferimento per il decorso del termine per la costituzione dalla notificazione al convenuto opera dal perfezionamento di essa nei suoi riguardi (da ultimo, Cass. n. 1662 del 2016).

p.7.1.2. Il duplice significato di originale della citazione così evidenziatosi implica che, sia nel primo caso (costituzione con originale documentante il perfezionamento), sia nel secondo (costituzione con originale non documentante il perfezionamento), il requisito formale della costituzione con l'originale della citazione risulta osservato.

Ad escludere che la costituzione avvenga ritualmente con il prescritto deposito dell'originale della citazione tanto nel primo che nel secondo caso non potrebbe valere il dato che il termine per la costituzione decorra dal perfezionamento della notificazione per il destinatario, nel caso in esame per l'appellato.

Questo evento rileva ai fini di individuare il momento dal quale decorre il termine per la costituzione, ma la sua previsione, allorché ricorra il secondo caso, non impedisce che una costituzione possa avvenire anche in mancanza di detto perfezionamento; sicché l'appellante, sebbene si costituisca prima che la notificazione sia perfezionata nei confronti del destinatario, compie un'attività conforme al paradigma dell'art. 165 c.p.c..

In questo caso il deposito di quanto necessari per dimostrarlo potrà avvenire successivamente e comunque all'udienza ai sensi dell'art. 350 c.p.c., e non è certamente attività diretta a regolarizzare la costituzione, ma ad evidenziare l'attivazione del contraddittorio sull'appello, che dipende dal perfezionamento della notificazione nei riguardi del destinatario. Il mancato deposito anche in tale udienza potrà giustificare - sempre che l'appellato non si sia costituito ed abbia dunque reso irrilevante la prova della conoscenza della citazione - l'ordine di rinnovo della notificazione della citazione di appello al convenuto (a meno che l'appellante non chiedi

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

un eventuale rinvio per la produzione sulla base di giustificate ragioni) ai sensi dell'art. 350 c.p.c., comma 2.

p.7.2. L'art. 165, nel comma 2, nel caso di notificazione a più persone prevede che l'iscrizione a ruolo e la costituzione debba (Cass. sez. un. n. 10864 del 2011) avvenire senza il deposito dell'originale (cioè con una copia, il che accade se l'originale è ancora nelle mani dell'ufficiale giudiziario o di chi esegue il procedimento notificatorio per il suo completamento nei confronti di altri destinatari) e consente che esso possa depositarsi entro dieci giorni dall'ultima notificazione.

Se l'originale non viene depositato nei dieci giorni dall'ultima notificazione, l'appello non è, tuttavia, improcedibile perché la costituzione si è avuta e non è stato compiuto un successivo adempimento, la cui mancanza ne determina l'irregolarità, *rectius* la nullità, che può certamente essere sanata fino all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., mediante il deposito dell'originale.

p.7.3. Si deve ora considerare il caso in cui - pur non ricorrendo l'ipotesi dell'art. 165 c.p.c., comma 2, - la tempestiva costituzione avvenga senza il deposito dell'originale della citazione.

L'atto depositato potrebbe essere rappresentato:

a) da una copia dell'originale recante la relata di notificazione completa riguardo al perfezionamento nei confronti del destinatario;

b) da una copia recante la relata dell'attività di notificazione dell'ufficiale giudiziario (o dell'avvocato notificante) ma non anche la documentazione del perfezionamento nei confronti del destinatario;

c) da una copia non recante la relata di notificazione.

p.7.3.1. Nelle prime due ipotesi, non essendo stato depositato l'originale della citazione vi è una inosservanza della forma prescritta.

Fermo che l'appellante può provvedere al deposito dell'originale successivamente, entro l'udienza ai sensi dell'art. 350 c.p.c., ed allora la nullità sarà superata, in mancanza di tale deposito occorre interrogarsi sulla possibilità che la nullità sia comunque sanata per effetto dell'atteggiamento dell'appellato.

p.7.3.2. Qualora l'appellato si sia costituito senza nulla osservare sulla conformità della copia all'originale notificatogli, poiché l'esistenza della relata sulla copia evidenzia almeno la data del perfezionamento della notificazione dal punto di vista dell'appellante e consente al giudice di controllare la tempestività dell'appello, la irregolarità discendente dal deposito di una copia piuttosto che dell'originale risulta sanata.

p.7.3.3. Se l'appellato non si sia costituito, sia nella prima che nella seconda ipotesi, occorrendo, ai fini del controllo della ritualità della notificazione l'originale della citazione ed impedendo la mancata costituzione dell'appellato di ritenere raggiunto lo scopo che doveva assolvere il deposito dell'originale, la costituzione dell'appellante resterà affetta da nullità.

p.7.3.4. Nella terza ipotesi (ribadito che ogni nullità formale ricollegata alla costituzione senza originale potrà anche qui essere superata dall'appellante con la produzione

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

dell'originale), il comportamento dell'appellato che, costituendosi, non contesti la conformità della copia all'originale notificatogli si presta a queste considerazioni.

Esso ha efficacia sanante della irregolarità della costituzione sotto il profilo della conformità dell'atto a quello che gli è stato notificato, perché il convenuto non mette in discussione che la copia fosse conforme a quella che gli è stata notificata e, dunque, è certo che il contraddittorio si sia instaurato proprio sul contenuto emergente dalla copia. Il detto comportamento può avere, altresì, efficacia sanante anche ai fini di individuare se l'esercizio dell'impugnazione con l'appello è stato tempestivo e, quindi, dell'ammissibilità dell'appello, qualora all'atto della costituzione del convenuto risulti non ancora decorso il termine lungo e non consti che fosse decorso quello breve, oppure se l'appellato produce la copia notificatagli dell'appello.

Residua, però, un problema che concerne la regolarità della costituzione sotto un diverso profilo.

L'art. 347 in combinato disposto con l'art. 165, esige che la costituzione avvenga entro i dieci giorni (o i cinque, nel caso di riduzione) dalla notificazione e tale termine decorre (salva l'ipotesi di cui all'art. 165, comma 2) dal perfezionamento della notificazione nei riguardi dell'appellato.

Se l'appellato non produce la copia della citazione a lui notificata, così evidenziando quando la notificazione si è perfezionata nei suoi riguardi, risulta impossibile per il giudice, che deve procedere d'ufficio al relativo controllo, accertare se la costituzione dell'appellante è avvenuta tempestivamente. In questo caso l'inosservanza della forma della costituzione rappresentata dal deposito dell'originale non è sanata dal comportamento di costituzione dell'appellato.

p.7.3.5. Qualora l'appellato costituito contesti, invece, la conformità della copia all'originale notificatogli ed esso non sia stato depositato dall'appellante nemmeno all'udienza ai sensi del secondo comma dell'art. 350 c.p.c., in tutte e tre le ipotesi indicate la nullità derivante dal deposito della copia parimenti si sarà consolidata.

p.7.3.6. Va detto della prospettazione dell'appellato costituito, che, senza contestare la conformità dell'atto notificatogli alla copia, si limiti alla deduzione formale che la costituzione è avvenuta con una copia.

Nelle prime due ipotesi si tratterebbe di contestazione inidonea ad impedire la sanatoria della nullità della costituzione dell'appellante: infatti, si è in presenza di costituzione mediante una copia recante la relata di notifica completa o relativa all'attività dell'ufficiale giudiziario (o dell'avvocato) relativa alla modalità di notificazione e la mancanza dell'originale non è dedotta per sostenere che la copia notificata fosse diversa da quella utilizzata per l'iscrizione.

Nella terza ipotesi assumerà rilievo, ai fini della tempestività dell'impugnazione e nell'impossibilità di sapere se e quando la notificazione dal punto di vista dell'appellante si sia verificata, la circostanza che la costituzione dell'appellante si situò oppure no in un momento in cui risulti non ancora decorso il termine lungo e non consti che fosse decorso quello breve.

Tuttavia, potrà venire in evidenza un problema di procedibilità, atteso che, non contenendo la copia utilizzata per l'iscrizione a ruolo alcuna relata di notificazione, da essa non è dato comprendere se il termine di cui all'art. 165, è stato osservato.

Rimane, però, la possibilità che l'appellato abbia depositato la copia notificatagli della citazione e da essa sia possibile verificare la tempestività della costituzione dell'appellante.

p.7.3.7. Qualora, in presenza di costituzione dell'appellante con una copia, l'appellato non si sia costituito e non sia stato depositato dall'appellante l'originale nemmeno all'udienza ai sensi dell'art. 350 c.p.c., l'impossibilità di riscontrare tramite l'originale sia la conformità della copia a quella ipoteticamente notificata sia la stessa notificazione e l'impossibilità di dare rilievo al comportamento del convenuto, rimasto contumace, determinerà - in tutte e tre le ipotesi - il consolidarsi della nullità della costituzione per l'impossibilità di ordinare il rinnovo della notificazione.

p.7.4. Le considerazioni che si sono svolte ed i principi esposti, se è intervenuta la costituzione con una copia della citazione, andranno applicati ed adattati all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 165 c.p.c..

p.8. Si può passare ora ad esaminare l'altra formalità della costituzione rappresentata dal deposito della procura.

Se essa è apposta in calce o a margine della citazione e sia depositata una copia che la rechi potranno valere le stesse considerazioni che si sono qui svolte a proposito del deposito della citazione con riferimento alle varie situazioni di possibile verifica.

Se sia depositata una copia della citazione che enunci il rilascio della procura a margine o in calce, ma non rechi la procura, la nullità della costituzione così verificatasi potrà essere sanata producendo l'originale con la procura all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., e, se il deposito non avviene, la nullità si sarà consolidata.

Qualora la procura risulti rilasciata separatamente dalla citazione, la si potrà depositare successivamente e fino all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c..

Si dovrebbe, poi, considerare la necessità del raccordo fra l'art. 350 c.p.c., comma 2, e l'art. 182 c.p.c., comma 2, norma applicabile, ai sensi dell'art. 359 c.p.c., anche al giudizio di appello.

Non è questa la sede per approfondire se il potere di cui al secondo comma dell'art. 182 possa esercitarsi nell'udienza ai sensi dell'art. 350, ancorché essa non preveda la concessione di termini per regolarizzare la costituzione.

Il problema va risolto sulla base dell'applicazione del criterio della compatibilità, indicato dall'art. 359 c.p.c., ma la questione non deve essere esaminata in questa sede.

p.9. Si tratta a questo punto di individuare le conseguenze del consolidamento della nullità della costituzione nelle ipotesi che si sono rassegnate e, prima ancora di chiarire se il consolidamento della nullità sia suscettibile di un superamento.

Si è già detto che il tenore della norma dell'art. 350 c.p.c., comma 2, esclude che il giudice dell'appello possa prendere una iniziativa d'ufficio sollecitando un'attività successiva di regolarizzazione, diretta a rimediare alla nullità.

La ricostruzione prospettata sopra è oggi, nel vigore della disciplina dell'appello introdotta dal D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni, nella L. n. 134 del 2012, rafforzata dalla previsione dell'art. 348 ter c.p.c., che correla ad essa l'adozione della decisione di inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., così evidenziando - specie dopo Cass. sez. un. 1914 del 2016, che ha escluso che l'inammissibilità con ordinanza possa

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

dichiararsi per ragioni processuali - la necessità che le condizioni di decidibilità in rito e segnatamente quella ricollegata alla regolarità della costituzione dell'appellante debbano sussistere alla prima udienza di cui all'art. 350 c.p.c..

La prima udienza di cui al secondo comma dell'art. 350 c.p.c., si configura, dunque, come il momento nel quale l'appellante, costituitosi tempestivamente ma senza l'osservanza di alcuna delle forme necessarie e, quindi, con una costituzione viziata da nullità, può procedere alla sua regolarizzazione eliminando la nullità e, nel contempo come il momento nel quale la regolarizzazione può verificarsi per raggiungimento dello scopo ricollegato ad un comportamento del convenuto nei sensi e nei casi su indicati (per la questione dell'originale della citazione), così determinandosi l'eliminazione della nullità.

Nella vigenza della norma dell'art. 153 c.p.c., comma 2, introdotta dalla L. n. 69 del 2009, art. 46, ma già in quella dell'art. 184 bis c.p.c., norma applicabile al presente giudizio, deve e doveva, peraltro, ritenersi possibile che l'appellante, all'udienza dell'art. 350, possa e potesse chiedere di essere rimesso in termini per la regolarizzazione della costituzione nulla, previa dimostrazione che la mancata regolarizzazione entro quella udienza sia dipesa da causa a lui non imputabile.

p.10. Ritengono le Sezioni Unite che, ove la rimessione in termini non sia richiesta o l'istanza venga rigettata e, dunque, resti consolidata la nullità della costituzione dell'appellante, la conseguenza (come aveva ritenuto Cass. n. 6912 del 2012) deve ritenersi quella dell'improcedibilità dell'appello.

Ciò, non deve sembrare in contraddizione con l'affermazione che la costituzione tempestiva ma non rispettosa delle forme determina una nullità: l'essersi ormai consolidata la nullità e l'essere ormai essa non più sanabile rendono la costituzione tempestiva, a suo tempo avvenuta, irrilevante perché ormai essa come atto definitivamente nullo non può più essere considerato produttivo di effetti.

Nell'ipotesi in cui (a nullità per inosservanza delle forme di una costituzione pur tempestiva dell'appellante non venga sanata dall'appellante o dal comportamento dell'appellato e non venga rilevata nell'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., perché il giudice dell'appello ometta l'attività doverosa di controllo della regolarità della costituzione, si deve ritenere che un'attività di regolarizzazione e sanatoria della nullità sia ormai preclusa perché il termine ultimo per procedervi è l'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., il quale segnava, del resto, anche il termine per un'istanza ai sensi dell'art. 153 c.p.c.. Ne consegue che, risultando irrimediabilmente consolidata la nullità della costituzione, essa è da considerare priva di effetti e l'appello è improcedibile.

p.11. Può passarsi ora all'applicazione degli esposti principi alla situazione di cui è processo e, quindi, allo scrutinio del terzo motivo.

Parte ricorrente ha sostenuto in modo del tutto generico che la controparte non avrebbe mai depositato l'originale del secondo appello, mentre la resistente ha sostenuto il contrario, peraltro altrettanto genericamente.

Fermo che se l'originale fosse stato depositato entro l'udienza ai sensi dell'art. 350 c.p.c., ogni questione sarebbe superata, si rileva che dalla sentenza impugnata non si evince chiaramente che l'atto originale era stato depositato, perché la sentenza si limita a indicare le date della notifica del primo e del secondo appello, senza precisare da dove le avesse riscontrate.

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

Va considerato che parte ricorrente ha fatto la richiesta ai sensi dell'art. 369 c.p.c., u.c., ma il fascicolo d'ufficio non è stato trasmesso dalla Corte territoriale.

p.11.1. Il motivo, peraltro, se anche lo si scruta assumendo che abbia ragione il ricorrente a sostenere che l'originale del secondo appello mai sia stato depositato, non può trovare accoglimento, in quanto la violazione di una norma del procedimento che il ricorrente denuncia non è stata argomentata con la deduzione delle condizioni necessarie per evidenziare che, se si fosse verificata, avrebbe assunto carattere decisivo.

Tale carattere sarebbe sussistito ed avrebbe dovuto denunciarsi evidenziando che l'ipotetico mancato deposito dell'originale anche all'udienza ai sensi dell'art. 350 c.p.c., e, quindi, la relativa nullità della costituzione non si sarebbe sanata per effetto del comportamento del qui ricorrente, che pacificamente si costituì all'esito della notificazione del secondo appello iscritto con la "velina".

L'illustrazione del motivo non evidenzia affatto tale mancata sanatoria, come avrebbe dovuto.

Si rileva in primo luogo che parte ricorrente non ha fornito alcuna delucidazione sul contenuto della "velina" con cui sarebbe stato iscritto a ruolo il secondo appello ed in particolare non ha precisato se essa recasse la relata di notificazione oppure no.

Il solo chiamare la copia "velina" non può naturalmente giustificare la seconda ipotesi.

Non ha nemmeno allegato che l'acquisizione dell'originale spiegasse rilevanza ai fini della dimostrazione dell'esistenza della procura per il giudizio di appello in quanto essa fosse stata rilasciata in calce o a margine della citazione in appello e la copia non la recasse.

E peraltro, non ha nemmeno allegato che l'atto di appello notificatogli avesse indicato non una procura in calce o a margine, bensì rilasciata *aliunde*.

Nemmeno e soprattutto il ricorrente ha sollevato contestazione alcuna circa la conformità della copia notificatagli del secondo appello alla pretesa "velina".

Nella descritta situazione non è stata prospettata una situazione in cui, nel caso in cui effettivamente non fosse stato depositato l'originale della seconda citazione in appello (che, peraltro, nemmeno parte resistente ha prodotto in questa sede), la contestazione circa tale mancato deposito rendesse inidonea la costituzione dell'appellato qui ricorrente a sanare comunque la nullità ipoteticamente verificatasi all'atto della costituzione dell'appellante dopo il secondo appello e da essa non sanata in ipotesi nemmeno all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c., comma 2, con la produzione dell'originale.

Mette conto di osservare, inoltre, che, se la velina con cui venne iscritto a ruolo il secondo appello non recava la relata di notificazione (e, si badi, tanto una relata documentante il perfezionamento per l'appellata, quanto una relata documentante quello per il solo appellante), sarebbe stata rilevante per la Corte territoriale - non potendo essa contentarsi dell'affermazione dell'appellato, perché avrebbe potuto essere in verità - l'impossibilità di poter accertare la tempestività della notificazione del secondo appello in relazione a quella del primo, ma soltanto se a sua volta l'appellato qui ricorrente non avesse prodotto la copia notificatagli, perché esclusivamente in questo caso sarebbe sussistita quella impossibilità.

Ma il ricorrente, tuttavia, non ha allegato e specificato alcunché al riguardo.

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

Nemmeno ha dedotto che la velina non corrispondesse alla copia del secondo appello effettivamente notificatagli e sotto tale profilo l'assenza di contestazioni implicava in ogni caso il raggiungimento dello scopo della produzione dell'originale rappresentato dalla certezza che l'atto con cui si era proceduto all'iscrizione a ruolo fosse conforme a quello notificato al qui ricorrente.

p.11.2. Il motivo, dunque, svolge una censura le cui allegazioni sono del tutto inidonee ad evidenziare che l'ipotetica nullità della costituzione di SOGGETTO NOTIFICANTE in relazione al secondo appello non fosse stata sanata dal comportamento del ricorrente appellato, valutato in relazione al tenore della non meglio individuata copia con cui l'iscrizione e che l'ipotetica mancata produzione dell'originale avesse spiegato un qualche effetto sull'aspetto di ritualità della costituzione relativo alla procura.

Il motivo è, conclusivamente, rigettato.

p.12. Con il **QUARTO MOTIVO** si denuncia "nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 4)".

Il motivo è inammissibile.

p.12.1. Parte ricorrente espressamente evoca come motivazione criticata e con la quale la Corte territoriale sarebbe incorsa in ultrapetizione quella con cui essa avrebbe ritenuto che SOGGETTO NOTIFICANTE avrebbe eccepito, in via riconvenzionale, le inadempienze della Ditta DESTINATARIO DELLA NOTIFICA per limitare le pretese dell'attore, concludendo poi "che la produzione documentale sopra messa in evidenza (ad eccezione delle fatture per i ripristini) e la condotta (anteriore al giudizio e successiva ad esso) del DESTINATARIO DELLA NOTIFICA consentono di ritenere fondata l'eccezione di parziale inadempimento di quest'ultimo". Sostiene che la sentenza impugnata sarebbe andata ultra petita "in quanto la Sig.ra SOGGETTO NOTIFICANTE non ha mai chiesto l'accertamento dei vizi delle opere e l'accertamento e dichiarazione di inadempienza della Ditta DESTINATARIO DELLA NOTIFICA".

Il ricorrente ritiene di dimostrare la censura di ultrapetizione argomentando: a) dalla riproduzione delle conclusioni della comparsa di risposta di SOGGETTO NOTIFICANTE, nelle quali non si rinverrebbe "alcuna domanda d'accertamento di esecuzione a regola d'arte dei lavori e conseguentemente di inadempienza del DESTINATARIO DELLA NOTIFICA"; b) dalla riproduzione di una parte di una memoria ai sensi dell'art. 184 c.p.c., in cui tanto si era ribadito.

L'illustrazione del motivo continua, poi, assumendo che la Corte territoriale avrebbe ritenuto l'inadempienza del DESTINATARIO DELLA NOTIFICA senza che ci fosse stata alcuna domanda e disposto così l'incameramento dei decimi di garanzia da parte di SOGGETTO NOTIFICANTE e rigettato invece la domanda del DESTINATARIO DELLA NOTIFICA di indennizzo ai sensi dell'art. 1671 c.c..

Si svolgono, quindi, considerazioni che evocano la diversa decisione sul punto del Tribunale in primo grado.

p.12.2. Il motivo così articolato ignora totalmente la motivazione con cui la Corte territoriale nel punto 3 della motivazione, nell'espone le ragioni di fondatezza dell'appello di SOGGETTO NOTIFICANTE riguardo al disconoscimento da parte del primo giudice del diritto ad incamerare le ritenute in garanzia, ha ampiamente argomentato come e perché

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

emergesse dalle vicende processuali, puntualmente indicate, che SOGGETTO NOTIFICANTE avesse dedotto in via di eccezione riconvenzionale le inadempienze del DESTINATARIO DELLA NOTIFICA ed avesse riservato a diverso procedimento solo l'accertamento del danno conseguente, di modo che il Tribunale aveva ritenuto erroneamente che non appartenesse all'oggetto del giudizio l'esame delle inadempienze.

Ne segue la inammissibilità alla stregua del consolidato principio di diritto secondo cui: *"Il motivo d'impugnazione è rappresentato dall'enunciazione, secondo lo schema normativo con cui il mezzo è regolato dal legislatore, della o delle ragioni per le quali, secondo chi esercita il diritto d'impugnazione, la decisione è erronea, con la conseguenza che, in quanto per denunciare un errore bisogna identificarlo e, quindi, fornirne la rappresentazione, l'esercizio del diritto d'impugnazione di una decisione giudiziale può considerarsi avvenuto in modo idoneo soltanto qualora i motivi con i quali è esplicito si concretino in una critica della decisione impugnata e, quindi, nell'esplicita e specifica indicazione delle ragioni per cui essa è errata, le quali, per essere enunciate come tali, debbono concretamente considerare le ragioni che la sorreggono e da esse non possono prescindere, dovendosi, dunque, il motivo che non rispetti tale requisito considerarsi nullo per inidoneità al raggiungimento dello scopo. In riferimento al ricorso per Cassazione tale nullità, risolvendosi nella proposizione di un "non motivo", è espressamente sanzionata con l'inammissibilità ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 4" (Cass. n. 359 del 2005, seguita da numerose conformi).*

p.13. Con un **QUINTO MOTIVO** si prospetta *"omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio"* e, dunque, si espone un motivo ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

Il motivo è inammissibile perché non si conclude con né contiene il momento di sintesi prescritto in relazione al motivo di ricorso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, dall'art. 366 bis c.p.c., (Cass. sez. un. n. 20603 del 2007 e n. 16528 del 2008, ex multis).

Il motivo, peraltro, nella sua illustrazione appare fondato sull'evocazione dei documenti dei quali non si fornisce l'indicazione specifica ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 6 (nei termini di cui a Cass. sez. un. nn. 28547 del 2008 e 7161 del 2010).

p.14. Con un **SESTO MOTIVO**, peraltro ancora indicato come quinto, si denuncia *"violazione dell'art. 2697 c.c., art. 115 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3)".*

Il motivo non contiene alcuna denuncia del paradigma dell'art. 2697 c.c., e di quello dell'art. 115 c.p.c., bensì lamenta soltanto erronea valutazione di risultanze probatorie.

La violazione dell'art. 2697 c.c., si configura se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo *l'onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni, mentre per dedurre la violazione del paradigma dell'art. 115, è necessario denunciare che il giudice non abbia posto a fondamento della decisione le prove dedotte dalle parti, cioè abbia giudicato in contraddizione con la prescrizione della norma, il che significa che per realizzare la violazione deve avere giudicato o contraddicendo espressamente la regola di cui alla norma, cioè dichiarando di non doverla osservare, o contraddicendola implicitamente, cioè giudicando sulla base di prove non introdotte dalle parti e disposte invece di sua iniziativa al di fuori dei casi in cui gli sia riconosciuto un potere officioso di disposizione del mezzo probatorio (fermo restando il dovere di considerare i fatti non contestati e la possibilità di ricorrere al notorio, previsti dallo stesso art. 115 c.p.c.), mentre detta violazione non si può

Sentenza, Cassazione Civile, sez. unite, Pres. Canzio – Rel. Frasca n. 16598 del 5 agosto 2016

ravvisare nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività consentita dal paradigma dell'art. 116 c.p.c., che non a caso è rubricato alla "valutazione delle prove" (Cass. n. 11892 del 2016).

Il motivo, peraltro, nell'evocare risultanze probatorie e, dunque, nel parametrarsi all'art. 360 c.p.c., n. 5, nel testo introdotto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, lo fa senza fornirne l'indicazione specifica ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 6.

Ne segue la sua inammissibilità.

p.15. Con un **SETTIMO MOTIVO** (indicato come sesto) si denuncia "*omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., n. 5)*".

Il motivo è inammissibile perché non si conclude con, né contiene il momento di sintesi prescritto in relazione al motivo di ricorso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, dall'art. 366 bis c.p.c..

p.10. Conclusivamente il ricorso dev'essere rigettato.

La delicatezza delle questioni di particolare importanza scrutinate con riferimento ai primi tre motivi integra giusti motivi per la compensazione delle spese del giudizio secondo il parametro dell'art. 92 c.p.c., comma 2, applicabile al giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 24 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 5 agosto 2016

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*